

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo



Semilleros de Derecho Procesal

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – Semilleros De Derecho Procesal	Bogotá D.C. Colombia	No. 003	Julio - Diciembre Año 2016	ISSN 2463-0594	Págs.
--	-------------------------	---------	-------------------------------	-------------------	-------

ISSN 2463-0594

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo
Semilleros de Derecho Procesal

No. 3 – Edición Julio- Diciembre de 2016

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Calle 67 No. 4ª- 09 Teléfonos: 310 44 09- 310 1091 Fax: 310 44 89

Diseño de Carátula: Diego Tobón

Diagramación: Eudith Milady Baene Angarita

Bogotá, D.C. – Colombia

EQUIPO EDITORIAL

MAGDA ISABEL QUINTERO PÉREZ - DIRECTORA - EDITORA

Abogada. Egresada y Especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Candidata a Magister en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado. Directora Ejecutiva del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Universidad Libre de Colombia. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

EUDITH MILADY BAENE ANGARITA - COORDINADORA DE SEMILLEROS

Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta. Monitora del área de Derecho Procesal 2013-2015 e integrante del Semillero de Derecho Procesal y Penal durante toda su carrera en la misma universidad. Ganadora del Concurso de Técnicas de Juicio Oral en Sistema Penal Acusatorio, organizado por la Embajada de Estados Unidos en 2012. Cursando la maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal en la Universidad Externado de Colombia. Abogada Investigadora y Coordinadora de los Semilleros en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

MIEMBROS COMITÉ CIENTÍFICO

Álvaro Pérez Ragone

Abogado de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (2009-2010). Integrante del Foro para la Reforma Procesal Civil, instaurado por el Ministerio de Justicia. Profesor de Derecho Procesal Civil, de Derecho Procesal Laboral y de Ética Aplicada en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Antonio María Lorca

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). Es doctor en Derecho por la Universidad de Granada con la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Es, también, Dottore in Giurisprudenza de la Università degli Studii di Bologna (Italia) con la máxima calificación de cento sul cento ciec e lode. Es premio Avv. Mario Jachia a la mejor Tesi di Laurea de su especialidad concedida por la Università degli Studii di Bologna (Italia). Es Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Autor de varias obras jurídicas y tratadista internacional.

Carlos Colmenares Uribe

Abogado egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, en donde ejerció los cargos de Decano de la Facultad de Derecho y Rector Seccional. Magister de Derecho Procesal. Es Conjuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Norte de Santander, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capitulo Norte de Santander y Profesor de Pregrado y Postgrado de la Universidad Libre. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Jairo Parra Quijano

Abogado de la Universidad Libre, ex rector de la misma Universidad. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Mundial, Iberoamericano, Panamericano,

entre otros. Es profesor Universitario, miembro de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Selva Anabella Klett Fernández

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Docente e investigadora de la Universidad de la República tanto en posgrados como en la formación dirigida a profesores y magistrados en diversas áreas como el derecho procesal y la técnica probatoria. Fue Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay y Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Autora de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

MIEMBROS COMITÉ EDITORIAL

Alejandro Giraldo López

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctorado "Estructuras Económicas y Desigualdades Sociales" de la Universidad de Salamanca-España, master en Sociología Jurídica en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati, Gipuzkoa-España, magister en Derecho Económico en Pontificia Universidad Javeriana. Docente de pregrado y postgrado en las universidad Nacional, Externado de Colombia, Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Actualmente se desempeña como Superintendente Delegado para el Control y Vigilancia de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Carlos Andrés Pérez Alarcón

Abogado. Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y Magíster en Derecho Procesal. Con estudios en Derechos Humanos de la Universidad Alfonso X el Sabio de Madrid y en Sistema Penal Acusatorio del Instituto de Estudios Judiciales de Puerto Rico. Docente de pregrado y posgrado. Ex Fiscal. Actualmente Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira y presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Risaralda.

Carlos Mario de la Espriella

Abogado de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR, especialista en derecho procesal civil y derecho administrativo de la misma universidad, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente en la Corporación Universitaria del Caribe. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Capítulo Sucre.

Dairo Pérez Méndez

Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre y magíster en "Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado" de la Universidad Externado de Colombia, estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

Docente de Posgrados en el área de Derecho Público, desde hace más de doce años, en las Universidades: CECAR, Universidad de Sucre, Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería, Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, entre otras. Presidente del Capítulo Sucre del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Gustavo Orlando Nicastro Seoane

Egresado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Asesor Técnico Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Diplomado en Derechos Humanos con especialización en acceso a la justicia. Miembro de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Macarena Vargas

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales de Chile, Abogada título otorgado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, Post-titulada en "Enfoque Sistémico de la Familia" por el Instituto Chileno de Terapia Familiar, diplomada en "Medición Familiar" por la Pontificia Universidad Católica de Chile, magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Candidata a doctora de la Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Autora de diversas obras jurídicas.

Nattan Nisimblat Murillo

Abogado de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Negociador del Programa de Negociación de las Universidades de Harvard, Instituto Tecnológico de Massachussets y TUFTS, Conciliador en Derecho, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, doctorando en Administración, Hacienda, Justicia y Estado Social de la Universidad de Salamanca. Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, autor de obras en Derecho Procesal, Derecho Probatorio y Derecho Procesal Constitucional.

Ramón Antonio Peláez

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre y doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente de postgrados de la U. Externado de Colombia. Libre, Católica de Colombia. Sergio Arboleda y Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

Docente de pregrado de la U. Autónoma de Colombia, Incca y Colegio Mayor de Cundinamarca. Coordinador de la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad Incca de Colombia.

Rodolfo Pérez Vásquez

Abogado, especialista en Derecho Procesal, especialista en Gestión de Proyectos Educativos, magister en Derecho Procesal, doctor (c) en Derecho Procesal Contemporáneo. Par académico del Ministerio de Educación Nacional, abogado litigante, docente de pregrado y posgrado. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Presidente Capítulo Atlántico del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Conjuez del Tribunal Superior Sala Civil.

Samir Alberto Bonett Ortiz

Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Laboral, candidato a Doctor de la Universidad Libre de Colombia. Vicepresidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander. Docente, investigador y director del Semillero de Derecho Procesal y del Semillero de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta.



EDITORIAL

La Revista de Derecho Procesal Contemporáneo “Semilleros de Derecho Procesal”, en su tercera edición, nos permite seguir cumpliendo nuestro compromiso con la difusión de las investigaciones realizadas por los estudiantes de derecho, a través de los grupos de semilleros de derecho procesal.

Buscamos llevar a la comunidad académica las ideas desarrolladas por los estudiantes, mediante una publicación seria, arbitrada y con temas que actualmente están marcando la pauta en el derecho procesal.

Invitamos a los estudiantes de derecho para que sigan investigando y publicando sus resultados de investigación, con el fin de brindarle a la comunidad jurídica y académica propuestas de cambio, mejoramiento y evaluación constante de la efectividad del derecho como principal herramienta para alcanzar el mejoramiento de nuestra justicia.

Esperamos con esta publicación afianzar nuestros lazos académicos con las Facultades de Derecho y seguir compartiendo el conocimiento jurídico construido a través de la investigación.

CONTENIDO

Editorial Magda Isabel Quintero Pérez	9
Una reflexión constitucional en torno a las fragilidades del proceso monitorio Semillero de Derecho Procesal de la Unidad Central del Valle del Cauca (UCEVA)–Tuluá	12
Desmitificando el proceso monitorio: críticas e interrogantes acerca de su implementación en el ordenamiento procesal colombiano Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana–Bogotá	53
El procedimiento de estructura monitoria como instrumento de tutela efectiva y protección reforzada en materia de alimentos, para garantizar la salvaguarda y dignidad de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y los adultos mayores Semillero De Derecho Procesal de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” – Quibdó	86
El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Salta (UCaSal) – Argentina	119
“El proceso monitorio”, instrumento procesal “a la mano del ciudadano” en desarrollo eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia Semillero de Derecho Procesal “VISIÓN LIBRE” de la Universidad Libre sede Cartagena	150
Medios de protección al demandado en el proceso monitorio Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Francisco de Paula Santander Seccional Ocaña	168

Dilemas y realidades de la estructura monitoria en Colombia Semillero De Derecho Procesal de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” – Quibdó	203
Impedimentos de eficacia del proceso monitorio colombiano: riesgos de inconstitucionalidad y propuestas de solución Semillero de Derecho Procesal de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia	236
El proceso de estructura monitoria en el contexto del conflicto y la responsabilidad del estado en Colombia: ¿una posible alternativa en el escenario de reparación a víctimas por desplazamiento forzado? Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta	268
La conciliación, sustitución del proceso monitorio Semillero de Derecho Procesal de la Fundación Universitaria del Área Andina Seccional Pereira	310
La prohibición de la notificación por aviso en el proceso monitorio, un obstáculo que pone en grave riesgo su efectividad Semillero de Derecho procesa de la Universidad Francisco de Paula Santander – Cúcuta	338
¿Es viable la implementación de un proceso monitorio en el sistema penal colombiano? Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá	371
Poderes oficiosos del juez en el proceso monitorio Semillero “José Rafael Sañudo” adscritos al grupo de investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Nariño	404
Implementación del proceso monitorio en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana Semillero de Derecho Público de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”	432

UNA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL EN TORNO A LAS FRAGILIDADES DEL PROCESO MONITORIO*

Semillero de Derecho Procesal de la Unidad
Central del Valle del Cauca (UCEVA) – Tuluá**

Julián David Bejarano Peña, Daniela Becerra Possu, Camilo Andrés Cárdenas Bermúdez, Leidy Vanessa Casilimas Ramírez, Bryan Steven Duque Ramírez, Julian Fonseca Palomino, Carlos Andrés Jaramillo Rico, Valentina Mendoza Tascón, Diana Marcela Moscoso Hincapié, Álvaro Hernán Moya García, Juan Sebastián Murillo Delgado, David Ramírez Jiménez, Anny Karina Torres Muñoz.

Directora de Semilleros: *María Patricia Balanta Medina*¹

Resumen

Esta investigación de contenido socio jurídico, analiza brevemente la historia del proceso monitorio, precisando su origen, naturaleza, fines y tendencias, desde su génesis mercantil europea hasta su proclamación en Latinoamérica, conduciendo

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 30 de noviembre 2016.

Para citar el artículo: JARAMILLO RICO, Carlos Andrés; BEJARANO PEÑA, Julián David; Becerra Possu, Daniela; et al. Una reflexión constitucional en torno a las fragilidades del proceso monitorio. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 12-52.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Unidad Central del Valle del Cauca (UCEVA) – Tuluá.

¹ Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, docente del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá, investigadora acreditada en Colciencias, directora de semilleros de investigación en materia procesal; especialista en comercio internacional, derecho de familia, procesal civil, contratos y daños y con maestría en Filosofía del derecho contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente en cooperación con la Universidad Carlos III de Madrid, candidata a doctora de la Universidad de Jaén en España, con tesis presentada en filosofía jurídica y política; presidenta fundadora del Capítulo de Buga del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y miembro del comité editorial de la revista del mismo instituto; par académico.

nuestro estudio, al proceso monitorio colombiano que surge como alternativa rápida y eficaz para alcanzar la tutela judicial efectiva. No obstante lo anterior, desde las garantías procesales se observan limitantes y vacíos que impiden alcanzar justicia material. Los principales obstáculos para el desarrollo de este procedimiento radican en: la imposibilidad de notificar al demandado a través de aviso, la imposición de multas al pretense deudor que ejerce su legítimo derecho de defensa, la limitación al ejercicio del derecho de contradicción en el ejecutivo que se inicia a continuación del monitorio, la carga de la prueba y las medidas cautelares sin consultar los principios rectores de la materia, como la apariencia de buen derecho. Los anteriores quebrantos no encontraron eco en la Corte Constitucional Colombiana, que en una sentencia carente de un profundo estudio, declaró la exequibilidad del trámite monitorio colombiano, contrariando garantías procesales fundamentales como, el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el derecho de defensa.

Palabras clave: Proceso monitorio, garantías constitucionales, buena fe, justicia material, tutela judicial efectiva.

Abstract

This research of partner-juridical content, briefly discusses the history of the payment procedure, specifying its origin, nature, purpose and the current trend since its European mercantile genesis until its proclamation in Latin America, conducting our study, to the Colombian payment procedure arising as quick alternative and effective to achieve an effective judicial protection. Nevertheless, from procedural guarantees, constraints and gaps are observed that prevent achieving material justice. The main obstacles to the development of this process lie in: The failure to notify the defendant by notice, the imposition of fines on the alleged debtor that exercised his legitimate right of defense, limiting the exercise of the right of contradiction in the executive that starts after the payment, the burden of proof and the precautionary measures without consulting the guiding principles of matter, like the appearance of good law; previous losses found no echo in the Colombian Constitutional Court, which in a lacking judgment of a thorough study, declared the constitutionality of the Colombian payment procedure contrary to basic procedural safeguards such as access to justice, due process and the right of defense.

Keywords: Payment procedure, constitutional guarantees, good faith, material justice, effective judicial protection.

Introducción

La historia ha registrado la permanente búsqueda de procedimientos jurídicos, que permitan la resolución pronta y eficaz de las problemáticas de contenido social. Es por tal razón, que desde la Alta Edad Media italiana, en el siglo XIII, se consagró el proceso monitorio, como un instrumento expedito, para la solución de obligaciones derivadas de pactos mercantiles incumplidos, procurando la eficacia de la justicia, bajo la menor exigencia de los requisitos formales¹. Con posterioridad, el proceso monitorio se extendió desde diversas legislaciones europeas, hasta el nuevo continente, aunque en éste denota cambios en su estructura, y, por ende, en su aplicación, partiendo de realidades sociales y culturales distintas y de la visión que ostentaban quienes conforme con el mandato superior, estaban encargados de proferir las leyes. Lo anterior, condujo a eventualidades que matizaron el escenario procesal, las cuales han producido fragilidades, que desde la óptica constitucional, trascienden negativamente las garantías procesales fundamentales.

En la actualidad los teóricos del neoconstitucionalismo, que han inspirado legisladores, doctrinantes, académicos y jueces, predicán desde los fines del proceso monitorio, como la creación del título y la eficacia en el acceso a la administración de justicia, los fundamentos del mismo, ubicando en el mejor sitio el principio de la buena fe, que cumple una función creadora del derecho, la cual posibilita la tutela judicial efectiva. Desde esta orilla argumentativa, también debe decirse que, la estructura del proceso monitorio, debe estar dispuesta para la observancia de una gama de garantías del orden superior, como el debido proceso, el derecho de defensa y la celeridad procesal –entre otros– los cuales, ante su inobservancia, imposibilitan la realización de los procedimientos y la materialización de la justicia.

Este trabajo de contenido socio jurídico, presenta una importante revisión bibliográfica, que incluye doctrina, jurisprudencia y normativa nacional y foránea, así como un trabajo de campo, consistente en la realización de entrevistas semiestructuradas a algunos jueces del Distrito Judicial de Buga, a fin de analizar su percepción frente a la incorporación del proceso monitorio en Colombia, actividades que nos condujeron a desarrollar en un primer momento, el estudio del proceso monitorio desde el derecho comparado, precisando su origen, desarrollo y eficacia; seguidamente, se analizan las tendencias internacionales de éste proceso y su implementación en el marco cultural colombiano; finalmente, se examinan los estándares constitucionales del proceso monitorio, a partir de su consagración en el orden jurídico interno.

1. El proceso monitorio

¹CHIOVENDA, Giuseppe. Las formas en la Defensa Judicial del Derecho. *En*: Ensayos de Derecho Procesal Civil. 1949, vol. 1, p. 137.

1.1. Orígenes

El término monitorio ha sido definido por la Real Academia Española, como un concepto que se deriva del latín *monitorius*, que significa avisar o amonestar. En palabras de Sentís Melendo, tal vocablo no tiene en castellano otro sentido que en italiano, agrega que: “es advertencia, apercibimiento o requerimiento que se dirige a una persona (en este caso, al deudor para que pague), la palabra inyunción no figura en el diccionario de la lengua castellana; pero figura el verbo inyungir, derivado (lo mismo que su correspondiente italiano) del verbo latino *iniungere*, que significa mandar, prevenir, imponer”².

Para el año 643, en el Edicto de Rotario^{*} y en el derecho hebreo en la Mishneh Torah (compilación sistemática de opiniones normativas de la ley judía) en el siglo XII, se generaron los primeros rasgos de la institución estudiada, destacándose como procesos ágiles y céleres, según referencia de Nieva Fenoll³. Otros estudios presentan como antecedente más próximo del proceso monitorio, la Alta Edad Media en Italia –siglo XIII– donde sus fines estaban enfocados a regular el tráfico mercantil y civil⁴, presidido por la buena fe contractual, efectivizando acuerdos de voluntades.

Ante la gama de expresiones de estos negocios jurídicos, era necesaria la creación de un proceso ágil, celer y efectivo que garantizara la justicia material, el cual era conocido como “*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*”^{**}, mediando en la cancelación de obligaciones derivadas de los pactos comerciales o mercantiles que se cumplían en la época, pues como bien lo anuncia el maestro italiano Chiovenda: “el proceso monitorio surge como mecanismo más eficaz para la resolución de controversias de carácter civil y mercantil, gracias a la reducción de trámites y a la menor exigencia de requisitos formales”⁵.

²SENTÍS, Melendo: "Advertencias del traductor", en el libro de CALAMANDREI, Piero: "El proceso monitorio", Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1946.

^{*}Compilación más importante de los Longobardos, pueblo que ocupó extensas zonas de la actual Italia en esa época.

³ NIEVA FENOLL, Jordi, Aproximación al origen del proceso monitorio. En: Justicia, revista de derecho procesal. 2013, no. 1, p. 107-126. ISSN 0211-7754.

⁴ LANOS TORRES, Ximena Andrea y TORRES MONTAÑO, Claudia Patricia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil colombiano. Trabajo de grado (abogado). Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de derecho. 2013. 65 p. Disponible en repositorio de la Universidad Militar Nueva Granada: <<http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/10900>> [30 de mayo de 2015]

^{**} En palabras del profesor Tomás y Valiente (apud Correa Delcasso): “El acreedor insatisfecho que no poseyese un título ejecutivo y no se resignase a acudir al proceso ordinario, se presentaba ante el Juez y solicitaba de él la emisión del *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*. Si el Juez accedía a la petición de acreedor (y para ello ni siquiera necesitaba aportar una prueba documental del crédito), emitía el *mandatum* orden de pago dirigida contra el acreedor. Pero en este mandato colocaba la cláusula *si senseris te gravatumcompaeras coram nobis o nisisenseris te gravatum*”.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. op cit., p. 137.

Son tres los principios básicos que informan el proceso monitorio, según Loutayf: (i) celeridad procesal (ii) moralización del proceso y (iii) actividad oficiosa de los jueces⁶, que se constituyen en pilares fundamentales del garantismo procesal:

La celeridad procesal, diversifica las reglas generales del procedimiento y conlleva a eludir la etapa cognoscitiva propia del juicio, generando rapidez y agilidad, además de estar enfocada a la eficaz administración de justicia; la moralización del proceso se refiere a todos aquellos factores que trascienden el bloque normativo y conducen a considerar la cultura y costumbres de un determinado conglomerado social, haciendo hincapié en el principio constitucional de la buena fe contractual, de allí la eficacia del proceso monitorio en el continente europeo; finalmente, la actividad oficiosa de los jueces^{*}, se enfoca a la potestad que tiene el administrador de justicia, de utilizar los poderes otorgados por el legislador para materializar el derecho sustancial.

El proceso monitorio fue evolucionando para ajustarse a factores culturales y sociales, clasificándose en: (I) Proceso monitorio puro⁷ y (II) Proceso monitorio documental⁸. El primero, se caracteriza por la falta de caudal probatorio, fundándose en la credibilidad de la palabra, a partir del juramento, pero conservando garantías supralegales como el derecho al debido proceso y defensa. El segundo, tiene la connotación que el accionante presenta pruebas adicionales al juramento, constituyendo así un elemento necesario e imprescindible para formular la pretensión.

1.2 Estructura del proceso monitorio

Resulta necesario precisar que existen múltiples estructuras monitorias, a partir de las modificaciones que ha resistido a lo largo del tiempo bajo contextos socio-culturales variados, adoptando en cada espacio geográfico una forma propia, tendiente a satisfacer las necesidades sociales. En este sentido, Álvaro Pérez Ragone⁹ ha considerado que independientemente de sus matices, deben conservarse unas características esenciales, exponiendo que:

Las formas monitorias pertenecen a los procesos simplificados que tienen por (1) objetivo el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en

⁶ LOUTAYF RANEA, Roberto G. Proceso monitorio. Publicado en Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce Roberto O: "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Bs. AS. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Librería Editora Platense-, 2004, p. 15

^{*} Asunto frente al cual hay diferencias conceptuales.

⁷ OLCESE, Juan María. El Proceso monitorio o inyuccional, J.A. 1991-I-989, ap. IV, n° 13.

⁸ LOUTAYF RANEA, Roberto G. op cit., p. 4.

⁹ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales. En: Revista de Derecho. [En línea]. Valdivia. Julio, 2006, vol. 19, no. 1, [citado 21 de mayo de 2015]. p. 205-235. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009#n20> ISSN 0718-0950.

forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional; (2) mediante una previa intimación de pago judicial (aviso de pago y/o requerimiento de pago); (3) contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente (técnica del *secundum eventum contradictionis*); (4) solo en caso de oposición pesa sobre el requirente instar el proceso contradictorio de conocimiento (estructura de la inversión del contencioso).¹⁰

Lo anterior logra evidenciar que, se impone al interesado** el deber de iniciar el proceso monitorio, mediante un escrito que deberá contener los requisitos mínimos que cada Estado determine. En general, debe incluir: “una identificación de los elementos subjetivos, petición y causa de pedir”¹¹. Una vez el órgano judicial haya realizado el estudio de la petición y logre constatar que en efecto reúne los requisitos taxativos de ley*, deberá emitir la intimación sin oír al requerido¹², para que éste dentro del término pague, cumpla lo solicitado, presente oposición fundada de ser el caso, o guarde silencio y faculte al juzgado para despachar ejecución¹³.

En todo caso, dentro de la estructura monitoria se debe salvaguardar el debido proceso, conforme lo expone Pérez: “principalmente la notificación fehaciente, la comunicación adecuada al requerido advirtiendo sobre las consecuencias de su inacción en determinado plazo y facilitarle la contestación como la realización del acto de oposición”¹⁴. De lo contrario, más que satisfacer la tutela judicial efectiva, éste procedimiento vulneraría las garantías procesales fundamentales mencionadas.

1.3 Implementación y desarrollo del proceso monitorio en Europa y Latinoamérica

Como se ha expuesto, el proceso monitorio se constituyó como un mecanismo judicial idóneo, en procura de la materialización de la tutela judicial efectiva, de gran acogida en varios países europeos. Alemania por su parte, ha impulsado su desarrollo y eficacia, tanto así, que para el año de 1998, los mandatos de pago proferidos habían superado los ocho millones, de los cuales, gran parte fueron tramitados electrónicamente¹⁵. Balbuena Tébar, explica que, el proceso monitorio en Alemania se

¹⁰ *Ibíd.*

** Comúnmente denominado solicitante, requirente, peticionario o actor.

¹¹ BONET NAVARRO, José. Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica. [En línea] <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/7274-eficiente-implementacion-del-procedimiento-monitorio-en-iberoamerica> [21 de mayo de 2015]

* Se deben verificar, entre otros, la competencia y capacidad de las partes

¹² PÉREZ RAGONE, Álvaro J. *op cit.*

¹³ BONET NAVARRO, José. *op cit.*

¹⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. *op cit.*

¹⁵ DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *En: Revista jurídica galega*. [En línea]. 2000, no. 26, [citado 10 de mayo de 2015]. p. 271-294. Disponible en: <<http://www.rexurga.es/pdf/COL164.pdf>>. ISSN 1132-6433.

implementó mediante el Código Procesal Civil –Zivilprozessordnung für das Reich– del 30 de enero de 1877 convirtiéndose así, en uno de los más antiguos de Europa¹⁶.

Para el año 1909, se presentó una de sus reformas más relevantes, al implementarse el Mahnverfahren “que incorporaba la innecesidad de aportación de título alguno”¹⁷, resultando suficiente la sola afirmación del acreedor, configurando a su vez, una de las características principales del histórico *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*. En el año 1957 y esgrimiendo como principal fundamento la congestión judicial, se relevó la tramitación del proceso a un *Rechtspfleger* auxiliar de justicia; empero, la reforma de 1976 fue la más direccionada a simplificar el procedimiento, mediante su tramitación electrónica, y se amplió la ejecución del título fuera de Alemania, en virtud del Convenio de Bruselas^{**}.

Actualmente, el monitorio alemán se encuentra regulado en los artículos 688 y siguientes del Código Procesal alemán, conservando las particularidades erigidas en 1909, pues solo es necesario mencionar los documentos en la Antrag o petición; de aquella, conoce el Rechtspfleger, emitiendo en primer lugar, el mandato de pago que advierte al peticionado, que cuenta con un término de dos semanas, contadas a partir de la notificación* (que en todo caso no puede ser realizada mediante edictos según el artículo 688 del mismo código), para que pague la deuda manifestada, junto con los intereses**, o en su lugar, comunique al juzgado la oposición***. Así mismo, ha de advertirse que si no adopta una de las dos posturas anteriores, vencido el término, el peticionario podrá instar la ejecución.

En Italia, pese a ser considerada como la cuna de este proceso, no se han presentado muchas regulaciones; sólo hasta 1922, mediante el Decreto 1036 del 24 de julio, se reglamentó el procedimiento d’ingiunzione o procedimiento de citación, naciendo como una “cura específica para poner a los tribunales en situación de trabajar con calma”¹⁸ y que no contenía mayores formalismos. Actualmente, el proceso monitorio se encuentra regulado en el Codice di Procedura Civile del 28 de octubre de 1940, y

¹⁶ BALBUENA TÉBAR, Rafael I. Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio. *En*: Cuadernos de Estudio Empresariales [En línea]. 1999, no. 9, [citado 10 de Mayo de 2015], p. 301-315. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/viewFile/CESE9999110301A/10232>>. ISSN 1131-6985.

¹⁷ *Ibid.*

**Mediante el Convenio de Bruselas de 1968, se estableció la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil entre los Estados contratantes. [En línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41968A0927%2801%29:ES:HTML>> [10 de mayo de 2015]

*La notificación del *Mahnbescheid* debe ser realizada de oficio, conforme a lo preceptuado en los §§ 166 y siguientes de la Ley Procesal Alemana.

**En este caso, si el peticionario accede a pagar el valor de la deuda reclamada, el proceso monitorio finalizará sin más trámite.

***La oposición del deudor puede ser por escrito y sin necesidad de anexar prueba de las razones en las cuales se funda, la oposición interpuesta por fuera del término concedido para tal fin, se dará el tratamiento de reconsideración por ser la orden de ejecución equiparable a una sentencia en rebeldía.

¹⁸ CALAMANDREI, Piero, El procedimiento monitorio, Sentis, Buenos Aires, 1946, pp. 188 y ss.

en contraposición al alemán, se caracteriza por ser documental; además, no se encuentra limitado a créditos dinerarios, otorgando la posibilidad de cobrar “honorarios de abogados y procuradores, oficiales de justicia, gastos de estos procedimientos, depósito de bienes muebles y reclamación de créditos fungibles”¹⁹, admitida la petición y de presentarse oposición, el proceso monitorio termina y se abre un juicio ordinario; también, se contempla la figura de oposición extemporánea en caso de fuerza mayor, irregularidad de la notificación o conocimiento tardío de la demanda.

Algunos autores, como Saint-Cricq²⁰, encuentran antecedentes del proceso monitorio francés mucho antes de 1937, en diversas disposiciones normativas dispersas en su ordenamiento jurídico. Sólo hasta ese año, se introduce especialmente, a manera de desarrollo legislativo, una gama de poderes especiales al gobierno, para impulsar la reactivación económica²¹, surgiendo así la garantía de cobro para pequeñas deudas comerciales, debido a que el proceso ordinario genera elevados costos para el acreedor y a menudo solía beneficiar al obligado, quien se negaba a pagar la deuda reclamada.

A raíz de sus buenos resultados, en el año 1972 se da una reforma, la cual suprimió cualquier limitación de cuantía para interponer la demanda. Posteriormente en 1981, se presenta la última modificación, la cual se introdujo mediante decreto, insertando unos artículos del Nouveau Code de Procédure Civile (art 1405 a 1425), merced del consenso de profesores, magistrados y gobierno. El profesor Balbuena Tébar²² describe este mecanismo en Francia: El proceso establecido actualmente comienza con una requête²³ que debe contener las circunstancias del demandante y del demandado, el importe preciso de lo que se reclama, con la indicación de los elementos de la deuda y su causa. El juez debe analizar si le parece fundada y, en ese caso libra un mandamiento de pago, del que se emite un testimonio para pedir el pago al deudor o deudores y que caduca a los seis meses.

En España el proceso monitorio se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000, siendo la figura más novedosa que introdujo, caracterizada por la improcedencia de la demanda de reconvención, la oportunidad de oposición del demandado, su tipología documental y su cuantía ilimitada; aparece regulado en los artículos 812 a 818 de la citada ley. Su finalidad versa sobre la posibilidad de reclamar cualquier tipo de deuda dineraria y se aplica principalmente a controversias

¹⁹ BALBUENA TÉBAR, Rafael I. op. cit.

²⁰ Saint-Cricq. La procédure d'injonction de payer, 1977. Citado por VALCÁRCEL PRIETO, Felipe J. El proceso monitorio. Aplicación práctica a la vista de las resoluciones de las Audiencias Provinciales. Trabajo para Máster Universitario en Abogacía. Oviedo: Universidad de Oviedo. 2014. 46 p. Disponible en repositorio de la Universidad de Oviedo: <<http://digibuo.uniovi.es/dspace/handle/10651/28743>> [30 de mayo de 2015]

²¹ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, El proceso monitorio, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 17-32.

²² BALBUENA TÉBAR, Rafael I. op. cit. p.307

²³Requête: solicitud o pedimento.

contractuales, reclamación de servicios profesionales, el pago de primas impagadas en seguros, entre otros. El listado de documentos, como prueba adicional para demandar, es abierto, rigiendo el antiformalismo, quedando patente la posibilidad de admisión de fotocopias, grabaciones, e-mails o documentos electrónicos, frente a los cuales el demandado puede pronunciarse, además de manifestar su oposición a la pretensión, que bien puede debatirse en un juicio ordinario²⁴.

Si bien es cierto, diferentes países del continente europeo, han adaptado el proceso monitorio a sus circunstancias sociales, culturales y legales, también lo es, que se ha implementado una normatividad que involucra a todos los Estados miembros de la C.E., que impulsó la promulgación del libro verde en el año 2002²⁵ y posteriormente se reglamentó (C.E. N° 1896 de 2006), con el fin de simplificar y reducir los costos de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios en materia civil y mercantil²⁶, permitiendo la libre circulación de requerimientos de pago²⁷. Igualmente, es relevante destacar la generalidad del trámite del proceso monitorio frente a los descritos con anterioridad, esto es, la petición monitoria y el requerimiento de pago, si cumple con los requisitos señalados por el reglamento europeo²⁸—carácter transfronterizo del litigio en materia civil y mercantil, competencia del órgano jurisdiccional, entre otros— quedando latente la posibilidad de que si la petición no se ajusta a los postulados normativos, el órgano competente, puede enviar al demandante una propuesta de modificación de la petición, y de no ser aceptada por el interesado, se rechazará la solicitud.

Cumplidos los requisitos, se emitirá dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la pretensión monitoria el requerimiento de pago, donde el demandado puede cancelar la obligación, no comparecer u oponerse a lo manifestado por el demandante. El primero de los casos no ofrece mayor dificultad, mientras que, al no comparecer o no manifestar oposición frente a las pretensiones del demandante, procede la ejecución, destacándose la eliminación del exequátur, ante el reconocimiento de aquella por los Estados miembros, sin ratificación o requisito

²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. 2011. [En línea] <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/37/JoanPicoJunoy.pdf> [30 de mayo de 2015]

²⁵ ACOSTA JARA, Daniel Estefanía y CASTILLO RETAMAL, Roberto Alejandro. El procedimiento monitorio laboral chileno, visión crítica. Trabajo de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile: Universidad de Chile. Facultad de derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2012. 133 p. Disponible en repositorio académico de la Universidad de Chile: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113622>> [31 de Mayo de 2015]

²⁶ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. Comentarios a la propuesta de reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. 2006, no. 9. 71 p.

²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. op. cit.

²⁸ PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Reglamento (CE) no. 1896 (12, diciembre, 2006). Por el que se establece un proceso monitorio europeo. Diario Oficial de la Unión Europea, 2006. L 399. p. 1-32.

adicional, pero con la salvedad, que la ejecución se regirá por las normas del país donde se solicite su materialización²⁹.

Finalmente, en caso de existir oposición, basta con la simple afirmación, para continuar el trámite, ante los órganos jurisdiccionales del Estado donde se originó el monitorio y bajo las reglas de un proceso ordinario civil. En este escenario el demandado puede solicitar la revisión del requerimiento de pago, con base en las siguientes causales: i) indebida notificación ii) la falta de impugnación por razones de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias y iii) por considerar que el mandamiento de pago se libró en forma manifiestamente errónea³⁰. Ante la prosperidad de alguna de estas causales, será nulo el requerimiento de pago³¹.

El primer antecedente del monitorio en Latinoamérica, se encuentra en el Código de Procedimiento Civil Uruguayo, que entró a regir en el año 1878, hasta su derogación. Esta legislación comprendía, en uno de sus títulos, los juicios sumarios especiales, entre los que se destacaba la entrega de la cosa y la transmisión efectiva de la herencia, procesos de estructura monitoria, incluyendo la inversión del contradictorio³²; sin embargo, el proceso monitorio propiamente dicho, aparece en el año 1988, convirtiéndose en una herramienta eficaz para la solución de los problemas comunes en ese entorno; su inclusión se dio a través del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay-Ley 15.982 de 6 de octubre de 1988-³³. Este procedimiento terminó siendo considerado por los doctrinantes, como un híbrido, dada su singularidad y carácter particularmente documental, en aras de brindar mayores garantías al demandado, creando una convicción más amplia en el juez³⁴.

Similar situación se presentó en Costa Rica, donde se adopta este mecanismo el 3 de mayo de 1990, con la entrada en vigencia del código de procedimiento civil; luego se le realizan algunas reformas mediante la ley de cobro judicial 8624 de 2008, con el fin de mejorar su trámite y adaptarlo de la mejor manera a las necesidades sociales³⁵.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *op. cit.*

³¹ *Ibíd.*

³² MARTÍNEZ, Óscar José. El Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil para Iberoamérica. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/30.pdf>> [30 de mayo de 2015]

³³ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El Proceso Monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. *En*: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014, no. 40, p. 345-363. ISSN 2346 – 3473.

³⁴ PEREIRA CAMPOS, Santiago. La reforma de la justicia civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias. [En línea] <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3034-la-reforma-de-la-justicia-civil-en-uruguay> [30 de mayo de 2015].

³⁵ ARAYA ROJAS, Alejandro. Manual de aplicación de la Ley de Cobro Judicial. [En línea]: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/direccionejecutiva/Circulares/2012/manual_procesos_cobros_alejandro_araya_2008.pdf> [16 de Mayo de 2015]

Conviene destacar que el proceso monitorio costarricense se caracteriza por su originalidad y por la introducción de la forma oral³⁶.

Este proceso tuvo gran éxito entre los países de América: en México entró en vigencia en el año 2000³⁷; luego, en El Salvador, comenzó a regir con la promulgación del código procesal civil expedido mediante el decreto 211 de 2006³⁸; siguen la legislación hondureña y después la ecuatoriana. Pese a ser países vecinos de Colombia, entiende la doctrina, que ninguno de estos modelos sirvió de precedente para su implementación, considerándose como tal, el de Venezuela, también llamado procedimiento por intimación³⁹.

El monitorio en Venezuela, tiende a parecerse al proceso ejecutivo, consagrado en el código de procedimiento civil, artículos 640 al 652⁴⁰; empero, debe quedar claro que el procedimiento por intimación, no es un proceso ordinario ni ejecutivo, aunque su finalidad siempre es preparar la ejecución, mediante la creación de un título; claro está que, en su desarrollo, puede adoptar las características de uno u otro, dependiendo de la posición que asuma el demandado, el cual podrá oponerse o mantenerse en rebeldía. Se destaca que tiene característica documental y permite el instituto del emplazamiento⁴¹.

En Colombia, con la expedición de Ley 1564 de 2012, se incorpora el monitorio, como una gran novedad y aunque pende su implementación en todo el territorio, se genera la expectativa de ser acogido dentro de las dimensiones que produce su propia estructura, la cual reclama que se direccionen en condiciones garantísticas y desde las particularidades socioculturales que gobiernan nuestro entorno, bajo los postulados de celeridad, eficacia y tutela judicial efectiva, para amparar las acreencias menores que se generan en el universo negocial.

³⁶ LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. El Nuevo Proceso Monitorio Costarricense. Citado por: BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al Proceso Monitorio en Colombia. Trabajo de grado (abogado). Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena. Facultad de derecho y ciencias políticas. 2013. 69 p. Disponible en la biblioteca virtual de la Universidad de Cartagena: <<http://190.25.234.130:8080/jspui/handle/11227/1008>> [30 de mayo de 2015].

³⁷ OÑATE, Santiago. Evolución del derecho procesal mexicano. Antecedentes, desarrollo histórico, problemas centrales y soluciones. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1017/8.pdf>> [30 de Mayo de 2015].

³⁸ HUEZO QUEVEDO, Álvaro Alonso. El proceso monitorio en el código procesal civil y mercantil de El Salvador. Trabajo de grado (Licenciado en ciencias jurídicas). San Salvador: Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2009. 88 p. Disponible en repositorio de la Universidad de El Salvador: <<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/46>> [30 de Mayo de 2015].

³⁹ BRACHO, Fabiola; MANAURE Hanna y ORTEGA Eliana. El procedimiento por Intimación. Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/32802926/El-procedimiento-por-intimacion>> [30 de Mayo de 2015].

⁴⁰ VENEZUELA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Civil (05, Diciembre, 1985). Gaceta Extraordinaria. Caracas, 1990. no. 4209. [En línea] <<https://www.iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civilvenezuela.pdf>> [30 de Mayo de 2015].

⁴¹ SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón. Las medidas cautelares en el procedimiento por intimación. En: Anuario de Derecho. Mayo, 2013. no. 29, p. 13-40. ISSN 0076-6550. Disponible en: <<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/37038>> [30 de Mayo de 2015].

Este procedimiento se adopta en Colombia bajo una concepción mixta –puro o sin prueba y documental o de prueba- pues no es un imperativo allegar documentos con la solicitud, aunque sí se constituye en una carga para oponerse. También se agrega que, en aras de ajustar esta figura jurídica a la compleja cultura colombiana, se dejaron algunos tópicos problemáticos en su estructura, que riñen con su teleología, lo cual nos genera desde ahora, serias dudas en cuanto a su aplicación y desarrollo, consideración que se respalda con el análisis que se cumple en líneas subsiguientes, a propósito también, del resultado que arrojó el trabajo de campo desarrollado.

2. Tendencias del proceso monitorio

2.1. Actualidad del proceso monitorio en Europa

El funcionamiento de los actuales modelos mercantiles internacionales, requiere la eliminación de obstáculos procesales, cuando se propende por un mecanismo que ampare la celeridad, la libertad y la eficacia de la administración de justicia⁴². Por tal razón, las legislaciones foráneas han implementado regímenes que permiten la brevedad en la tramitación de litigios, consiguiendo la reducción de gastos, tiempo y demás formalidades que generalmente reclaman las operaciones de cobro, desde concepciones normativas más consonantes con los modelos comunitarios supraestatales. Desde esta orilla, los legisladores europeos se comprometieron con el diseño de normas procesales, para la tramitación simplificada y acelerada de litigios de menor significación económica en materia contractual⁴³, labor que se ha pretendido cumplir con la expedición de cuerpos normativos, que reconocen las necesidades de solución efectiva de las obligaciones, que en el orden comercial han comprometido sus intereses desde los estándares culturales, sociales, políticos y económico-financieros⁴⁴ de la Comunidad Europea.

Como respuesta a la diversa normativa de cada país que conforma la comunidad europea, los dilatados plazos para la resolución de litigios y los elevados costos que pueden llegar a generar en campos internacionales en comparación con el importe de la

⁴² GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa y LARENA BELDARRAIN, Javier. Globalización y proceso civil. En: Retos del derecho ante una economía sin fronteras, 2012. p. 103-108. ISBN 978-84-9830-337-7.

⁴³ De ahí que la naturaleza de este proceso de escasa cuantía se caracterice por su condición declarativa y sumaria al tener una tramitación abreviada. LOREDO COLUNGA, Marcos. ¿Hacia un derecho procesal Europeo? En: Revista para el Análisis del Derecho. Enero, 2006. no. 1, p. 1-24. ISSN-e 1698-739X. Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1396098>> [30 de mayo de 2015].

⁴⁴ SERBIN, Andrés. Globalización y sociedad civil en los procesos de integración. En: Nueva Sociedad. Enero-febrero, 1997, no. 147, p. 44-55. [En línea] <http://nuso.org/media/articles/downloads/2562_1.pdf> [21 de Mayo 2015].

cuantía reclamada⁴⁵, se presenta en Europa la práctica monitoria, como un procedimiento que tiene como objetivo esencial, satisfacer la necesidad de protección rápida y eficaz del crédito dinerario, entendiéndose que la demanda surge a raíz de la carencia de título para ejecutar o ante la falta de requisitos del mismo. Sin embargo, autores como Ernengo, estiman lejano el cumplimiento de los fines del monitorio, cuestionando debilidades que se conectan con el campo de las garantías procesales fundamentales, y que a pesar de las reflexiones de la doctrina, el legislador comunitario se torna esquivo en ofrecer respuestas a las exigencias que reclama la sociedad jurídica de la región⁴⁶.

Dentro de las limitaciones que nublan la celeridad, rapidez y eficacia del proceso monitorio en la comunidad europea, encontramos el límite cuantitativo, pues este ha sido contemplado por un monto máximo de €2.000, cantidad que resulta insuficiente con relación al nivel económico de algunos estados miembros y con respecto a las cuantías mínimas reguladas por las legislaciones internas; es el caso de Inglaterra y el País de Gales, donde el importe es de €8.200 o el de España, Finlandia, Hungría, Suecia, Italia, Francia, República Checa y Rumania, donde el monto es ilimitado, cuestiones que presionan a pequeños y medianos comerciantes a acudir a los procedimientos internos⁴⁷, destacándose como tendencia europea, la eliminación del límite de cuantía para entablar una demanda monitoria.

Asimismo, el legislador comunitario al adoptar factores poco clarificadores, como la posibilidad de revisar la sentencia* o el derecho a instar reconvencción por parte del deudor, en contra de las providencias judiciales, reduce la celeridad que persigue el proceso monitorio**, pues la legislación uniforme europea, otorga al deudor múltiples

⁴⁵GONZÁLEZ CANO, María Isabel, Aspectos fundamentales de la tramitación del proceso europeo de escasa cuantía, establecido en el Reglamento (CE) n° 861/2007, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2000 /en/ Revista Aranzadi Unión Europea, n° 2, 2009, Navarra, pp. 5-27.

⁴⁶VERGENGO PELLEREO, Nancy. Algunas reflexiones acerca del proceso europeo de escasa cuantía. Revista chilena de derecho y ciencia política Vol. 2 No. 2, 2011, pp. 65-80

⁴⁷VERGENGO PELLEREO, Nancy. op cit.

*El requerimiento europeo de pago, una vez transcurrido el plazo de oposición, podrá ser objeto de revisión en casos excepcionales. La revisión en casos excepcionales no debe significar que el demandado tenga una segunda posibilidad de oponerse a la petición. De acuerdo con los objetivos que persigue el PME, la resolución que se dicta en su seno tiene efectos de cosa juzgada, lo que no debe ser óbice para permitir una revisión en aras a garantizar los derechos de defensa del demandado.

** En el caso del procedimiento monitorio, esta celeridad es clara por la peculiar estructura simplificada del mismo. Tras el inicio del proceso por el acreedor, a través de la solicitud en la que alega lo que a su derecho conviene, no se abre un plazo para las alegaciones del deudor como sería lo esperable. Conforme a este principio de celeridad, en el procedimiento monitorio se abre un doble plazo breve para que el deudor opte entre dos posibilidades, atender el requerimiento que se ha formulado contra él con un mayor o menor examen y, por tanto, grado de verosimilitud, o formular sus alegaciones oponiéndose a las del acreedor. Es decir, se superponen dos posibles actuaciones procesales en el plazo de una, como sería normalmente las alegaciones vertidas de contrario. Sin embargo, en este tipo de procedimientos el deudor-demandado tiene la opción de alegar o cumplir con lo requerido. Además, en el caso de que no adopte ni una ni otra postura, basado en su inactividad y sin probar el actor su pretensión, su crédito, se dicta una resolución que constituye un título ejecutivo en su contra. Se produce aquí una peculiar inversión de la carga de la prueba, ya que alegada por el acreedor la deuda y su

instancias para ejercer el derecho de defensa, además de la posibilidad que se le da de oponerse al requerimiento de pago; distinto a lo que ocurre en el proceso monitorio austriaco, donde la resolución de requerimiento de pago, sólo puede impugnarse mediante la oposición, no existiendo ningún otro recurso a disposición del demandado; también en el proceso monitorio mixto de Finlandia o en el procedimiento no jurisdiccional portugués, en los que está proscrita para el demandado, la posibilidad de recurrir la resolución dictada en el juicio unilateral. Desde esta orilla, la Comunidad Europea rechaza la legislación transnacional, advirtiendo también que, es exigua la rapidez para la reclamación de deudas que exigen inmediatez.

Otra de las divergencias que se suscitan dentro del escenario procesal supranacional, en comparación con legislaciones estatales, se concreta con la clasificación tradicional del proceso monitorio que señala Calamandrei⁴⁸, pues la práctica monitoria comunitaria se activa con la presentación de la petición inicial, la cual debe justificar el origen de la deuda alegada (contrato de compraventa, de servicios, de obras, seguros, préstamo, etc.) y la causa de la reclamación (impago, falta de entrega, bienes defectuosos, etc.) requisitoria que acerca el proceso monitorio europeo al modelo documental; sin embargo, en legislaciones como Alemania, Austria, Finlandia, Portugal, Suecia, e Inglaterra, sólo basta con que el acreedor presente su solicitud ante el órgano competente, expresando la cantidad reclamada, lo que conduce a que empresarios y comerciantes de esta región, por no poseer documento que respalde lo adeudado, no puedan acudir al aparato judicial transfronterizo, y se vean en la obligación de pretender su derecho por vías internas, cuestiones que no responden a la pretendida unificación de estándares legislativos en el espacio comunitario europeo y la libre circulación de resoluciones judiciales, aunque se visualiza cierta tendencia en Europa a implementar el proceso monitorio puro, siempre que se goce con mecanismos eficaces de oposición.

El procedimiento monitorio en Francia, Finlandia, Italia y Suecia, también se usa para hacer efectivas obligaciones de hacer; asimismo, en el proceso comunitario no se exige estar asistido por abogado; empero en legislaciones internas, como en Francia, se requiere el *huissier*⁴⁹, que se asimila al procurador en España, para presentar la petición de requerimiento de pago, lo cual imposibilita obtener un estandarizado

vigencia, si no prueba (alega) lo contrario el deudor, se tiene por cierta la misma incluso con efecto de cosa juzgada. Todo ello en una tramitación acelerada de las fases ordinarias de los procesos declarativos. MANZANARES JIMÉNEZ, Diego Pascual. El procedimiento monitorio en el espacio comunitario europeo. La implantación de los procedimientos electrónicos de reclamación de deudas. Universidad Católica de San Antonio. Murcia. 2012. 53 p.

⁴⁸ CALAMANDREI, P.: El procedimiento monitorio, traducción de SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1953, pp. 33, 37 y 38., Según este, se puede distinguir entre dos modelos fundamentales: el proceso monitorio puro o sin prueba y el proceso monitorio documental o de prueba.

⁴⁹MANZANARES JIMÉNEZ, Diego Pascual. op. cit. 228 p.

procedimiento monitorio, pues atendiendo a las diversas configuraciones que ésta técnica alcanza en los distintos ordenamientos, incluso partiendo de una misma legislación, como ocurre en el caso del monitorio español, se vislumbra lejana la adaptación de unos patrones o cánones en la estructura monitoria en el espacio de la Comunidad Europea.

De lo anterior se deduce que, la búsqueda de una legislación uniforme que pretenda generar una justicia trasfronteriza, lejana se encuentra de armonizar los sistemas judiciales de diversas naciones, cuestiones atribuibles a que cada Estado ostenta modelos culturales distintos, estimando que cada país debe contemplar legislaciones propias y no pretender generar normas estatales con índices de eficacia extranjerizados, desconociendo los comportamientos de la sociedad donde se implementarán, pues así lo demuestran los indicadores de legitimidad –entendida como aceptación social- del proceso monitorio, en legislaciones particulares y la carencia de la misma en el proceso que se pretende ajustar en toda la Comunidad Europea.

Por su parte y en cuanto a la mentada eficacia en el contexto español, el monitorio ha tenido una acogida favorable y resultados de efectividad positiva, a tal punto que se le reconoce como el mecanismo más utilizado ante los tribunales, tal y como lo acreditan estas estadísticas: durante el año 2009 se presentaron 856.875 procesos monitorios, representando el 58,1% de la litigiosidad civil (y este porcentaje se supera, por ejemplo, en Madrid, con el 60,9%, o en Cataluña, con el 58,9%); así también en Italia, en el 2008, se tramitaron cerca de 1.000.000 de procesos monitorios; en Francia se ha superado la cifra de 1.200.000, y en Alemania, se ha alcanzado un número de 8.000.000⁵⁰. Al margen de ser el más empleado, en España es el que presenta una mayor eficacia, pues del total de procesos monitorios, cerca del 50% concluyeron bien con el pago (el 8,7%) o bien con la ejecución (el 38,7%)⁵¹. Es menester aclarar que, el procedimiento monitorio español, presenta estándares distintos, frente a otros países que de igual forma distinguen su eficacia; sin embargo, esto se debe a que el legislador español se ha esforzado en estudiar los patrones culturales de la región, apartándose de legislaciones foráneas, que no consultan la realidad social nacional, presentando como ejemplo, la transformación de la cuantía máxima para la tramitación del monitorio, donde inicialmente se contempló con un importe máximo de €3.000, posteriormente de €6.000, hasta llegar a la cuantía ilimitada; a diferencia de Austria, Portugal y Malta, que establecen límite cuantitativo. Estas precisiones demuestran la necesidad de realizar un estudio exhaustivo de las realidades económicas, culturales y sociales, que presenta la nación que pretende implementar un cuerpo normativo de esta naturaleza.

⁵⁰PICÓ I JUNOY, Joan.op. cit. 2 p.

⁵¹ PICÓ I JUNOY, Ib.

Se concluye que en estos países, el proceso monitorio juega un papel protagónico, alcanzando los fines esenciales ya anunciados, lo cual se atribuye también a la existencia de patrones culturales que permiten la aceptación del mecanismo, para la reclamación de deudas menores que visibilizan, además, la confianza en el aparato jurisdiccional, alcanzando mayores niveles de efectividad y eficacia, en comparación con las que reflejan los Estados latinoamericanos, muy a pesar de las distintas opciones procedimentales que se adopten en cada nación, para la configuración del procedimiento monitorio, quedando claro que existe una estructura* común, que define este tipo de mecanismos.

2.2. Actualidad del proceso monitorio en América Latina

Partiendo de la innegable justicia tardía brindada en los países periféricos** y semi-periféricos***, resulta insoslayable la búsqueda constante de celeridad y eficacia en su aplicación, para responder a las demandas que presenta el colectivo social latinoamericano, descrito con amplitud por Canelo Rabanal⁵² así:

En el problema de celeridad de los procesos y la pronta tutela de los derechos ha sido una constante doctrinaria no solo en nuestro país (Perú), acostumbrado a reformas publicitadas mas no eficaces, con lo cual retumba en los oídos de los justiciables el aforismo que reza “justicia que no es rápida, no es justicia”. Ya el insigne Couture señalaba que en el proceso, el tiempo es más que oro, es justicia; lo cual también nos da cuenta de la inversión de horas hombre perdidas como consecuencia de la tardía resolución de un proceso, problema que no compete exclusivamente a las partes procesales, sino también a la confianza de los

*Iniciación mediante solicitud del acreedor. Requerimiento del órgano competente al deudor para el cumplimiento de la obligación. Posibilidad de oposición del deudor a este requerimiento. Dictado de título ejecutivo en contra del deudor si no paga o no se opone.

**Los Procesos de Periferia que se dan en los países periféricos, son aquellos que combinan un estilo de producción rudimentaria, escaso uso de tecnología, bajos o inexistentes salarios, mano de obra barata, mermadas o inexistentes acumulaciones de capital. Este es el caso de los países del Tercer Mundo como aquellos que conforman América Latina y el Caribe, países asiáticos (excepto Japón y los Nuevos Países Industrializados), países de África y de Oceanía (excepto Australia y Nueva Zelanda). WALLERSTEIN, Immanuel Maurice, *Análisis de Sistemas – Mundo: Una Introducción*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006. Pág. 16.

***La Semiperiferia son lugares que alternan características de los procesos de centro y de los procesos de periferia. Son lugares donde hay procesos de ambas tendencias, aunque hay que reconocer el predominio de uno más que el otro, por ejemplo en los nuevos países industrializados (Corea del Sur, Taiwán, China, Malasia, Singapur) que son países semiperiféricos con tendencia a procesos de centro. Otros ejemplos se presentan en Argentina, Brasil y Colombia, que si bien forman parte del tercer mundo, tienen una industria y actividades económicas un poco más diversificadas que el resto de los países, sobre todo Brasil, pero no le quita que en estos países, por más que sean semiperiféricos, hay un predominio de los procesos de periferia. WALLERSTEIN, Immanuel Maurice, *Análisis de Sistemas – Mundo: Una Introducción*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006. Pág. 17.

⁵² CANELO RABANAL, Raúl Vladimiro. La Celeridad Procesal, Nuevos Desafíos hacia una reforma integral del proceso civil en búsqueda de la justicia pronta. En: revista iberoamericana de derecho procesal garantista. 2006. Ip. disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/\\$FILE/2006_CaneloRaul.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/$FILE/2006_CaneloRaul.pdf) [30 de mayo de 2015].

ciudadanos y a la seguridad jurídica de nuestro país, al aumentarse la incertidumbre sobre el resultado de la actividad cognitiva del juez, expectativa que queda relegada en el tiempo y cuya solución resulta menos oportuna, cuanto más demora exista en su resolución.

Fundamentado en estas razones, el legislador latinoamericano con el ánimo de satisfacer la constante demanda social de pronta y cumplida justicia, ha ajustado su actividad a modelos y estructuras foráneas, que si bien es cierto, han dado resultados promisorios en los países de centro, donde se ha implementado, no menos cierto resulta que, la sociedad civil de periferia y semi-periferia es diversa a estos, otorgando con desdén una respuesta sin fundamento socio-jurídico, que termina por agravar la solución que pretende.

Es así que con el ánimo latente de mitigar la constante demanda de celeridad, y la tardía creación de un título ejecutivo, que permita el cobro de deudas menores, se adopta por el legislador la figura del proceso monitorio, basado en la estructura brindada por dicho proceso en Europa. Así las cosas, con el ánimo de unificar la legislación civil existente en los países latinoamericanos se instaura el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, cuyo fin no es otro que lograr la cooperación judicial, pretendiendo un criterio estándar para la figura monitoria. Este modelo consagra una misma idea estructural del monitorio, pretendiendo ajustarlo conforme a las necesidades jurídico-sociales de Latinoamérica, con miras a la materialización de la tutela judicial efectiva. Ha sido adoptado en Uruguay, Venezuela, Brasil, Argentina (Provincia de la Pampa), España, Perú, Chile, Honduras, Costa Rica, México, El Salvador y Colombia⁵³, conforme a las normativas referidas en el primer capítulo.

Tal estructura procesal, pretendía unificar y delimitar el proceso monitorio, con base en estándares que cumplan: 1) una plenaria rápida, 2) de cognición muy sumaria 3) y con amplia competencia dentro de los países latinoamericanos, así como lo describen los antecedentes del Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica “Este proceso se propone no sólo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias) y no sólo para este juicio, sino para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, tales como el desalojo (desahucio), entrega de la cosa, entrega de la herencia, escrituración judicial (derivada de promesa de compraventa, por ejemplo,)”⁵⁴. Este proceso de estandarización se orienta hacia la flexibilización del proceso (plenario rápido), de la prueba (pues se pide prueba sumaria o toda aquella que describa sucintamente la posible existencia de la

⁵³ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ Samir Alberto. op. cit. 352 p.

⁵⁴ INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, Secretaria General. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Montevideo, 1988. Pág. 30

obligación) y la amplitud de espacios de implementación. Este procedimiento lo describe el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal:

Este procedimiento propuesto –inclusive para la formación de ciertos títulos ejecutivos – consiste en que presentado el documento o los elementos constitutivos y que demuestran la fundabilidad de la pretensión, el Juez verifica los presupuestos generales (capacidad, legitimación, competencia, etc.) y los especiales (en el juicio ejecutivo la existencia del título, en la entrega de la cosa que surge de un contrato, en el cual el actor demuestra haber cumplido, por ej. En el desalojo, el vencimiento del plazo, la falta de pago, etc.) y acoge la demanda mediante una sentencia que cristalizaran las finalidades perseguidas como son la celeridad, la construcción del título y la tutela judicial efectiva, dándole solución a la actualidad imperante del derecho latinoamericano⁵⁵.

Tal perspectiva trazada, no se materializa en el contexto cultural de cada estado latinoamericano, lo que deviene en grandes obstáculos en su aplicación, cuando entra en contacto con fenómenos sociales como la cultura de no pago, la dilación de los procesos, y la deslegitimación de la justicia, entre otros problemas latentes en muchas de las colectividades descritas, las cuales actúan de manera diversa.

Así las cosas, mientras que en Uruguay (el cual se ha tomado como el país de origen del proceso monitorio en Latinoamérica) se caracteriza por ser un proceso de estructura monitoria* de tipo documental y con amplia competencia (es decir, tanto para el cobro de deudas dinerarias como para el desalojo, entre otros) acomodándose a la tendencia anunciada por el Código Modelo para Iberoamérica; no menos cierto resulta, que los demás estados miembros de este tipo legislativo unificador, han adoptado sus propios lineamientos dentro de su órbita jurídica; tal como es el caso de Perú, Chile y Colombia entre otros, que han optado por un proceso declarativo puro⁵⁶, de competencias limitadas, el cual lejos de acomodarse a los criterios unificadores plasmados, terminan diversificando los mismos, en procura de satisfacer la demanda de pronta justicia, tal como quedó descrito en líneas anteriores.

Por ende, tratando de describir las tendencias imperantes en los países periféricos y semi-periféricos, resulta una actividad compleja, delimitar en un solo lineamiento estructural el proceso monitorio, porque los legisladores, han optado por aplicar apartes de otras legislaciones, basados en índices de eficacia, que lejos de acomodarse a sus contextos culturales, terminan desconociéndolos. Desde este referente, resultaría,

⁵⁵ *Ibíd.*

*“mientras el “proceso monitorio” estaría pensado para pretensiones dinerarias u obligaciones de dar, la estructura monitoria general admite otras, como por ejemplo la entrega de cosas” PÉREZ RAGONE, Álvaro J. op. Cit.

⁵⁶QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ Samir Alberto. op. cit. 352 p

en principio, inoficioso e inoperante, la búsqueda de una legislación uniforme, pues es evidente que los estándares socio-culturales son diversos en la medida en que la solución a los fenómenos de la deslegitimación de la justicia ante su morosidad, igualmente la cultura de no pago, se presentan ante el colectivo social, el legislativo, y los operadores jurídicos con perspectivas diferentes; no obstante, este grupo investigador considera pertinente que, en el mundo globalizado, los Estados insistan en presentar estándares comunes que le den asunción, desde su propia naturaleza, a la teleología y alcance del proceso monitorio, sobre lo cual ha venido avanzando la Comunidad Europea y los redactores del código modelo para Iberoamérica .

2.3. El proceso monitorio en el contexto cultural colombiano

Los pilares que materializan y fortalecen el valor justicia –el interés jurídico^{**}, la satisfacción^{***}, y la tutela^{****} – permiten indudablemente su realización, siempre y cuando se supere la insatisfacción^{57*} que genera la crisis de cooperación⁵⁸, realidad común en América Latina, que trae consigo una constante desconfianza en la tardía administración de justicia, frente a lo cual, los operadores jurídicos de manera activa, propenden por la sumariedad de los procesos, desde la cual se visualice la

^{**}El interés jurídico como la expectativa de obtener una ventaja material, tal como ocurre con la posibilidad de cobrar una deuda, de poder enajenar un bien que es nuestro, o de recibir la merced conductiva por concepto de un bien arrendado, entre otras; cuando este interés se encuentra previsto por el derecho como en el caso de los ejemplos que acabamos de mencionar, se le denomina interés jurídico.

^{***}Cuando la ventaja material sobre la que se expresa nuestro interés jurídico se consuma, es decir, cuando logramos realizar nuestro interés, desaparece este y pasamos como es de entenderse, a un estado distinto que denominamos satisfacción. La satisfacción, por tanto, se ubica en un lugar temporalmente posterior al concepto de interés, nunc coincide, sino que existe una relación de sucesión temporal entre uno y otro.

^{****}Finalmente, resta decir que constituye un imperativo infranqueable el hecho de que todo interés jurídico por ser tal, se encuentra protegido es decir, el estado o la sociedad les importa sobre manera que los intereses que se encuentran jurídicamente fundados sean protegidos de manera adecuada. Esto resulta coherente si apreciamos que el derecho instituya tan solo una humilde aspiración humana para el logro del valor justicia. Si ello es así todo interés sustentado jurídicamente es entendido por el derecho como una búsqueda de dicha justicia y ese es justamente el fundamento de la protección. Finalmente a esta protección del interés jurídicamente relevante se le denomina tutela

⁵⁷ MONROY PALACIOS, Juan José. Panorama Actual de la Justicia Civil: Una Mirada General desde el Proceso. En: Thémis, Revista de Derecho. Lima. 2001, no. 43. 177 p.

^{*} En función de ellos diremos que la crisis de cooperación es el factor que genera la insatisfacción. Sin embargo, si bien un importante sector de las normas jurídicas se cumple de manera espontánea (el padre asiste a sus hijos, el trabajador ejerce eficazmente sus derechos laborales, el deudor cumple con su acreedor), no es menos cierto que otro sector de situaciones jurídicas de la misma trascendencia no llega a realizarse. Es decir, por nuestra experiencia cotidiana sabemos que no todos los deudores pagan, ni todos los padres asumen sus responsabilidades de la forma debida. Este incumplimiento genera un elemento fundamental en el Derecho: la crisis de cooperación

⁵⁸ Categoría utilizada con éxito por Andrea ProtoPisani y tomada, a su vez, de su maestro Virgilio Andrioli. Nosotros la acogemos por su indudable poder explicativo. Los postulados de tal concepto, así como abundantes ejemplos de su utilización práctica, se pueden encontrar en: PROTO PISANI, Andrea. "I rapportifradirittosostanziale e processo". En: Appuntisullagiustiziavivile. Bari, Cacucci, 1982. p. 42 y siguientes. Otra forma de explicar lo que llamamos "crisis de cooperación" es la siguiente: "a harmonia social, escapo maior do Estado emqualquer dos setores de suaatividade, é quebrada toda vez que as regras de direito substancial nao sao cumpridas voluntariamente pelos destisnatários. Cabe a funt::aojurisdiccional a missao de atuar coercitiva mente o direito e restabelecer a paz nasociedade". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgencia". Sao Paulo: Malheiros. 1998. p. 98.

materialización del orden jurídico, bajo las actuales exigencias que la sociedad civil proclama constantemente.

Esta situación de crisis la presenta Monroy Palacios en los siguientes términos:

La deficiente formación de los abogados que degenera en la pobre calidad de la labor efectuada por los operadores judiciales, hasta cuestiones como la crisis histórica del Poder judicial, la carencia económica o la desastrosa política de los gobiernos sobre la materia, y la negativa de cumplir espontáneamente con el precepto judicial por parte del sujeto perdedor (...) constituyendo elementos gravitantes en la configuración de la justicia civil que se aspira⁵⁹.

En el ámbito internacional, el sistema judicial colombiano “está evaluado como ineficiente ocupando el puesto 88 dentro de 142 países (Foro Económico Mundial 2011-2012), el sexto lugar como la justicia más lenta en el mundo y la tercera más lenta de América Latina y el Caribe (DoingBussines 2011).”⁶⁰ Lo que cuestiona la labor del legislador patrio y pone en penumbra el Estado Social de Derecho, que pondera la constitución Política. La realidad actual de la justicia enfrenta déficits estructurales que crea retos al poder legislativo y exige órganos normativos que se condicionen a los estándares culturales, económicos y sociales de nuestra nación; sin embargo, la crisis de la justicia en Colombia no es nueva⁶¹, se ha diversificado durante décadas, para concluir que el órgano legislativo, se ha encargado de posicionar reformas bastante plegadas a normatividad foránea y que no se acomodan a nuestra realidad, todo con el firme propósito de descongestionar los despachos judiciales, sacrificando la tutela judicial efectiva.

Con la entrada en vigencia del Código General Del Proceso, uno de cuyos objetivos es el de mitigar ciertos problemas sociales, la comisión redactora del mismo, ha adoptado un procedimiento monitorio consultando sus principios fundantes, presentando una gama de actos procesales, que se proponen dar respuesta a la renuencia al pago de deudas menores, que no aparecen respaldadas en un título ejecutivo, pero resulta limitado, a la hora de responder a los postulados de eficacia que demanda el colectivo social, en punto de las garantías procesales fundamentales y que se advierten en este trabajo como fragilidades, concretamente en punto de la fundamentación de la oposición, la improcedencia de la notificación por aviso, la ausencia de instrumentos

⁵⁹ MONROY PALACIOS, Juan José. op cit.

⁶⁰ REDACCIÓN POLÍTICA. La realidad de la justicia en Colombia. En: El Espectador [En línea] (18 de julio de 2012). Disponible en: <<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/realidad-de-justicia-colombia-articulo-361051>> [citado el 30 de mayo de 2015]

⁶¹ MANRIQUE ZULUAGA, Viviana: La dama de la justicia no está vendada. En: Semana [En línea] (5 de noviembre de 2013). Disponible en: <<http://www.semana.com/opinion/articulo/justicia-en-colombia-opinion-viviana-manrique/363602-3>> [citado el 30 de mayo de 2015]

para alegar impedimentos procesales de gran importancia y la limitada contradicción en el proceso ejecutivo, entre otros.

Además de esta plataforma de aciertos y desaciertos, consideramos que el proceso monitorio, es un escenario culturalmente frágil cuando se presenta no sólo morosidad para darle solución a las obligaciones crediticias, sino que también se reconoce la ausencia de una “cultura de pago”, como constante en el contexto económico-social colombiano, que pone en entredicho, tanto la confianza que debe imperar en los negocios jurídicos, así como también vincula a la administración de justicia, ante la asimetría que puede generarse en el escenario procesal, frente a la renuencia del demandado para recibir la notificación personal, la imposición de multas, la limitación para interponer recursos, por citar algunos ejemplos.

Tales actitudes han sido descritas por la doctrina de esta manera:

Es casi seguro que la mayoría de procesos ejecutivos se desarrolla sin oposición del demandado. Teniendo que según estadísticas realizadas en otros países comprueban que cuatro de cada diez demandados prefiere permanecer en situación de rebeldía, cuyo número es mayor en los procesos ejecutivos, sin asistir a diligencias de notificación personal, guardando total silencio. Pero sin embargo donde el índice de morosidad crediticia es muy alto, sumado a la evidente ausencia de una cultura de pago, nos lleva a inferir que el porcentaje de oposiciones no se asemejaría a los porcentajes existentes en Europa, poniendo en peligro la finalidad que busca la técnica monitoria haciendo del procedimiento el punto de partida a la cognición antes que a la ejecución⁶².

A esta postura, el Diario Nuevo Día adhiere exponiendo que:

A lo anterior se añade la perniciosa costumbre de exonerar a los incumplidos y rebajar los intereses a quienes no atienden sus obligaciones; circunstancia que se conjura en contra de quienes pagan a tiempo y contribuyen con su esfuerzo al progreso colectivo. Cuando esa costumbre muta en tradición y no se pone en práctica la coacción jurídica son cada día menos los que pagan al día pues ya se sabe que, tarde o temprano, habrá una exoneración o una cuantiosa rebaja y, entretanto, se pueden destinar esos recursos a cualquier otra actividad o inversión⁶³.

⁶² PRADO BRINGAS, Rafael. Notas introductorias sobre el procedimiento monitorio. En: Revista peruana de derecho procesal. 2002. no. 5, 257 p. ISSN 1991-1688.

⁶³ EL NUEVO DÍA: Cultura del no pago. En: El Nuevo Día [En línea] (6 de febrero de 2013). Disponible en: <<http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/opinion/editorial/171288-cultura-del-no-pago>> [citado 31 de mayo de 2015]

En todo caso, la apreciación cultural en referencia no es unánime, pues al abordar este asunto, entre algunos de los operadores del Distrito Judicial de Buga, los mismos consideran que hay cultura de pago, entendiendo que el número de procesos ejecutivos, es menor en comparación con la cantidad de obligaciones adquiridas en este espacio territorial, exponiendo sobre el particular:

Consideramos que en Colombia si hay cultura de pago, me baso en que pese a que las demandas ejecutivas son varias, estimamos que las obligaciones que surgen de mandatos o negocios similares que se presentan en la sociedad, es mayor a la cantidad de demandas que ingresan ejecutivamente, eso permite inferir que hay más cultura de pago, y que los que no pagan son en un mínimo porcentaje, porque si hubiese cultura de no pago, las demandas serian en mayor cantidad, porque las relaciones contractuales, para efectos de mutuos, son mucho más de las que se presentan en procesos ejecutivos⁶⁴.

También agregan estos funcionarios que: “En Colombia, nosotros tenemos según los análisis que han hecho los bancos y las entidades de crédito, cierta cultura de pago; es decir, no se puede estigmatizar a los que no pagan, generalizar a todo el mundo, pero según las estadísticas, se reitera, sí hay cultura de pago”⁶⁵.

Finalmente mencionan la causas de esta situación exponiendo: “Sí hay cultura de pago, y lo que pasa es que la situación del país no es la mejor y no son muchas las personas que tienen un buen salario o que tienen acceso a la posibilidad misma de pagar, a veces la inestabilidad económica de las personas hace que los lleve a quedar mal en los pagos”⁶⁶.

Luego de algunas precisiones en torno a las implicaciones que desde el contexto socio-cultural colombiano, pueden perfilarse -prematuramente- en punto de la eficacia y efectividad del instrumento que se analiza, procede el estudio del proceso monitorio, desde un escenario supra-garantístico, que deviene asimétrico en algunas etapas procesales,, concretamente desde los contenidos prácticos que se analizarán en el siguiente apartado.

3. Referentes constitucionales del proceso monitorio en Colombia

3.1. Una mirada constitucional al proceso monitorio

⁶⁴Entrevistas realizadas como trabajo de campo a 7 Jueces Civiles del Circuito y Civiles Municipales, del Distrito Judicial de Buga.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

Teniendo como base el contexto cultural colombiano, y, ante la promulgación de la Constitución Política de 1991, se consagraron muchos principios y prerrogativas que hoy orientan nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo un plexo de derechos y garantías fundamentales, reconocidos y desarrollados jurisprudencialmente, entre los cuales se destacan el acceso a la administración de justicia, el debido proceso, la igualdad, la defensa, entre una gama importante. Todos ellos pilares del proceso monitorio que bajo el umbral de la buena fe, a partir de la realidad sociocultural colombiana, ha ubicado como postulados principales, la celeridad, la eficacia y la tutela judicial efectiva.

El derecho de acceso a la administración de justicia⁶⁷, se entiende como la facultad que tienen todos los asociados de acudir a las instancias judiciales en busca de la protección o el restablecimiento de los derechos. Sin embargo, esta prerrogativa en nada tiene que ver, con las decisiones que sobre los negocios jurídicos se tomen por parte de los jueces, en virtud que la efectividad de éste derecho, se cumple cuando el juez garantiza la igualdad de las partes dentro del proceso⁶⁸ y analiza todos los elementos probatorios, con base en la sana crítica, para tomar la decisión respectiva. Así las cosas, el acceso a la administración de justicia implica la atención por parte de las autoridades judiciales, pero no la protección automática del derecho.

La Corte Constitucional ha determinado, reiteradamente, que el derecho a acceder a la administración de justicia tiene un carácter fundamental y forma parte del núcleo esencial del debido proceso; por ende, está autorizado entender que el mencionado derecho, no solamente es uno *per se*, sino que es parte fundante de otros de igual contenido, por el factor de conexidad⁶⁹. La misma corporación ha precisado que, el acceso a la administración de justicia tiene un significado amplio, concretando que: “comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso.”⁷⁰

El proceso monitorio se erige, al menos en principio, en un mecanismo que facilita el acceso a la justicia, todo ello en virtud del trámite expedito que lo caracteriza, pues el fin del legislador al instaurarlo, es que las decisiones judiciales se aproximen en tiempo

⁶⁷ Constitución Política de 1991. Artículo 228.

⁶⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2012. No. 48.489.

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 17 de abril de 2013. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. (Sentencia C-222). Bogotá D.C. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-222-13.htm>> [31 de mayo de 2015]

⁷⁰Ibíd.

al justiciable, a partir de un postulado del filósofo Séneca, ampliamente reconocido en el derecho, quien lo expone diciendo que: “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”. Es así, como la simpleza procesal del monitorio, evidencia que el espíritu del legislador era consagrar un procedimiento sencillo, expedito y muy próximo al ciudadano⁷¹, quien se afianza en el pleno ejercicio del derecho de acción.⁷²

Otra de las prerrogativas que consagra la Carta Política, frente a las actuaciones de los asociados, es la buena fe, que viene a ser el mayor sustento constitucional del proceso monitorio, la cual se presume en todas las acciones que los particulares y las autoridades públicas realicen frente al Estado y la sociedad, entendiendo que, las contrarias a la ley, deben ser probadas en juicio⁷³. Por otro lado, la buena fe contempla dos orientaciones calificadas por Neme Villareal⁷⁴, como activa y pasiva: la primera de ellas entendida como la obligación de comportarse con lealtad en todas las relaciones jurídicas; la segunda hace relación al derecho de esperar que todas las personas actúen conforme a lo establecido en la ley.

Con respecto a este principio constitucional, la Corte Suprema de Justicia desde el año 1936 había afirmado:

Además de ser una herramienta integradora, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho de los hechos, y una función adaptadora para moldear el derecho sobre los hechos, y se presenta en dos formas: como criterio de apreciación e interpretación de los actos jurídicos y como objeto de obligación en las relaciones jurídicas para darle a las manifestaciones caracterizadas con la mala fe las correspondientes sanciones, generando así una importante protección legal para quien es honesto en su conducta⁷⁵.

Por otro lado, la Corte Constitucional afirma que el principio de la buena fe, tiene tres frentes fundamentales:

En primer lugar la buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación

⁷¹Resumen de las principales novedades del proyecto de ley, incluyendo las modificaciones para tercer debate Informe de ponencia para primer debate Proyecto de ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara, *por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*.

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de noviembre de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. (Sentencia C-1195). Bogotá D.C. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>> [31 de mayo de 2015]

⁷³Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 83.

⁷⁴ NEME VILLAREAL, Martha Lucia. La buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *En*: Revista de Derecho Privado Externado. [En línea]. 2009, no. 17. [citado 31 de mayo de 2015]. p. 45-76. Disponible en: <[http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path\[\]=410&path\[\]=390](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path[]=410&path[]=390)>

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de Mayo de 1936.

jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. En segundo lugar, la buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico y en tercer lugar que, la buena fe se considera como una causa de exclusión de culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma⁷⁶.

Por consiguiente, desarrolla el proceso monitorio el principio de buena fe, como creadora de derecho a partir de los hechos, y así se entendió desde sus orígenes en la Alta Edad Media italiana, es decir, relaciones mercantiles sustentadas en la palabra, de ahí que a pesar de la inexistencia del título, el legislador ha procurado garantizar el acceso a la administración de justicia y el derecho de acción, a partir del juramento como medio de prueba, partiendo de la buena fe del demandante, sin que implique que el demandado no tenga los mecanismos para su defensa, pues la institución monitoria consagra a su favor, desde sus orígenes en Europa, herramientas eficaces de oposición si considera que no ha existido una relación contractual o no la ha defraudado. Desde estas orientaciones el proceso monitorio se presenta como un espacio de evidente eficacia, ante su dimensión teleológica, pero se asoman fragilidades en torno a su aplicación desde el articulado que registra el Código General del Proceso, que se pueden proyectar negativamente en la esfera de los derechos fundamentales.

3.2. El proceso monitorio desde el análisis de la Corte Constitucional colombiana

Como se expuso en líneas anteriores, y lo reitera el profesor Colmenares, el proceso monitorio, tiene como fin la protección de la tutela judicial efectiva, respecto de un acreedor que resultó asaltado en su buena fe, por parte de un deudor incumplido⁷⁷; no obstante, el legislador ha dejado espacios que ponen en peligro el derecho de defensa del demandado, los cuales se denunciaron en su momento, ante la Corte Constitucional.

En efecto, con la consagración del monitorio en la legislación colombiana, a través de la ley 1564 de 2012, el día 28 de febrero de 2014, la Corte Constitucional Colombiana admitió demanda de inconstitucionalidad, contra los artículos 419 y 421 del Código General del Proceso, que regulan el procedimiento objeto de estudio. La demanda tuvo como sustento que el monitorio contraría los artículos 13 y 29 de la norma superior, es decir, el derecho a la igualdad y el debido proceso.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 11 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia T-487). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-487-92.htm>>. Bogotá D.C. [31 de mayo de 2015]

⁷⁷ COLMENARES URIBE, Carlos A. El proceso monitorio en el código general del proceso. Disponible en: <<http://www.carloscolmenares.com/publicaciones.php>> [31 de mayo de 2015]

A juicio del actor, la estructura monitoria -como proceso- carece de bilateralidad, en razón a que el requerimiento de pago, se profiere sin contradictorio*, esto es, sin escuchar previamente al demandado, añadiendo además que “el trámite monitorio no pone fin a un litigio sino que constituye o perfecciona un título; entonces, difiere de lo que realmente es un proceso (...) limitando derechos fundamentales consagrados en la carta política”⁷⁸, esta consideración, a partir de la prohibición de presentar excepciones previas, demanda de reconvencción y de intervención de terceros.

En igual sentido, se han pronunciado autores que indican que el proceso monitorio no puede considerarse como tal, al ser un mero procedimiento, toda vez que el verdadero proceso inicia después, de acuerdo con la conducta que adopte el demandado, pues en caso de oponerse, comenzará un debate procesal ordinario de tipo declarativo, *contrario sensu*, el proceso se remitirá a una ejecución, careciendo la etapa monitoria de bilateralidad y de los fines propios de un proceso común, como es el caso de la tutela judicial efectiva, reiterando que la finalidad monitoria es dotar al demandante de un título ejecutivo del cual carece⁷⁹.

Finalmente, en sentencia C-726 de 24 de Septiembre del 2014, el órgano de cierre constitucional colombiano, declaró la exequibilidad de las normas acusadas, siendo su principal argumento, que el demandado puede oponerse, dando paso a un proceso ulterior -verbal sumario-pues la principal garantía de aquel, es la notificación personal, ante la prohibición del aviso.

La sentencia en primer término, se remite a los antecedentes de la norma, precisando como se ha expuesto en el curso de esta investigación que, una de sus bases está encaminada a alcanzar la justicia, en un lapso de tiempo corto, constituyéndose así, en un proceso declarativo de naturaleza especial, aspecto que tratará el grupo en líneas siguientes. La misma Corte admite que, la finalidad del proceso monitorio es la consecución de un título ejecutivo, destacando que el legislador está en su legítimo derecho, de alterar la estructura propia del juicio, en aspectos como la doble instancia, siempre que se garantice la contradicción y el debido proceso.

*El requerimiento de pago en el proceso monitorio colombiano se dicta conforme al inciso primero del artículo 421 del Código General del Proceso, siempre que la demanda reúna los requisitos del 420 ibídem, en tal providencia, el Juez requiere al demandado para que pague dentro de los 10 días siguientes a la notificación respectiva, termino en el cual la parte pasiva de la Litis puede oponerse, contra el mencionado auto no proceden recursos.

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 24 de septiembre de 2014. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sachica Méndez. (Sentencia C-726). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-726-14.htm>> [30 de mayo de 2015]. Bogotá D.C.

⁷⁹CALVINHO, Gustavo. Debido proceso y procedimiento monitorio. [En línea] <http://www.petruzzosc.com.ar/articulos_y_publicaciones/debido_proceso_y_procedimiento_monitorio.pdf> [31 de mayo de 2015]

Este grupo de investigación encuentra entonces, serias fragilidades procesales que riñen con garantías de contenido ius-fundamental, en el escenario del monitorio consagrado por el legislador en el Código General del Proceso, las cuales no merecieron análisis por la Corte Constitucional en su momento, dando vía libre a enunciados que no se conectan con contenidos de justicia material y que contrariamente, limitan el acceso a la administración de justicia, también el debido proceso y el derecho de defensa.

3.3. Fragilidades procesales del proceso monitorio

Como se ha expuesto en el curso de esta investigación, la estructura monitoria en Colombia presenta falencias en su consagración legal, que alteran las garantías fundamentales propias de todo juicio. En primer lugar, consideramos un desatino del legislador, ubicar la técnica monitoria en la categoría de procesos declarativos especiales, porque tal aseveración se presta para controversias, debates o consideraciones jurídicas, que trascienden –incluso– el inicio del proceso mismo y que nos ubica en el interrogante de si se requiere o no, la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para demandar.

Sobre el particular, Borbúa Olascuaga indicó que, cuando el Código General del Proceso reguló la conciliación extrajudicial para los procesos declarativos, introdujo una modificación a la ley 640 de 2001 en su artículo 38, que terminó estableciendo como únicas excepciones, para no acudir al acto audiencial de que se trata, las demandas divisorias, de expropiación y en aquellas donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados; así las cosas, para el autor citado, se debe agotar el requisito de procedibilidad en el proceso monitorio, salvo que desde la demanda, se solicite el decreto de medidas cautelares propias de los procesos declarativos⁸⁰, tema que también genera para el monitorio ardua discusiones. Es claro, desde esta perspectiva, que una desafortunada clasificación procesal, trae graves cuestionamientos desde la mera admisión de la demanda, situación problemática que deben enfrentar no sólo los justiciables, sino también los jueces colombianos en su momento.

Otro de los problemas que se vislumbra en la implementación del proceso monitorio en Colombia, es el de poner en conocimiento al deudor, a través de los demás mecanismos que difieren de la notificación personal, lo anterior, porque si bien es cierto el legislador prohibió que al demandado se le enterara a través de curador *ad*

⁸⁰ BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al Proceso Monitorio en Colombia. Trabajo de grado (abogado). Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena. Facultad de derecho y ciencias políticas. 2013. 69 p. Disponible en la biblioteca virtual de la Universidad de Cartagena: <<http://190.25.234.130:8080/jspui/handle/11227/1008>> [30 de mayo de 2015].

litem, también lo es que la sentencia C-726, cerró la posibilidad de obtenerla a través del aviso, al precisar:

En este tipo de proceso especial, el requerimiento que hace el juez reviste una doble naturaleza. De una parte, constituye la notificación y a la vez, el requerimiento de pago, el cual debe ser notificado personalmente, sin que sea posible la notificación por aviso. El parágrafo del artículo 421 del Código General del Proceso de manera expresa prohíbe el emplazamiento del demandado, lo que comporta la garantía de la que dispone el deudor para actuar en el proceso y no permitir que se constituya un título de ejecución sin su conocimiento⁸¹.

Así las cosas, la notificación del requerimiento de pago hecho al demandado en un proceso monitorio, se limita a aquella que se cumple de manera personal y desde esta perspectiva, de inmediato se advierte que el deudor puede asumir una postura dilatoria –desde este punto de vista, legítima– y no asistir a notificarse del requerimiento de pago proferido en su contra, lo que de entrada imposibilita la continuidad del proceso y, por ende, la satisfacción de la tutela judicial efectiva, al no consagrar la ley una consecuencia para el citado que se muestre renuente a comparecer.

Sobre esta insuficiencia normativa, este grupo investigador, queriendo auscultar sobre la eficacia práctica de la norma en cuestión, consultó la opinión de varios jueces del Distrito Judicial de Buga, quienes rotularon este punto como “la gran fragilidad del proceso monitorio”^{*} puesto que, aunque lo ideal es la notificación personal, en la mayoría de los procesos, el demandado se notifica a través del aviso, cuando se cumplen los presupuestos del mismo, siendo el emplazamiento la notificación menos usada; razón por la cual, la preocupación de los jueces entrevistados, radicó en el hecho de no prever la ley del monitorio, sanciones para el demandado rebelde, que no acude a notificarse, entendiéndose que la prohibición del aviso, reduce la proyección de eficacia de este procedimiento de manera significativa. Este grupo adhiere a la postura del autor Ponz, quien destaca la necesidad de regular suficientemente los trámites pertinentes a la debida intervención de las partes, permitiéndose la procedencia no sólo de la notificación personal, sino también por aviso⁸².

⁸¹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 24 de septiembre de 2014. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. (Sentencia C-726). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-726-14.htm>> [30 de mayo de 2015]. Bogotá D.C.

^{*}Entrevistas realizadas como trabajo de campo, a siete Jueces de la especialidad Civil, con categoría municipal y de circuito, quienes refirieron que el tema de la imposibilidad de notificar por aviso también limitará a futuro, la eficacia del proceso monitorio.

⁸²PONZ, Manuel Alberto. El Proceso Monitorio. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XIX, No. 40, pág. 233 y ss., específicamente 263 – 267.

Obsérvese que la Corte Constitucional, lamentablemente no extendió su análisis a la concreción de todas las circunstancias que rodean los actos de comunicación, y además, limitó los alcances de la notificación personal, que también pueden lograrse mediante aviso. En efecto, era necesario, que esta corporación estudiara el desarrollo de situaciones consonantes con el tema de la notificación, en la práctica judicial venezolana y española, por citar dos ejemplos. Es que si el proceso por intimación venezolano, es la base del proceso monitorio colombiano, como lo estimó el propio legislador y la Corte Constitucional, -según cita expresa del acta de exposición de motivos que encausó el articulado- ocuparse de sus manifestaciones en esas latitudes, hubiese permitido un mejor razonamiento al respecto.

Recuérdese que en Venezuela, la notificación del demandado se hace de manera personal por el Alguacil conforme al artículo 649, en concordancia con el 218 del Código de Procedimiento Civil que los rige; es decir, se notifica personalmente y por aviso fuera del estrado judicial, incluso, va más allá la normatividad venezolana, cuando permite que, si el deudor no puede ser ubicado, pero se tiene certeza que reside en el país, se procederá a la notificación por carteles, para luego, previo los requisitos del 650 *ibídem* nombrarle defensor de oficio, figura que se asimila al curador ad litem en Colombia. Asimismo, en algunas regiones de España se permite la notificación personal y el aviso como consecuencia propia de la inasistencia del demandado, aunque también se prohíbe la notificación edictal conforme lo preceptuado en el artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Pasando a la orilla de la sumariedad del proceso monitorio, debe decirse que la misma se justifica en dos aspectos importantes: 1) La altísima credibilidad (verosimilitud del derecho) que tienen las declaraciones del acreedor. 2). Se presume, al menos en teoría, que no hay oposición, cuando la misma no ostenta la fundamentación debida, lo que autoriza entonces, la resolución del proceso en sentencia condenatoria al demandado, sin mayores problemáticas⁸³. Así las cosas, es preciso afirmar que el proceso monitorio, aunque ignora ciertas prerrogativas, reafirma otra de carácter *ius-fundamental*: la buena fe, la cual se presume en sede del demandante. Dado lo anterior, es fácil inteligenciar que las pretensiones hechas por el actor han de considerarse como ciertas, en la medida que el demandado no las contraríe, caso en el cual se producirá sentencia que implique ejecución.

En punto a determinar la carga de la prueba en el proceso monitorio colombiano, en caso de presentarse oposición por el demandado, vale la pena anotar que, su estructura

*Este artículo fue reformado por la ley 4 de marzo 24 de 2011, hasta entonces se permitía el emplazamiento en el proceso monitorio español.

⁸³ Martínez, Oscar. Procesos de estructura monitoria. citado en el libro sobre los relatos naciones argentinas e informes generales de la XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, abril 24-27 de 1994.

resulta ser ampliamente distinta de otros procedimientos extranjeros de este tipo, como Alemania, Luxemburgo y Suecia⁸⁴, donde, si el demandado se opone, el proceso termina y el demandante debe acudir a un proceso posterior e independiente, de tipo declarativo, para discutir los fundamentos de sus pretensiones, a través de un debate probatorio común*. Es que en nuestro caso, si la parte pasiva de la litis se opone a las pretensiones del actor, el trámite de manera automática cambia a un proceso declarativo-verbal sumario, debiendo el juzgador citar a las partes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, estableciéndose inicialmente que, corresponde al demandado probar la inexistencia de la obligación como sustento de su oposición y así lo han presentado los estudiosos del tema⁸⁵, pues de no cumplir esta carga, saldría multado con el 10% del total de las pretensiones, a favor del demandante; además, se declara la existencia de la obligación**.

Considera este grupo de investigación, que la mencionada multa del 10% transgrede el orden supra-legal y es lamentable que la Corte Constitucional hubiese omitido pronunciamiento alguno sobre su finalidad o pertinencia, en la sentencia traída a colación, toda vez que de mantenerse esa sanción pecuniaria, se corre el riesgo de limitar el ejercicio del derecho de defensa, porque si el demandante puede iniciar el proceso con el juramento como única prueba, le incumbe al demandado demostrar con diversos elementos materiales probatorios, la inexistencia de la obligación por la que se le demanda. En este entendido, consideramos que el tema de la imposición de la multa, al menos para el demandado, constituye franca violación a la garantía de defensa; contrario sensu, se observa prudente mantener la misma, respecto del actor, cuando este resulta vencido en juicio, al pretender reclamar a través del proceso monitorio, una obligación inexistente.

No obstante lo anterior, el órgano de cierre constitucional colombiano sí flexibilizó acertadamente el tema de la carga de la prueba, sin pronunciarse respecto de la multa, al señalar:

⁸⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales. *En*: Revista de Derecho. [En línea]. Valdivia. Julio, 2006, vol. 19, no. 1, [citado 21 de mayo de 2015]. p. 205-235. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009#n20> ISSN 0718-0950.

* Así lo entienden los jueces del distrito judicial de Buga, quienes indican que si bien es cierto, el demandado es quien debe probar los fundamentos de su oposición, también lo es, que el demandante que no se afiance probatoriamente frente a la misma, no está llamado a ganar el proceso.

⁸⁵ COLMENARES URIBE, Carlos A. op. cit.

** Sobre el tema de la multa hay pluralidad de posturas de parte de los jueces entrevistados, pues algunos afirman que la misma procede en el evento en que el demandado se oponga, sin fundamento probatorio, esto es, de “mala fe” porque no le asiste el derecho. También cuando el demandado se oponga con fundamentos y sin pretender dilatar, así termine vencido en litigio no procede la multa, frente a lo cual otros jueces señalan que la imposición de la misma no es potestativa, al ser un imperativo legal, razón por la cual la impondrían en contra de una de las partes siempre que la otra resulte vencedora.

En el caso concreto, la Corte encuentra que la expresión “para lo cual deberá aportar las pruebas en que sustente su oposición”, contenida en el inciso cuarto del artículo 421 del Código General del Proceso debe entenderse, a la luz de una interpretación sistemática del Código General del Proceso, que busca un equilibrio procesal (art 4 CGP) entre las partes a través de una carga dinámica. Así, es claro que ante la oposición del demandado, la carga de la prueba de la obligación corresponde ahora al demandante; la de su extinción, al demandado, en los términos del artículo 1757 del Código Civil que en la fase declarativa del proceso monitorio se aplica sin excepción, en cuanto “incumbe probar las obligaciones o su extinción, a quien alega aquéllas o ésta”⁸⁶.

Por ende, presentándose oposición por parte del demandado, el debate probatorio se cumplirá conforme a las reglas generales, aunque el juzgador puede disponer la inversión de la carga de la prueba; es decir, aquella donde el onus probandi recae en el sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, económicas, profesionales o fácticas, de aportarla, sin consideración a su posición de sujeto activo o pasivo de la relación procesal⁸⁷.

Sin duda alguna, un problema mayúsculo, es el de la cosa juzgada a que hace tránsito la sentencia proferida al interior del proceso monitorio y que refiere el mismo artículo 421 de la ley 1564 de 2012. En primer término debe entenderse que el objeto de la cosa juzgada es “dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio”⁸⁸.

Con fundamento en lo anterior, se ha expresado que la cosa juzgada monitoria es de carácter material y no meramente formal⁸⁹, con basamento en que ante el silencio del deudor demandado, se librára ejecución en los términos del artículo 306 del código general del proceso, esto es, conforme se ejecutan las providencias judiciales. Esta situación en nuestro criterio, también limita el ejercicio del derecho de defensa del demandado, al prohibírsele presentar excepciones de mérito en el ejecutivo, que se afiancen en hechos anteriores a la sentencia; significa que, no hay posibilidad de debate probatorio en el esta ejecución, circunscribiéndose la única oportunidad de contradicción del ejecutado, a su oposición en la etapa monitoria.

⁸⁶COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 24 de septiembre de 2014. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sachica Méndez. (Sentencia C-726). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-726-14.htm>> [30 de mayo de 2015]. Bogotá D.C.

⁸⁷PEYRANO, Jorge. Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe. Argentina. 2004. Pág. 25.

⁸⁸COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 26 de julio de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia C-774). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>>. [31 de mayo de 2015] Bogotá D.C.

⁸⁹COLMENARES URIBE, Carlos A. op. cit.

Este grupo no comparte que la sentencia proferida en el proceso monitorio, haga tránsito a cosa juzgada material con respecto al ejecutivo posterior y considera, con base en los fines del monitorio que, el silencio del demandado sólo tiene como efecto, permitir la creación del título ejecutivo, para que se cumpla con una ejecución colmada de todas las garantías procesales fundamentales, esto es, que haya espacio para proponer excepciones y cualquier otro medio defensivo. Recuérdese que en Portugal, la inasistencia del demandado solo da lugar a que se imprima un sello en el que se lee que la solicitud presta mérito ejecutivo, pero obsérvese que el demandado tiene amplias facultades para ejercer su derecho de defensa, pues esa mera calificación no hace tránsito a cosa juzgada material⁹⁰.

Las medidas cautelares en el monitorio también son objeto de discusión, al no presentarse claros los presupuestos que le son comunes y basta observar que el Código General del Proceso, en su artículo 421 parágrafo final, señala que en éste proceso proceden las medidas cautelares propias de los declarativos reguladas en el artículo 590 de la ley 1564 de 2012⁹¹; entonces, la impropiedad de esta aseveración, pasa a explicarse enseguida.

En efecto, la inscripción de la demanda y las medidas cautelares innominadas, que el legislador prescribe para los asuntos en cuestión, buscando la protección del derecho en litigio⁹², están definidas como “instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso⁹³” refiriéndose también sobre su finalidad que radica en “asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.” En consonancia con lo anterior, para que un juez decrete una medida cautelar, deben reunirse al menos dos requisitos: el Periculum in Mora y el Fumus bonis iuris⁹⁴. El primero de ellos se refiere al peligro por la mora para la resolución del proceso, que trae como consecuencia que la parte vencedora dentro del mismo, ve eventualmente frustrado el éxito de su pretensión y el segundo, atiende la apariencia de buen derecho, que le permite inferir al administrador de justicia, que las pretensiones elevadas tienen altas probabilidades de tutela.

⁹⁰ PÉREZ RAGONE, Álvaro. Óp. Cit.

⁹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2012. No. 48.489.

⁹² VARGAS MACHUCA, Roxana Jiménez. Apuntes sobre medidas cautelares. Disponible en <<http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20sobre%20medidas%20cautelares.pdf>> [citado 16 de mayo 2014, a las 03:17pm.]

⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. (Sentencia C-379). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>> [31 de mayo de 2015]

⁹⁴ RENGEL ROMBERG, Arístides. Medidas Cautelares Innominadas. [En línea] <<http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>> [31 de mayo de 2015]

Con fundamento en los dos presupuestos antes mencionados, se presenta improbable que un juez acceda a decretar una medida cautelar dentro de un proceso monitorio; en primer término, porque el peligro en la demora del trámite no se vislumbra, precisamente en razón a que el procedimiento se presenta expedito, y, en segundo lugar, por cuanto si bien es cierto se presume la buena fe del demandante, no es menos cierto que la apariencia de buen derecho se presenta limitada, al menos cuando se instaure un proceso monitorio teniendo como único medio de prueba el juramento, aunque no en mayor medida cuando se aportan documentos; sin embargo debe precisarse, que la mera apariencia, no está fundamentada en la certeza que sólo se visualiza en el pronunciamiento definitivo, sino en la verosimilitud⁹⁵.

Para este grupo de estudio, en principio, no es legítimo decretar medidas cautelares en el proceso monitorio, salvo que el demandante aporte elementos de prueba, que permitan inferir por el juez de manera razonable el derecho que le asiste. Es que decretar una medida cautelar cuando no hay apariencia de buen derecho, resulta gravoso para el demandado principalmente, porque la remisión que hace el artículo 421 del Código General del Proceso al artículo 590 ibídem, autoriza cualquiera, incluso embargo y secuestro de bienes inmuebles sujetos a registro, sin estimar que en esencia, la finalidad del monitorio es la consecución de un título ejecutivo. En todo caso, el asunto quedará a criterio del Juez. Es de anotar que en Venezuela, se pueden acogerlas medidas cautelares, basados en la apariencia de buen derecho, al ser el proceso por intimación de tipo documental, lo que permite visualizar en mayor proporción cuáles serán las resultas del proceso y acceder al decreto de las mismas⁹⁶.

Otra reflexión que se adelantó, se vincula con la improcedencia de recursos contra el requerimiento de pago, y la imposibilidad de presentar excepciones previas, limitándose la participación del demandado en el saneamiento del trámite, prerrogativas que se garantizarían permitiendo la formulación de reposición contra tal providencia, escenario de gran eficacia para subsanar errores conectados con temas materia de impedimentos procesales, además de ajustar el tema a la esencia del debido proceso.

Luego de este recorrido, no obstante las bondades que presenta el proceso monitorio desde sus orígenes hasta hoy, su implementación en el Código General del Proceso se muestra estructuralmente débil en el tópico de las garantías fundamentales, encontrándose desaciertos por parte del legislador, que no solo son vulneradores del

⁹⁵ RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. Medidas cautelares en el proceso arbitral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISSN 978-958-772-027-3.

⁹⁶SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón. Las medidas cautelares en el procedimiento por intimación. En: Anuario de Derecho. Mayo, 2013. no. 29, p. 13-40. ISSN 0076-6550. Disponible en: <<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/37038>> [30 de Mayo de 2015].

debido proceso y el derecho de defensa, sino que limitan también el acceso a la administración de justicia. A partir de estas reflexiones el grupo de investigación deja a consideración de la comunidad foral, las siguientes:

Conclusiones

1. El proceso monitorio se ha implementado desde la Alta Edad Media italiana hasta nuestros días, para alcanzar el cumplimiento de obligaciones derivadas de pactos mercantiles, con el propósito de proteger al acreedor que celebró un negocio jurídico que no consta en títulos valores; también se ha extendido para obligaciones de hacer. Se anota que ha sido adoptado a lo largo del tiempo en diversas latitudes, bajo contextos socio-culturales variados y a partir de una forma propia, tendiente a satisfacer las necesidades que demanda el colectivo social, sin que en cada ordenamiento jurídico, se haya permitido que el mecanismo pierda los elementos esenciales, cumpliendo con unas características comunes y determinadas como: petición de parte, intimación o requerimiento que emite el órgano judicial y actitudes que puede adoptar el deudor (pago, oposición, actitud pasiva, entre otras).
2. Aunque resulta complejo hablar de las tendencias del proceso monitorio, teniendo en cuenta los contextos socio-culturales variados en los que se aplica, en Europa va encaminado a implementarse como no documental y sin límite de cuantía, mientras en América Latina las legislaciones en su mayoría han optado por un proceso documentado y de cuantía limitada, además de estar firmes en la pretensión de extenderlo a una amplia gama de obligaciones. Esa necesidad de crear un título ejecutivo a partir de una oportuna notificación del demandado, reclama un mecanismo eficaz de oposición para el deudor, bajo garantías constitucionales como el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, toda vez que el llamado del legislador a una justicia eficaz no puede infringir el núcleo fundamental de todo proceso judicial y en esto se presenta consenso en la mayoría de las legislaciones. En todo caso, los Estados deben insistir en la presentación de estándares comunes que le den asunción, desde su propia naturaleza, a la teleología y alcance del proceso monitorio, tema sobre el cual ha venido avanzando la Comunidad Europea y los redactores del código modelo para Iberoamérica.
3. Son diversas las fragilidades que en este trabajo se han mostrado y que riñen con las garantías procesales fundamentales, encontrando desaciertos por parte del legislador colombiano, al presentar el monitorio con matices que no se acomodan al contexto socio-cultural nuestro, y que, alejan el mecanismo de los niveles de eficacia pretendidos para alcanzar la tutela judicial efectiva. Se censura entonces su clasificación como un Declarativo Especial, por las connotaciones que ello comporta, especialmente con respecto al tema de la audiencia de conciliación previa y las medidas

cautelares; también se presenta frágil el monitorio, en punto de los efectos que produce su sentencia con respecto al trámite ejecutivo, en el que se limita el campo de la oposición; de igual manera hay una restricción con respecto a los recursos, al menos en relación con el requerimiento de pago, en punto de algunas posibilidades de sanear impedimentos procesales; hay también limitantes como las multas que en determinadas eventualidades, comportan negaciones para acceder a la jurisdicción y para el ejercicio del derecho de defensa; la procedencia de las medidas cautelares deben quedar en casos de excepción, bajo la discrecionalidad del juez, para que se le haga el estudio de viabilidad desde los presupuestos que le son propios a este instituto, al menos el de la apariencia de buen derecho. Estos aspectos y otros más, que incluso también vienen ya advertidos por los jueces de este Distrito Judicial, lamentablemente no encontraron un estudio integral por parte de la Corte Constitucional Colombiana, la cual se limitó a declarar la exequibilidad del articulado pertinente, sin antes advertir su compromiso con la rapidez y la eficacia propios del monitorio, en el marco de la tutela judicial efectiva.

4. El legislador colombiano, en proximidad a nuestro contexto cultural, social y económico, debió consultar los estándares que acercan la institución monitoria a unas tendencias proclives a sus propios fines, conforme al recorrido que se ha cumplido al interior de la Comunidad Europea y en el contexto de su implementación, por el Código Modelo para Iberoamérica. Desde estos referentes, se considera necesario que se examine en la esfera legislativa Colombiana este procedimiento, para estimarlo como un rito expedito, eficaz y garantístico, más allá del abordaje que ha comprometido su clasificación en un proceso declarativo; precisando el tema de las medidas cautelares; permitiendo la notificación por aviso; también la procedencia del recurso de reposición contra el requerimiento de pago, para descubrir los impedimentos procesales; direccionar la sanción con multa, hacia espacios que no limiten el acceso a la jurisdicción, ni el ejercicio asimétrico en su aplicación, por los sujetos procesales.

Desde este razonamiento el grupo propone que el artículo 421 del Código General del Proceso se presente en los siguientes términos, por las autoridades competentes:

“Si la demanda cumple los requisitos, el juez ordenará requerir al deudor para que en el plazo de diez (10) días pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada.

El auto que contiene el requerimiento de pago sólo es susceptible de recurso de reposición y se notificará personalmente al deudor o por aviso, con la advertencia de que si no paga o no justifica su renuencia, se dictará sentencia que no admite recursos, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de

los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la deuda. Si el deudor satisface la obligación en la forma señalada, se declarará terminado el proceso por pago.

Si el deudor debidamente notificado no comparece, se dictará la sentencia a que se refiere este artículo y se proseguirá la ejecución de conformidad con las reglas del ejecutivo singular. Esta misma sentencia se dictará en caso de oposición parcial, si el demandante solicita que se prosiga la ejecución por la parte no objetada. En este evento, por la parte objetada se procederá como dispone el inciso siguiente.

Si dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero el demandado contesta con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte, para lo cual deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición, el asunto se resolverá por los trámites del proceso verbal sumario y el juez dictará auto citando a la audiencia del artículo 392 previo traslado al demandante por cinco (5) días para que pida pruebas adicionales.

Se le impondrá una multa del diez por ciento (10%) del valor de las pretensiones, al demandante y en favor del demandado, cuando el primero pretenda cobrar a través de este proceso una obligación inexistente.

PARÁGRAFO. En este proceso no se admitirá intervención de terceros, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador *ad litem*. Las excepciones previas, deberán alegarse mediante reposición al requerimiento de pago. Sólo podrán practicarse las medidas cautelares en casos excepcionales, siempre que el juez lo considere pertinente, previa verificación de los presupuestos que autorizan su viabilidad. Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos. En este proceso no se requiere audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad”.

Referencias bibliográficas

Doctrina:

ACOSTA JARA, Daniel Estefanía y CASTILLO RETAMAL, Roberto Alejandro. El procedimiento monitorio laboral chileno, visión crítica. Trabajo de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile: Universidad de Chile. Facultad de derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2012.

ARAYA ROJAS, Alejandro. Manual de aplicación de la Ley de Cobro Judicial. [En línea]. Disponible en:

<http://sitios.poderjudicial.go.cr/direccionejecutiva/Circulares/2012/manual_procesos_cobradorios_alejandro_araya_2008.pdf>

BALBUENA TÉBAR, Rafael I. Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio. En: Cuadernos de Estudio Empresariales 1999, no. 9.

BONET NAVARRO, José. Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica. [En línea]. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/7274-eficiente-implementacion-del-procedimiento-monitorio-en-iberoamerica>

BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al proceso monitorio en Colombia: Trabajo de grado (abogado). Cartagena de Indias. 2013.

BRACHO, Fabiola; MANAURE Hanna y ORTEGA Eliana. El procedimiento por Intimación. [En línea] Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/32802926/El-procedimiento-por-intimacion>>

CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio. Sentis. Buenos Aires, 1946.
CALVINHO, Gustavo. Debido proceso y procedimiento monitorio. Blog académico de Derecho Procesal, 18 de Diciembre de 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. Las formas en la Defensa Judicial del Derecho. En: Ensayos de Derecho Procesal Civil. 1949, vol. 1.

COLMENARES URIBE, Carlos A. El proceso monitorio en el código general del proceso. [En línea]. Colombia. Disponible en: <<http://www.carloscolmenares.com/publicaciones.php>>

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. Comentarios a la propuesta de reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. 2006, no. 9.

DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. En: Revista jurídica galega. 2000, no. 26.

DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. "Tutela cautelar e tutela anticipada: tutelas sumárias e de urgencia". Sao Paulo: Malheiros. 1998.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia de 1991: De los Derechos, las Garantías y los Deberes. Trigésima edición. Bogotá: Leyer, 2012.

GUTIERRÉZ BARRENENGOA, Ainhoa. BELDARRAIN, Javier Lorena. Globalización y proceso civil. En: Retos del derecho ante una economía sin fronteras. 1 ed. Editado por Felipe Gómez Isa, Ana I. Herrán, Alberto Atxabal, Universidad de Deusto, 2012.

HUEZO QUEVEDO, Álvaro Alonso. El proceso monitorio en el código procesal civil y mercantil de El Salvador. Trabajo de grado (Licenciado en ciencias jurídicas). San Salvador: Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2009.

LANOS TORRES, Ximena Andrea y TORRES MONTAÑO, Claudia Patricia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil colombiano. Trabajo de grado (abogado). Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de derecho. 2013.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. El Nuevo Proceso Monitorio Costarricense. [En línea] Disponible en: <<http://190.25.234.130:8080/jspui/handle/11227/1008>>

LOREDO COLUNGA, Marcos. ¿Hacia un derecho procesal Europeo? Revista para el análisis del derecho. Enero 2006.

LOUTAYF RANEA, Roberto G. Proceso monitorio. Publicado en Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce Roberto O: Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Bs. AS. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Librería Editora Platense-, 2004.

MARTÍNEZ, Oscar José. Procesos de estructura monitoria. Citado en el libro sobre los relatos naciones argentinos e informes generales de la XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, abril 24-27 de 1994.

MONROY PALACIOS, Juan José. Panorama Actual de la Justicia Civil: Una Mirada General desde el Proceso. En Thémis, Revista de Derecho. Lima. 2001, N° 43.

NEME VILLARREAL, Martha Lucia. La buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. En revista de Derecho Privado Externado. Colombia. 17-2009.

NIEVA FENOLL, Jordi. Aproximación al origen del proceso monitorio. En Justicia: revista de derecho procesal. 2013, no. 1, ISSN 0211-7754.

OLCESE, Juan María. El Proceso monitorio o inyuccional, J.A. 1991-I-989, ap. IV, n° 13.

OÑATE, Santiago. Evolución del derecho procesal mexicano. Antecedentes, desarrollo histórico, problemas centrales y soluciones. [En línea] Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1017/8.pdf>>

PALOMO VÉLEZ, Diego. Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: la apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso. Estudios constitucionales vol.12 no.1 Santiago. Edit. Scielo. 2014.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. La reforma de la justicia civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias. [En línea] Disponible en: <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3034-la-reforma-de-la-justicia-civil-en-uruguay>

PÉREZ RAGONE, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales. En: Revista de Derecho. [En línea] Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009#n20>

PEYRANO, Jorge. Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe. Argentina. 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan. El Proceso Monitorio una visión Española y Europea de la tutela rápida del crédito. 2011.

PONZ, Manuel Alberto. El Proceso Monitorio. En Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año XIX, No. 40.

PRADO BRINGAS, Rafael. Notas introductorias sobre el procedimiento monitorio. En Revista Peruana de Derecho Procesal. P 18. Lima, N° V, Industrial Gráfica S.A. Septiembre 2012.

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El Proceso Monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014.

RENGEL ROMBERG, Arístides. Medidas Cautelares Innominadas: Instituto Iberoamericano y venezolano de Derecho Procesal. [En línea] Disponible

en:<<http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>>

RODRIGUEZ MEJIA, Marcela. Medidas cautelares en el proceso arbitral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISSN 978-958-772-027-3.

SAINT-CRICQ. La procédure d'injonction de payer, 1977: [En línea] Disponible en: <<http://digibuo.uniovi.es/dspace/handle/10651/28743>>

SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón. Las medidas cautelares en el procedimiento por intimación. Anuario de Derecho. Mayo, 2013. no. 29.

SERBIN, Andrés. Globalización y sociedad civil en los procesos de integración. [En línea] Disponible en: <http://nuso.org/media/articulos/downloads/2562_1.pdf>

SILVOSA TALLÓN, José Manuel. La Respuesta Jurisprudencial ante los problemas surgidos en el Proceso Monitorio. Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 21 año 2008.

VARGAS MACHUCA, Roxana Jiménez. Apuntes sobre medidas cautelares. [En línea] Disponible en:<<http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>>

Leyes:

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código General del Proceso. Colombia. Ley 1564 de 12 de Julio de 2012.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Civil. Venezuela. 1990. no. 4209.

Jurisprudencia colombiana:

Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2004. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001. Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-726 de 2014. M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-487 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, citado por M. P. SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique. En Proceso N° 34718 del 16 de marzo de 2011.

Documentos:

EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. Historia – Antecedentes – Exposición de motivos. Pp. 30. Montevideo – Uruguay: Editorial M.B.A., Maldonado 2215, 1988.

EL ESPECTADOR. La Realidad de la Justicia en Colombia Bogotá – Colombia: Por redacción política, 18 de Julio de 2012.

EL NUEVO DÍA. Cultura del no Pago Ibagué – Colombia: El Periódico de los Tolimenses, Febrero 6 de 2013.

PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Reglamento (CE) no. 1896 (12, diciembre, 2006). Por el que se establece un proceso monitorio europeo. Diario Oficial de la Unión Europea, 2006. L 399.

SEMANA. La dama de la Justicia no está vendada. Bogotá – Colombia: MANRIQUE ZULUAGA, Viviana, 2013/11/05. [En línea] Disponible en: <<http://www.semana.com/opinion/articulo/justicia-en-colombia-opinion-viviana-manrique/363602-3>>

SENADO DE LA REPÚBLICA. Informe de ponencia para primer debate Proyecto de ley número 159 de 2011 Senado y No. 196 de 2011 Cámara, por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

DESMITIFICANDO EL PROCESO MONITORIO: CRÍTICAS E INTERROGANTES ACERCA DE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL COLOMBIANO*

Semillero de Derecho Procesal de la
Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá**

Sebastián Escobar Torres y Miguel Santiago Molano Gutiérrez

Director del semillero: *José Fernando Mestre Ordóñez¹*

“En el debate procesal lo verdaderamente relevante no es tanto buscar el origen histórico de una determinada institución, o más concretamente, el régimen político, en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal” Joan Picó I Junoy

Resumen

La presente labor académica tiene como objetivo medular efectuar un estudio crítico acerca de la implementación del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico Colombiano Así, con base en análisis de fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 26 de octubre de 2016.

Para citar el artículo: ESCOBAR TORRES, Sebastián y MOLANO GUTIÉRREZ, Miguel. Desmitificando el proceso monitorio: críticas e interrogantes acerca de su implementación en el ordenamiento procesal colombiano. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 53-85.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal, Docente de la Pontificia Universidad Javeriana- Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

sobre la materia, se evidenciarán las problemáticas jurídicas más relevantes que esta figura podría presentar en el devenir diario de su aplicación en nuestro país. Para ello, se estudiarán los aspectos generales de este procedimiento, sus caracteres especiales a la luz de nuestro ordenamiento, resaltando su justificación política, social y económica, para luego plantear desde una órbita crítica una serie de interrogantes y vicisitudes que encontramos en la estructuración de esta figura en el Código General del Proceso, las cuales serán formuladas en forma de mitos y nos permitirán repensar esta figura desde una óptica alternativa, a fin de enriquecer su contenido y plantear alternativas de mejoramiento de este trámite, máxime cuando su vigencia aún está en suspenso.

Palabras clave: proceso monitorio, código general del proceso, reforma procesal, incumplimiento contractual, título ejecutivo.

Abstract

The current essay pretends to make a critical review to the payment order procedure in Colombia, based on its implementation in our legal system. Thus, based on legal, doctrinal and case-law sources, its most relevant issues around its function on our national procedural law system will be shown. Then, its general and specific elements will be studied, making emphasis on its social, economic and legal backgrounds, in order to formulate critics and questions around its structure and eventually reconsider its content attending some of the proposals made in order to reinforce this special and relevant procedure in our legal system.

Keywords: payment order procedure, general procedural code, procedural reform, contractual breach, enforceable payment document.

Introducción

El semillero, por vía de este escrito, pretende analizar la institución del proceso monitorio a propósito de su inclusión en la legislación colombiana a través del Código General del Proceso en el año 2012. Así, se revisarán sus aspectos generales más relevantes a nivel global, se estudiarán con precisión sus caracteres más relevantes en nuestro ordenamiento y así, posteriormente, se plantearán críticas e interrogantes en sede académica sobre puntos de este trámite sumario que merecen ser revisados en esta clase de espacios, máxime cuando aún, a mediados de 2015 que estos folios son escritos, su implementación en los estrados judiciales se encuentra suspendida.

De esta manera, esta labor de revisión no solo se enfocará en estudiar elementos contraevidentes y que resaltan al proceso monitorio como un amplio acierto, de suyo dotado de un significativo número de virtudes para el proceso civil colombiano, pues también se evaluarán las vicisitudes y controversias que esta interesante figura jurídica

podría llegar a presentar en el devenir diario de su aplicación en nuestro país, permitiendo que desde la academia se puedan valorar este tipo de circunstancias, a fin de que en este periodo previo a su implementación pueda servir para fortalecer algunos puntos prácticos de su estructura.

El semillero entonces se referirá en primera medida a las generalidades del proceso monitorio, justificando el novel y fructífero debate que propone esta figura procesal, para luego estudiar su historia, que aunque parezca sorprendente, data de varias centurias atrás y destaca el prominente bagaje que este proceso trae consigo. Posteriormente se harán algunas referencias a los países donde este trámite ha dejado huellas más fecundas y se valorará la experiencia internacional que sobre la materia recogería el legislador colombiano en su consagración, revisando los principios orientadores que el proceso monitorio ha tenido en los diversos Estados donde se ha implementado, para luego profundizar en su concepto, sus características y su clasificación doctrinal más sobresaliente.

Luego de este recuento genérico de la institución en comento desde una óptica global, se procederá a hacer preciso hincapié en el proceso monitorio y en su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano, amén de la promulgación del Código General del Proceso. En este breve acápite se estudiarán principalmente las motivaciones, fundamentos y valores que orientaron esta prominente reforma procesal, para luego estudiar las particularidades sobre su implementación, a saber, sus rasgos procesales más destacados, lo que abrirá la puerta a un tercer acápite, donde se concentrará el aspecto sustancial de mayor relevancia de la ponencia que aquí se presenta.

Este punto anunciado se concentrará en presentar las críticas que este grupo de estudio ha identificado a propósito de la consagración del proceso monitorio en el artículo 419 y siguientes de la Ley 1564 de 2012, donde se expondrá, de forma fundada y concisa, una serie de vicisitudes, comentarios y cuestionamientos que a propósito de cada uno de esos puntos se puede llegar a suscitar en su implementación, destacando al proceso monitorio como una relevante figura jurídica, que si bien ha gozado de amplio reconocimiento por sus virtudes a nivel global, no por ello debe abstenerse de pasar por una sensata y objetiva evaluación académica a fin de enriquecer su contenido y de mejorar los aspectos que pueden ser reforzados en su estructura. Así, el semillero efectuará sendas propuestas para que esta figura, que de suyo refleja una revolución en materia procesal, pueda gozar y hacer realidad todos los propósitos que el mismo legislador pretendió plantear con el mismo.

1. Generalidades sobre el proceso monitorio

1.1. Prolegómenos históricos del proceso monitorio

Para determinar los orígenes del proceso monitorio es necesario remitirnos a la antigua Roma, lugar donde la mayoría de la doctrina afirma que surgieron los primeros procesos plenarios abreviados, los cuales fueron claros predecesores de la posterior regulación hito en materia de juicios sumarios, la clementina *saepe contingit*.¹ Este procedimiento sería el encargado de sentar las bases en esta etapa para descongestionar el lento e ineficaz sistema judicial de la época, gobernado hasta ese momento por los procesos ordinarios.

A pesar de ser este un antecedente fundamental, es hacia mediados del siglo XIV en Italia donde el concepto de proceso monitorio toma forma, creándose el llamado *mandatum de solvento cum clausula*, el cual tenía como objetivo primordial responder a las necesidades de los comerciantes de un medio mucho más expedito que el hasta ahora conocido *solemnis ordo iudiciarius* para cobrar las deudas derivadas de las crecientes operaciones mercantiles que el auge del comercio en Italia traía consigo².

Es así, como reseña la profesora española MARTA GISBERT POMATA, que el modelo del *mandatum de solvento cum clausula* se popularizó en el derecho europeo y fue adoptado por distintos ordenamientos jurídicos como el alemán y el austriaco, los cuales lo enriquecen dogmáticamente, logrando el nacimiento y consolidación de un verdadero proceso monitorio europeo, modelo que sería más adelante adoptado por legislaciones como la portuguesa y española que a su vez sustentarían la edificación de este proceso en ordenamientos como el Colombiano. Así, la consolidación del proceso monitorio es fruto de una constante evolución de los primeros procesos plenarios abreviados, los cuales fueron enriquecidos a lo largo del tiempo por distintas legislaciones alrededor del mundo ya que estas adoptaban una idea monitoria extranjera y la modificaban de acuerdo a sus necesidades, creando así un nuevo proceso abreviado para el cobro de deudas propio, el cual serviría de base para que nuevas intenciones legislativas en otros territorios buscaran implementar procesos similares en su ordenamientos jurídicos.

Es así como el proceso monitorio, tal y como lo conocemos, se hace presente en las legislaciones procesales de varios países y a pesar de las diferencias en su consagración dentro de cada una de ellas, sigue siendo en esencia idéntico en cuanto a su propósito.

¹ GISBERT POMATA, Marta. *Hacia un proceso abreviado de cobro de deudas: El proceso monitorio español*. En: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI. Vol. 5. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Temis. 2010. p. 6

² *Ibidem*. p.7

1.2. El proceso monitorio en el derecho comparado: Especial referencia a la experiencia Española y Uruguaya

Dado el amplio bagaje historio del proceso monitorio y su creciente implementación en distintas legislaciones alrededor de mundo, se hace necesario analizar dichas experiencias, enfatizando en las más cercanas a Colombia, lo que a su vez brindará una perspectiva mucho más amplia de lo que significa incorporar este trámite en otros ordenamientos jurídicos.

A la hora de intentar hacer una referencia en el derecho comparado de este proceso, no podemos dejar a un lado los modelos Europeos, encabezados por el italiano, el alemán y el austriaco, dado que estos fueron los principales artífices de su creación, desarrollo y consolidación en el contexto jurídico internacional.

Como bien lo mencionábamos en el acápite anterior, Italia jugó un papel preponderante en la historia del proceso monitorio, ya que fue allí donde nació esta figura, la cual con el paso de los años se fue decantando para dar origen al actual proceso de monición italiano consagrado en los artículos 633 a 656 del *Codice di Procedura Civile* de 1992, el cual goza de un carácter eminentemente documental.³ Por otra parte, el modelo alemán ha seguido una corriente distinta al modelo italiano, dado que con el paso de los años se ha convertido en una insignia de los procesos monitorios puros en Europa, gracias a su importante regulación normativa y técnica plasmada en los artículos 688 y siguientes de la Ley Procesal Civil Alemana.⁴

Finalmente el modelo austriaco, al igual que el alemán, ha seguido la corriente de los procesos monitorios puros, y está regulado en los artículos 488 y siguientes de su Código Procesal Civil (ZPO). Estos dos últimos modelos han sido fundamentales para el desarrollo del proceso monitorio dado que sentaron las bases doctrinales para la constitución de los procesos monitorios modernos, no solo al regular distintos aspectos procesales para su materialización, sino enriqueciendo esta figura, ampliando su campo de acción y enfocando su utilidad.⁵

A pesar de la importancia de los modelos a los que nos acabamos de referir, al ser nuestro objeto de estudio el proceso monitorio en el ordenamiento jurídico colombiano, no podemos dejar a un lado la referencia a un proceso monitorio mucho más cercano al de nuestro país, a saber el español, el cual tiene unos rasgos similares al trámite abreviado cobro de deudas Colombiano. Por otro lado, tampoco podemos

³ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *El proceso Monitorio en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. En: *Revista Xurídica Galega*. N° 12. Madrid. p. 275

⁴ *Ibidem*.

⁵ GISBERT POMATA, *ob. cit.*, p.7

excluir de este somero estudio la experiencia uruguaya, ya que su ordenamiento jurídico se ha convertido en un modelo a seguir para toda la comunidad latinoamericana, dado el temprano desarrollo de muchas de sus instituciones procesales consagradas en el emblemático Código General del Proceso para la República Oriental del Uruguay (Ley 15.982) importante inspiración para el desarrollo del Código General del Proceso Colombiano. Es por lo anteriormente mencionado, que consideramos de vital importancia para el desarrollo de este trabajo hacer especial referencia al modelo de proceso monitorio español y uruguayo.

1.2.1 La experiencia española

Como bien lo expone la doctrina de ese país, el proceso monitorio español surgió a raíz de la creciente morosidad en materia de deudas mercantiles que amenazaba con frenar el sistema económico nacional. Tal proceso fue adoptado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en sus artículos 440 y 812 a 818, los cuales serían el fruto de distintos precedentes legislativos dispersos como el del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal que hasta ese momento no había logrado consolidar un verdadero proceso de monición.

El artículo 812 de la mencionada regulación nos da una idea clara de lo que el legislador español del 2000 quiso imprimirle al proceso monitorio español, de la que se pueden extraer dos fundamentos medulares de su consagración. El primero, que el proceso monitorio español está orientado principalmente al cobro de deudas dinerarias, líquidas, determinadas, vencidas y actualmente exigibles y el segundo, que el legislador español consagró un proceso monitorio eminentemente documental, en el cual, tal y como lo explicaremos en este escrito, es necesario un documento o por lo menos un principio de prueba documental que fundamente o permita inferir la existencia de la deuda que se pretende cobrar por medio de la monición.

Los demás artículos donde está consagrado el proceso monitorio español se limitan a fortalecer su carácter documental e ilustrar su procedimiento y efectos, los cuales guardan amplia relación con el proceso monitorio colombiano. Igualmente es innegable reconocer el rotundo éxito que esta figura ha tenido en España, dado que, como bien lo dice JOAN PICÓ en 2010 se habían iniciado alrededor de 895.000 juicios monitorios en ese país, los cuales aumentarían significativamente gracias a la reforma de 2011, donde se eliminó todo límite cuantitativo para acceder a este. Esto sin dejar a un lado que las mismas estadísticas determinaron que a 2010 el proceso

monitorio era el juicio más efectivo, logrando en un 43,5% de los casos el pago o la ejecución⁶.

1.2.2 La experiencia uruguaya

El ordenamiento jurídico uruguayo se ha caracterizado por ser un pionero en cuanto al desarrollo de nuevas y novedosas figuras en su regulación procesal, algo que se vio claramente evidenciado en 1988 con el Código General del Proceso Ley 15.982, el cual trajo dentro de sus grandes avances el proceso monitorio uruguayo. El proceso monitorio fue consagrado en los artículos 351 a 354 de la mencionada regulación, el cual reviste un carácter eminentemente documental al consagrar claramente en el artículo 352, el cual dispuso que “[e]n todos los casos, para promover la demanda, se requerirá documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en la etapa preliminar respectiva”, sin perjuicio de la previsión en la cual (artículo 352.2) se exceptúa “(...) [e]l caso previsto en el artículo 364, cuando se trate de contrato que pueda ser probado por testigos. En este caso y en etapa preliminar que se seguirá por vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por el actor”, dejando así una libertad probatoria en un caso en específico a la hora de iniciar la monición.

El artículo 364 contempla el grueso de la regulación del proceso, donde se puede evidenciar claramente su carácter expedito en donde la ejecución del deudor se realiza en un término muy corto gracias a la inmediata ejecución del embargo sobre los bienes de la parte incumplida.

1.3. Concepto y clasificación doctrinal del proceso monitorio

Etimológicamente la palabra “monitorio” proviene del término “monición”, que a la luz del Diccionario de la Real Academia Española significa amonestación o advertencia⁷, la cual, al enmarcarse dentro de un contexto jurídico-procesal claramente se refiere a la amonestación que el juzgador realiza en contra del deudor con el fin de que este cancele una deuda dineraria pendiente. La doctrina extranjera ha definido el proceso monitorio como un proceso de cognición especial, de carácter facultativo, que tiene por objeto la satisfacción de pretensiones que tienden a facilitar la creación de un título de ejecución para buscar el pago de una obligación dineraria

⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *El proceso monitorio: una visión española y europea pensando en Colombia*. En: Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p.1021.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española en: <http://lema.rae.es/drae/?val=monicion>

vencida y exigible, de cantidad determinada y que no sobrepase un determinado límite⁸.

Al respecto, sendos autores nacionales se ha encargado de determinar que el proceso monitorio es un proceso declarativo especial “a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite más engorroso del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición. El cual procede para quien pretenda el pago de una obligación de naturaleza contractual, determinada, exigible y de mínima cuantía.”⁹ Igualmente se plantea que en el supuesto de que el deudor se oponga, tal disputa pasará a adelantarse por medio del proceso verbal sumario, también consagrado en el CGP. En ese orden de ideas encontramos que existe un idea clara en cuanto a lo que significa e implica un proceso monitorio, el cual, dado su carácter de proceso declarativo especial está orientado a facilitar el cobro de obligaciones de mínima cuantía a partir de un trámite y unos términos mucho más expeditos que los proceso declarativos generales.

De igual forma, la doctrina nacional y extranjera a su vez se ha encargado de otorgarle una clasificación al proceso monitorio, dividiéndolo según los requisitos para presentar la pretensión, en puro o documental y según la cantidad dineraria que se puede exigir por medio de este en limitado e ilimitado. A continuación entraremos a analizar estas dos clasificaciones someramente, siguiendo de nuevo, el criterio de la profesora MARTA GISBERT POMATA:

Según el título o los requisitos necesarios para presentar la petición monitoria:

- *Proceso monitorio puro*

Tradicionalmente la doctrina ha entendido este tipo de proceso monitorio como aquel en el que no se requiere un documento o un principio de prueba documental que acredite o permita inferir la existencia de una obligación dineraria¹⁰. Igualmente se caracteriza en sus efectos por que la simple oposición del deudor hace caer en la nada la orden de pago, la que en los ordenamientos modernos donde se adopta este tipo de proceso es enviado por el secretario del despacho judicial y no por el juez. Este tipo de procedimiento, como bien lo decíamos anteriormente ha sido implementado en países

⁸ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. 6ª edición, Ed. t II, Madrid, 2005. Pág. 347

⁹ COLMENARES, Carlos Alberto. *El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012*. En: *Procedimiento monitorio como herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil en Colombia*. Universidad Libre, Seccional Cúcuta, 2013. p. 343.

¹⁰ GISBERT POMATA, ob. cit., p.15.

con gran trayectoria en cuanto a juicios sumarios se refiere, como Alemania, Austria, Holanda y Portugal entre otros.

Un claro ejemplo de este tipo de proceso es el que trae el Código de Procedimiento Civil alemán cuando al analizar el numeral 1 de su artículo 690 se puede determinar claramente que no es requisito de la petición monitoria presentar un documento o un principio de prueba documental de permita inferir la existencia de la obligación alegada.

- *Proceso monitorio Documental*

En contraposición al proceso monitorio puro, el documental es aquel en el cual se le exige a toda demanda o petición monitoria estar acompañada de un documento o un principio de prueba documental que permita inferir más certeramente la existencia de la obligación alegada.¹¹ En cuanto a sus efectos, se caracteriza por que la oposición del deudor debe ser siempre fundada, lo que llevaría a la apertura de un proceso de cognición donde ambas partes en plena contradicción intentarían demostrar la existencia o inexistencia de la obligación alegada en la petición monitoria. Este tipo de proceso monitorio ha sido acogido en la mayoría de legislaciones continentales, aunque en el caso Colombiano, como se verá, parece estar enmarcado dentro de la monición documental, aun cuando sus normas podrían llevar a concluir en contrario.

Según la cantidad que se puede exigir en este procedimiento:

- *Limitado*

Como su nombre lo indica, se trata de aquel proceso monitorio donde existe una suma limite que condiciona el ejercicio de la petición monitoria a que la cuantía de las pretensiones no la sobrepasen como es el caso de Colombia, donde el artículo 420 Del Código General del Proceso señala como límite para las pretensiones monitorias la suma de 40 SMLV. Tradicional y muy cuestionablemente la doctrina ha entendido que este tipo de proceso monitorio “*es recomendado en aquellos Estados en los que se instaura por primera vez.*”¹²

- *Ilimitado*

¹¹ GISBERT POMATA, ob. cit. p.16.

¹² PICÓ I JUNOY, Joan. *El proceso monitorio: una visión española y europea pensando en Colombia*. En: Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p.1025.

Este tipo de proceso monitorio es aquel en el cual el acreedor que pretenda iniciar la acción puede hacerlo sin algún tipo de límite económico en sus pretensiones, destacando la experiencia española sobre este punto, donde luego de haber desarrollado la institución con límites en su cuantía, se instauró un régimen ilimitado en las pretensiones, caso que será objeto de estudio más adelante en esta tarea. Será ahora momento de ahondar en el proceso monitorio a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, destacando sus principales rasgos técnicos, pero sobretodo, sus fundamentos dogmáticos y filosóficos.

2 Aspectos especiales sobre la consagración del proceso monitorio en el derecho colombiano

2.1. El Código General del Proceso y el nuevo constitucionalismo colombiano: La tutela judicial efectiva como principio rector del proceso

El advenimiento del Código General del Proceso en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido un verdadero hito en lo que a la historia de las normas sobre el enjuiciamiento civil en nuestro país respecta. Y esto, no solo por las innovaciones de naturaleza técnico-jurídica que propuso esta nueva normatividad en materias específicas de la tramitación del proceso, sino por el sustrato y el bagaje *iusfundamental* que recoge en su articulado, lo que permite afirmar sin ningún tipo de duda que a hoy día el proceso ha pasado de ser un mero asunto pragmático y de interés exclusivo de sus intervinientes, a convertirse en un verdadero instituto de naturaleza social.¹³ No en vano el legislador, así como las comisiones, agremiaciones y entes gubernamentales que participaron en su redacción y revisión, tenían a su cargo la delicada responsabilidad de elaborar un código de procedimiento no solo acorde con las tendencias globales en la materia y afín con las necesidades que presentaban los usuarios de la administración de justicia, sino acorde con la novel carta política que solo hace dos décadas rige en el país.

Así las cosas, no se trataba solo de expedir un estatuto que propugnara por la oralidad en las distintas etapas procesales, por la concentración en la práctica de las pruebas, por la inmediación en el trámite o por la celeridad de los juicios, sino de proferir un verdadero ejemplo de justicia material, un código que representara los valores supremos consagrados en la Constitución de 1991 en cada etapa del proceso, desde la presentación de la demanda hasta la eventual casación de la sentencia. En este sentido, el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva señalaría, acompañando la idea precitada, que

¹³ PARRA QUIJANO, Jairo. *Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del Código General del Proceso*. En: Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p. 23.

“la expedición del Código General del Proceso no se circunscribe a una mera actualización de los institutos procedimentales ante las exigencias de las complejas sociedades contemporáneas, ansiosas de modelos eficientes de administración de justicia” sino que tiene como propósito concordar y ajustar la normatividad procesal con las normas constitucionales que a hoy día regentan el proceso, *in genere*.¹⁴

Es así, como en aras de asegurar la prevalencia de mandatos de tan amplia preponderancia constitucional como la dignidad humana (art. 1), la igualdad (art. 13), la tutela jurisdiccional efectiva (art. 229) y el debido proceso (art. 29), se expidió la Ley 1564 de 2012, un código procesal acompasado a las rigurosas exigencias de un Estado Social de Derecho, principialista y dotado de robustas instituciones de talante dogmático, que ubica a la persona como el centro y el objetivo de realización de las políticas públicas. De esta forma y no en vano se recogerían estos principios y se llevarían a su muy particular estructura con evidente claridad y contundencia.

Esta importante concepción teleológica del Código General del Proceso, ciertamente atinada, ha sido destacada por un importante sector de la doctrina patria, quien ha considerado vehementemente que “*quienes trabajaron en la preparación y revisión del proyecto de ley por medio del cual se adoptó el CGP, siempre tuvieron presente la necesidad de ajustarlo tanto a la Constitución de 1991 como a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (...)*”¹⁵ destacando así la importancia de adoptar un código de procedimiento “*que materializara los nuevos lineamientos acorde con el derecho fundamental, mejor aún, el derecho humano a un debido proceso, porque de ese derecho se ocupa principalmente el Código General (...)*”¹⁶ y que tuviera como norte a lo largo de su articulado la idea de “*concordar la práctica de jueces y abogados con los postulados que informan el derecho constitucional y, en particular, la arquitectura de derechos fundamentales.*”¹⁷

El aludido criterio *iusfundamentalista* que orientó las premisas basilares del CGP, en efecto se materializó en normas positivas, cuya claridad y tenor no dejan espacio a dudar del alcance de los principios constitucionales en el proceso. Así las cosas, una de las máximas más importantes que fueron consagradas con claridad en este estatuto se encuentra en su artículo segundo, donde se establecía como directriz fundamental el

¹⁴ Al respecto revisar el escrito de VARGAS SILVA, Luis Ernesto. *La función constitucional de los principios del Código General del Proceso*. En: Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2013. p. 319 y ss.

¹⁵ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Juan David. *Análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el Código General del Proceso en Colombia*. En: Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2014. p. 306 y 307.

¹⁶ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 2.

¹⁷ VARGAS SILVA, *ob. cit.*

aludido derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, convirtiendo esta máxima constitucional en su principio rector. La norma aludida señala que “*toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.*” De esta manera la tutela jurisdiccional efectiva se erige como un derecho táctil, una prerrogativa material, una idea real que se traslada de la concepción abstracta que de este principio se establece en la carta política, hacia el día a día de los estrados judiciales, brindando más herramientas de garantía y efectividad a los usuarios de la administración de justicia y orientando el articulado del código bajo el principio irradiador de aquella premisa.

Pues bien, parte del contenido sustancial de este importante presupuesto que consagra en forma clara el CGP, y que acerca esta revisión hacia la consagración del proceso monitorio en Colombia, es la premisa de la efectividad que se encuentra envuelta en su contenido. Así, se busca no solo un esquema de justicia equitativo y garantista, sino una estructura eficiente, que permita la consecución de resultados concretos y específicos para sus ciudadanos en lo que a la resolución de sus controversias se refiere.

Atendiendo a esta necesidad de efectividad, el CGP nació, en palabras del Magistrado Marco Antonio Álvarez, para brindar abrigo a los titulares de derechos reales agraviados; a los contratantes insatisfechos; a los acreedores burlados y a los poseedores en tránsito de usucapir, quienes hallarían en el tal estatuto un mecanismo que les permita rescatar su derecho.¹⁸ Así, consciente de que no depende exclusivamente de una ley conseguir la materialización de este principio, el CGP no pensó simplemente en fortalecer lo ya instituido y en corregir inconsistencias presentadas por el régimen procesal de 1970 y en llenar vacíos con normas nuevas, sino que trajo verdaderas innovaciones para construir los primeros cimientos de la materialización de la tutela judicial efectiva en el ámbito civil, razón por la cual no escatimó esfuerzos y logró trasplantar, enhorabuena, una de las figuras procesales más reconocidas y meritorias, a saber el proceso monitorio, de cuyo estudio nos ocuparemos en los siguientes folios, luego de haber identificado las máximas torales que sostienen el nuevo esquema de procedimiento civil en Colombia.

2.2 ¿Por qué y para qué el proceso monitorio en Colombia?

2.2.1 El proceso monitorio como una herramienta social: Combatiendo el incumplimiento contractual en Colombia

¹⁸ ÁLVAREZ GÓMEZ, *ob. cit.*

Habiendo clarificado la orientación constitucional del Código General del Proceso y la prevalencia de las máximas constitucionales en su interpretación y aplicación, llega el momento de estudiar la figura que ocupa las inquietudes y comentarios que dan lugar a este escrito. Para ello, y antes de realizar un estudio propio de las normas que lo consagran, se revisarán algunos argumentos teleológicos que pueden llevar a reconstruir los motivos y justificaciones más relevantes para incorporar este procedimiento en la ley Colombiana, haciendo especial hincapié en la función social que pretende imprimirse al proceso monitorio frente al incumplimiento contractual en Colombia y al amparo de las controversias de pequeñas causas.

La concepción del proceso monitorio en Colombia, cuyos detalles técnicos serán expuestos unas líneas más adelante en este escrito, tiene un enfoque socioeconómico ciertamente particular. Ello, toda vez que está destinado a cubrir las necesidades que en términos de acceso y efectividad de la administración ha presentado un sector de la población, a saber, los acreedores a quienes se les ha incumplido una obligación dineraria de mínima cuantía y que a su vez carecen de un título ejecutivo en los términos del artículo 422 del Código General del Proceso para su ejecución coactiva, como respuesta a la grave situación de incumplimiento contractual que vive nuestro país.

Lo anterior se puede evidenciar con cierta preocupación en las estadísticas que el Banco Mundial, por vía de la publicación internacional *Doing Business*¹⁹ ha presentado sobre la situación económica de Colombia en cuanto a la viabilidad e idoneidad de las instituciones e instrumentos locales para la celebración de negocios. En este importante estudio se destacó, entre otras cosas, que si bien la economía nacional ha mostrado un crecimiento exponencial en aspectos como el acceso al crédito y a financiación para el emprendimiento de proyectos de diversa índole comercial, hay un alarmante rezago en cuanto al cumplimiento de contratos se refiere, particularmente frente a la eficacia de las cortes y jueces nacionales para resolver controversias derivadas de los mismos. Así, el informe concluye que Colombia ocupa actualmente el lugar 168 entre 189 países en cuanto al denominado rubro de *contract enforcing*²⁰ se refiere, evidenciando la compleja situación que en cuanto al cumplimiento de obligaciones en sede negocial adolece la economía nacional.

¹⁹ WORLD BANK GROUP. “*Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency. Comparing Business Regulations for Domestic Firms in 189 Economies*”. 12TH edition. 2014. Washington D.C., International Bank for Reconstruction and Development. p. 90 y ss. En: http://espanol.doingbusiness.org/~/_/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf. Consultado el 23 de mayo de 2015.

²⁰ WORLD BANK GROUP. “*Doing Business 2015: Exploring Economies*”. 2014. Washington D.C., International Bank for Reconstruction and Development. En: <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/colombia>. Consultado el 21 de mayo de 2015.

La enunciada situación, de suyo preocupante, es predicable de toda la economía nacional y el enunciado incumplimiento se presenta a la luz de todos los sectores de la población que intervienen en la misma. Sin embargo, el proceso monitorio como herramienta para combatir el incumplimiento contractual, como se verá, tiene como destinatario específico el sector de los acreedores insatisfechos de pequeñas acreencias y pequeñas sumas de dinero, y se encamina a proteger los derechos de crédito de esta clase de sujetos, propendiendo así por materializar y garantizar, a lo menos desde lo procesal, que aun sin un título ejecutivo estas personas puedan acceder a la justicia por un mecanismo efectivo y obtener así el pago de aquellas acreencias insolutas.

Las novedades para el cobro de deudas, amén de la inclusión del proceso monitorio en el CGP, se denominan como tales, ya que lograron transformar la visión procesal que se mantenía en el ordenamiento patrio sobre los tradicionales derechos de los acreedores para hacer efectivas prestaciones insatisfechas – derechos que la doctrina contemporánea denomina como *remedios del acreedor frente a la lesión del derecho de crédito*²¹ – pues configuró mecanismos adjetivos *sui generis*, al menos en nuestras normas, para subsanar aquellas lesiones y lograr el cumplimiento de aquellos vínculos obligacionales, fin último de la relación jurídica patrimonial, sea cual sea su función económica subyacente.

La anunciada transformación que trajo consigo el proceso monitorio ha permitido replantear, a lo menos desde lo teórico, la concepción de los mecanismos de procedimiento diseñados para hacer efectivas las normas de derecho sustancial atinentes al incumplimiento contractual que se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio y que consagran como remedios para obtener la satisfacción de la prestación insoluta, por un lado al cumplimiento forzoso o coactivo de la obligación – con la consecutiva realización patrimonial del deudor, en caso de ser así requerido – y por otro la resolución del negocio jurídico, en uno u otro caso y según se cumplan las exigencias, también junto con los perjuicios patrimoniales irrogados al acreedor insatisfecho.

Lo anterior, soportado en la circunstancia de que estas premisas de orden sustancial finalmente debían ser materializadas por vía de un proceso judicial, que solo ofrecía, a lo menos en nuestro ordenamiento jurídico y a la luz del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), dos conductos procesales. Así, se tenía que en caso de que la obligación constara en un título ejecutivo, nacía la posibilidad de acudir al trámite previsto en los artículos 488 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, o si se carecía de tal elemento y el mismo no podía ser constituido mediante diligencias previas, se debía acudir a la vía declarativa prevista en aquel ordenamiento, sin que

²¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Los problemas actuales de la Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2011. p. 120 y ss.

existiera un mecanismo híbrido o un punto medio entre una u otra forma de pretensión, máxime cuando hay diferencias radicales en favor del acreedor entre acudir a un proceso ejecutivo y aun declarativo, pues la *litis* no versa sobre un derecho discutido, sino sobre un derecho insatisfecho.

El postulado previamente presentado es reseñado de manera certera por el Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez, quien ha apuntalado que: *“Aunque la ejecución coactiva es un efecto propio de toda obligación civil, es necesario reconocer y resaltar que para materializar ese derecho sustancial mediante un proceso ejecutivo es indispensable demostrarle al Estado la existencia de una obligación exigible. La cuestión es de prueba. Si esta es robusta, robusta será la persecución de los bienes del deudor; si es inexistente o débil, que se pruebe primero el deber de prestación. Por eso la acción de cumplimiento puede canalizarse por medio de proceso ejecutivo o declarativo. Será el primero si la prueba es en sí misma bastante; será el segundo si la duda existe.”*²²

En este sentido, y al existir solo dos vías procesales claramente identificables, quien contara con una acreencia dineraria insoluta de mínima cuantía pero no detentara un título ejecutivo en los términos exigidos por la ley, debía acudir a la pretensión de conocimiento por vía del proceso verbal sumario contemplado en el CPC, a fin de convencer al juez *desde cero* sobre la existencia del derecho, su exigibilidad y sobre los demás presupuestos formales y materiales de la obligación, aun cuando entre las partes litigantes existiera un negocio jurídico subyacente que fue incumplido. Por este motivo, los despachos judiciales conocían – y aun lo hacen – de pretensiones con todas las características de una pretensión ejecutiva, menos del título, elemento de no poca monta, claro está, sin haber tenido en cuenta aun, como es natural de la época en que fuera expedido el CPC, que en diversos ordenamientos procesales en América Latina y en Europa ya se preveían soluciones a la esbozada cuestión procesal.

A fin de evitar que el acreedor enunciado – carente de título ejecutivo – acudiera a la vía declarativa, por cuanto su pretensión es más robusta y verosímil que una típica pretensión de conocimiento, el legislador incorporó en los artículos 419 a 421 el proceso monitorio, cuyo fundamento no es otro que el principio de la tutela judicial efectiva en *pro* del acreedor, soportada a su vez en el principio constitucional de buena fe, permitiendo que aun sin un título ejecutivo e incluso con la afirmación juramentada de existir una deuda en su favor, el juez profiera una orden de pago, tal y como en el proceso ejecutivo, compeliendo al supuesto deudor a que pague la prestación insoluta.

Esta concepción, transformadora y si se quiere revolucionaria, adapta rasgos característicos del proceso ejecutivo y del proceso de conocimiento y asentándose en

²² ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen II. Bogotá. Editorial Temis. 2014. p. 5.

la confianza y en la buena fe de quien alega el derecho, brinda efectividad a un crédito aparentemente insoluto, soportado casi exclusivamente en la confianza de la administración de justicia frente a la afirmación del acreedor, una clara muestra del talante *iusfundamental* de este código, en línea de lo que se expuso folios atrás. Es así como la propia Corte Constitucional al efectuar un análisis de constitucionalidad de la norma, consideró tajantemente que *“la configuración técnica del proceso monitorio está soportada en doble vía en el principio de la buena fe, ya que la orden de pago emitida por el juez surge con base en la simple afirmación unilateral y sin prueba alguna del acreedor sobre la existencia de la obligación y, su vez, la buena fe del deudor se contempla siendo que su oposición torna ineficaz la orden de pago, lo cual está acorde con la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 de la Constitución.”*²³

El proceso monitorio entonces transformó concepciones procesales y sustanciales sobre la exigibilidad de las prestaciones obligacionales insolutas y propende por devolver la confianza en los acreedores, quienes ante procesos deficientes de contratación, negocios verbales y documentos que no revisten los caracteres de título ejecutivo, aún puedan contar con mecanismos eficaces y eficientes para acceder a la administración de justicia y hacer efectivos sus derechos de crédito, siempre en la base del entendimiento de la buena fe de su comportamiento. Así, a hoy día se puede afirmar sin dubitación, que la máxima tradicional de la necesidad del título ejecutivo como requisito *sine qua non* para la ejecución ya no es absoluta, replanteando está pétrea institución procesal en aras de asegurar la materialización y la supremacía del derecho sustancial sobre las formas procesales, pues se le da valía al negocio jurídico subyacente y no así a su comprobación por medio de un título que en no pocas ocasiones parece excesivamente riguroso en su forma.²⁴

Vale la pena destacar también que el proceso monitorio, aun con todas sus novedades de orden procesal, no es el primer ordenamiento legal que transforma instituciones

²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-724 del 24 de septiembre de 2014. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente: D-10115.

²⁴ Sobre la cuestión de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, la Corte Constitucional ha sido enfática al expresar que *“Los procedimientos y formas están consagrados como medios o herramientas para encauzar la materialización de los derechos sustanciales, dentro de una vía preestablecida y recorrida de manera justa, equitativa y respetuosa, que enriquezca la legitimidad de la decisión tomada. La aparente tensión que pudiera generarse entre el respeto a las formalidades procesales y la primacía del derecho sustancial, encuentra solución “en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas”. Como regla general, existe violación al debido proceso cuando son desconocidas las formas del juicio previamente establecidas, esta Corte ha encontrado que también puede producirse cuando el juzgador obstaculiza la efectividad de los derechos fundamentales, o los sacrifica por la aplicación irrestricta de las formas del proceso.”* Al respecto ver: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-256 del 29 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: T-3274644.

clásicas en materia sustancial, procesal y probatoria, a fin de asegurar la justicia material y el cumplimiento contractual a favor de ciertos sectores de la población que requieren de una atención prioritaria por parte del Estado. No en vano, se puede traer a colación lo dispuesto en la Ley 1448 de 2011 – por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones – en la que se replantearon reglas tradicionales de institutos jurídicos como la propiedad, en el sentido de flexibilizar su prueba en los trámites de declaración de pertenencia sobre tierras despojadas a víctimas del conflicto armado en el país.

Así, bajo esta norma, si tradicionalmente se entendía que la propiedad debía ser demostrada mediante con el correspondiente registro de la escritura pública por medio de la cual se transfirió, el artículo 78 de tal norma consagra que *“[B]astará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución.”*, relevando de la carga de demostración del dominio al reclamante y brindando libertad probatoria para su demostración. En el mismo sentido se presenta el párrafo 2 del artículo 84 del mismo estatuto, el cual señala que en el evento de que el reclamante – víctima – no pueda allegar al proceso el certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria que identifique registralmente el predio, *“se podrán acreditar por cualquiera de los medios de prueba admisibles señalados en el Código de Procedimiento Civil su calidad de propietario, poseedor u ocupante de las tierras objeto de restitución.”*, evidencia suficiente de la revolucionaria concepción que diversos estatutos modernos han presentado frente a las instituciones más tradicionales en materia sustancial y procesal, por ejemplo, frente al derecho real de dominio. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En suma, el proceso monitorio, más que la adaptación de una figura procesal foránea al ordenamiento colombiano, es una herramienta socioeconómica que pretende hacer frente al incumplimiento contractual en nuestro país, logrando repensar instituciones, flexibilizando reglas sustanciales y procesales a fin de que los acreedores de pequeñas deudas logren acceder a mecanismos eficaces de cobro, aun cuando no cuenten con un título ejecutivo, asentando sus fundamentos en su buena fe y en la confianza sobre su la afirmación.

2.2.2 El proceso monitorio y las pequeñas causas

Aun cuando este rasgo será objeto de una serie de críticas que se presentarán unos folios más adelante en esta tarea académica, una de las particularidades preponderantes

del proceso monitorio, tal y como está concebido en el ordenamiento patrio, es la referente a la delimitación que en términos de cuantía realizó el legislador, a fin de limitar el valor de las pretensiones que pueden ser ventiladas por este medio. No en vano, el artículo 419 del CGP señala que quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio. *Contrario sensu*, se excluye de plano la posibilidad de ventilar asuntos que superen esta cuantía, que a hoy día es de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 de este estatuto.²⁵

En concordancia con este postulado basilar del proceso monitorio, es menester recordar la preponderancia que el derecho procesal patrio ha otorgado a la resolución y atención judicial de las denominadas *pequeñas causas*, entendidas como aquellas controversias jurídicas cuyo monto o valor no excede, en términos monetarios, de una cantidad reducida de dinero que establece la ley. Así las cosas, el proceso monitorio se convierte una herramienta más que concibe el legislador a fin de lograr el deseado fortalecimiento de los conflictos menores, junto con las demás iniciativas normativas que sobre la materia se han dictado en tiempo reciente, que tienen como objetivo acercar a la administración de justicia a toda la población y atender, por inocua que parezca, cualquier controversia que se pueda suscitar en la organización social.

Esta preocupación del legislador sobre establecer herramientas de justicia frente a las pequeñas causas, puede reseñarse con un hito ciertamente notorio, a saber, la reforma efectuada a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia – ley 270 de 1996 – gracias a la expedición de la ley 1285 de 2009, la cual modificó, entre otros aspectos, lo atinente al conocimiento de estas causas judiciales, creando los juzgados de pequeñas causas para su atender estas contiendas jurisdiccionales de pequeño valor económico.

Señalaba la letra a) del numeral 3 del artículo 11 de la ley 270 de 1996, que la rama judicial estaría conformada, entre otros entes, por los “[J]uzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley.”. Con todo, luego de la reforma introducida por el artículo 4 de la ley 1285 de 2009, quedaría estructurada, además de las cortes y los tribunales, por los “[J]uzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de *pequeñas causas* y de competencia múltiple, y los demás

²⁵ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 25: “Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv). [...]”. Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley (...)” En este mismo sentido rezaba el artículo 22 del articulado original de la ley 270 de 1996, en cuanto al régimen de los despachos judiciales, que la jurisdicción ordinaria estaría integrada por los “[J]uzgados Civiles, Penales, Agrarios, de Familia, Laborales y de Ejecución de Penas que de conformidad con las necesidades de la administración de justicia determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio (...)”. Sin embargo, la anunciada reforma a este artículo que efectuaría la ley 1285 de 2009 señaló que la integración de la jurisdicción ordinaria se daría por “[L]os Juzgados Civiles, Penales, de Familia, Laborales, de Ejecución de Penas, y de Pequeñas Causas que de conformidad con las necesidades de la administración de justicia determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el cumplimiento de las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio (...)” siendo añadidos estos despachos a la estructura de la rama judicial con suma claridad.

Esta inclusión, de suyo novedosa, se encontraba justificada por nobilísimos móviles, tales como la garantía del acceso a la administración de justicia de toda la población y la permanente búsqueda de la localización descentralizada de los despachos judiciales para asegurar el cumplimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Es así, como en la ponencia para el primer debate de esta ley, según se reseña en la Gaceta del Congreso N° 418, a propósito de los juzgados de pequeñas causas, se señaló: “Se busca con estos jueces de pequeñas causas y de competencia múltiple, garantizar un mayor acceso a la justicia, especialmente en los municipios alejados de los centros urbanos y de las zonas populosas y distantes de las grandes ciudades. (...) En el mismo sentido, se señala que según las necesidades de cada municipio habrá jueces municipales de pequeñas causas y de competencia múltiple sobre asuntos de jurisdicción ordinaria definidos legalmente como conflictos menores. Reforzando, adicionalmente, el carácter descentralizado en cuanto a su localización en aquellos sectores de ciudades y municipios donde así se justifique en razón de la demanda de justicia.”²⁶

En un sentido similar, la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a los despachos de pequeñas causas, destacando su relevancia y su valía, amén de su incorporación en la estructura de la rama judicial del país. Señaló entonces la Corte que “[L]os Juzgados de Pequeñas Causas se instituyeron para coadyuvar a consolidar una justicia pronta, en aras de disminuir la congestión judicial y alcanzar una mayor eficacia y celeridad en la resolución de los litigios, según se extrae, incluso, de la Gaceta del Congreso 418 de 2006, que contiene la discusión

²⁶ PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 23 DE 2006. Colombia, Congreso de la República, Gaceta N° 418 del Congreso, expedida el 29 de septiembre de 2006.

*inicial del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 1285 de 2009; esa Ley los incorporó, de manera genérica, a la estructura de la Rama Judicial.*²⁷

Pues bien, creemos que tan relevantes intenciones son ciertamente aplicables al proceso monitorio, cuya creación inicial, a pesar de las críticas, está concentrado en atender las pequeñas causas aquí enunciadas y a salvaguardar, como ya se advertía, la valía de los derechos de crédito insolutos de acreedores carentes de título ejecutivo, siendo un loable y relevante fin de este proceso, dadas las facilidades y herramientas novedosas que pone a disposición de los usuarios destinatarios de su regulación.

2.3 Caracteres especiales del proceso monitorio en Colombia

2.3.1 Somera revisión a la normatividad del Código General del Proceso sobre el proceso monitorio (artículos 419-421)

La valía de un estudio académico sobre una figura procesal no se enfoca tanto en estudiar sus por menores de trámite, ni las minucias que regulan su procedimiento sino que por el contrario es más valioso estudiar estas figuras a la luz de su incidencia en los derechos fundamentales que amparan a las partes en el proceso y en el impacto social, económico o meramente jurídico que estas figuras puedan tener, por lo que esta labor académica no se enfocara en desglosar minuciosamente los presupuestos del proceso monitorio en nuestro ordenamiento sino que en este punto aludiremos a sus características cardinales y a sus valores más preponderantes tal y como quedaron consagrados en la ley.

De la regulación de este trámite, y en primer lugar podemos extraer que se trata de un proceso eminentemente declarativo, aunque *sui generis* en su contenido y propósito, pues como ya se ha iterado está destinado al cobro de obligaciones de dinero provenientes de fuente contractual, exigibles, determinadas y de mínima cuantía desplazando así el proceso verbal sumario para estos fines y acercando más los juicios de conocimiento a los juicios de ejecución por medio de este mecanismo híbrido.

En segundo lugar y continuando este somero estudio encontramos que el contenido de la pretensión monitoria, además de unos requisitos generales propios de la demanda exigen claridad y precisión en la pretensión de pago, la información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes y la manifestación clara y precisa de que la acreencia no depende del cumplimiento de una contraprestación a su cargo, elementos anteriores que alinderan la pretensión monitoria de otros juicios contemplados en la ley.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de junio de 2013. Magistrada Ponente: Ely del Pilar Cuello Calderón. Expediente: ATL219-2013 – Radicación: 43625.

En tercer lugar, se encuentra una de las consideraciones legales más particulares que la consagración de este proceso trajo en nuestro ordenamiento, toda vez que consagra como regla general la obligación para el demandante de aportar los documentos en que base su petición para luego consagrar, de manera ciertamente particular que en los eventos en los que no se tenga tales documentos podrá declararse bajo juramento o que tales no existen o incluso el lugar donde se llegaren a encontrar, lo que a nuestro juicio más que denotar una indecisión del legislador, consagro en Colombia el proceso monitorio puro, pues como dice el Magistrado Marco Antonio Álvarez, miembro de la comisión redactora y revisora del CGP, “*¡basta la palabra del acreedor!- para que el interesado pueda obtener un requerimiento en contra de su deudor*”.²⁸

En cuarto lugar y en cuanto a su trámite y a la oposición, la ley consagro que emitido el requerimiento, el deudor tendrá 10 días para pagar u oponerse a la pretensión señalando que si no paga o no justifica su renuencia, el juez proferirá sentencia que no admite recursos en la cual, se condenara a lo pretendido más sus intereses o en caso de que ya habiendo sido notificado, no compareciere el deudor, se dictara sentencia condenatoria y se procederá a su ejecución.

Por último se consagra que en el evento en que exista una oposición fundada de la pretensión el proceso se tramitara por vía del juicio verbal sumario, señalando que en caso de que la oposición sea infundada se impondrá una multa del 10% del valor de la deuda en favor del acreedor, la que ira en favor del deudor si este sale adelante. Así las cosas quedan esbozadas las características más generales que trajo la ley sobre este nuevo trámite.

2.3.2 Somera revisión de la sentencia C-726 de 2014 sobre la constitucionalidad del proceso monitorio

Tal ha sido la relevancia y el impacto de la inclusión del proceso monitorio en las normas procesales colombianas, que se han suscitado discusiones, debates y cuestionamientos de toda índole, a propósito de su estructura y sus presupuestos. Tanto así, que el mismo suscitó una demanda de constitucionalidad, que, enhorabuena para esta tarea académica, ya fue objeto de decisión por parte de la Corte Constitucional, declarando exequibles y por ende ajustadas a la carta política, sus disposiciones. En tal oportunidad decidió la Corte sobre la acción de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Leonardo Martínez contra los artículos 419 y 421 de la Ley 1564 de 2012 “*Por medio de la cual se expide el Código*

²⁸ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen II. Bogotá. Editorial Temis. 2014. p. 14.

General del proceso y se dictan otras disposiciones”. Dichos artículos regulan el proceso monitorio y se refieren a la procedencia y tramite que se le da a tal figura.

El demandante, en el libelo, consideró que las disposiciones demandadas son contrarias al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución y al derecho de defensa y debido proceso, contenidos en el artículo 29 de la Carta, girando sus alegatos en tres puntos específicos.

En el primero de ellos, consideró que el trámite del proceso monitorio se rige por una estructura unilateral que viola el debido proceso, dado que considera que cuando el juez envía el mandamiento de pago, simultáneamente se pronuncia con efectos de cosa juzgada, sin dar lugar a la defensa del demandado. En segundo lugar, adujo que el proceso monitorio afecta el derecho de defensa y contradicción por cuanto las partes, dentro de *iter* procesal, no cuentan con la oportunidad de formular oposición, dado que los tres supuestos del proceso monitorio son unilaterales. Por último, esgrimió que el auto de requerimiento de pago es violatorio del debido proceso por cuanto no admite recurso, y al haber eliminado ciertas figuras procesales típicas para la defensa en la estructura del proceso monitorio, se limita inconstitucionalmente el derecho de defensa del demandando.

Habiendo determinado los cargos, la Corte entra a analizar la demanda y después de realizar una muy particular exaltación a las virtudes del proceso monitorio, se refiere la libertad de configuración legislativa en materia procesal señalando que *“el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, está facultado para establecer modelos de procedimiento que prescindan de recursos, etapas, trámites o instancias, siempre y cuando obedezcan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (...)”* con la intención de traer a colación ciertos conceptos antes de analizar detalladamente los cargos.

Al entrar a analizar los cargos rápidamente evacúa uno de ellos al señalar que *“el derecho al debido proceso entendido como derecho fundamental de naturaleza compleja que aglomera un conjunto de principios y reglas, prevé los derechos de defensa y contradicción, los cuales según la ingeniería procesal contenida en los incisos del artículo 421 del Código General del Proceso, se aseguran plenamente cuando el deudor debe ser notificado de manera personal para que en igualdad de condiciones y en el plazo de diez días, se oponga a la constitución de un título de ejecución”* dejando así resuelto en parte el cargo contra el artículo 421.

Estudiando finalmente el cargo relacionado con la no admisión de recursos contra el requerimiento de pago, la Corte señaló que cuando el legislador propende estas limitaciones, tales deben ser razonables y proporcionales, para determinar si esta

limitación cumple con tal requisito la Corte realiza un test de razonabilidad leve concluyendo que “*el procedimiento monitorio garantiza los contenidos inmanentes del debido proceso, como lo son la defensa, el derecho de contradicción, la celeridad en los términos procesales y, aun constituyendo una excepción a la doble instancia, como quiera que esta garantía no es una condicio sine qua non, cuando la regulación se ajusta a las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional[39], como en efecto ocurre en este caso. De esta manera, al amparo del test leve de razonabilidad, la medida persigue un fin legítimo, y es adecuada, porque en su curso no se rompe el equilibrio de las partes en las diversas fases del procedimiento.*” A esta conclusión llega la corte, luego de analizar minuciosamente distintos apartes de los artículos 420 y 421 del CGP y determinar que existen en ellos distintos trámites y actos procesales que garantizan plenamente el derecho a la defensa y contradicción de la parte demandada.

Igualmente finaliza la Corte apuntalando que “*la configuración técnica del proceso monitorio está soportada en doble vía en el principio de la buena fe, ya que la orden de pago emitida por el juez surge con base en la simple afirmación unilateral y sin prueba alguna del acreedor sobre la existencia de la obligación y, su vez, la buena fe del deudor se contempla siendo que su oposición torna ineficaz la orden de pago, lo cual está acorde con la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 de la Constitución*” razones por las que Corte considera EXEQUIBLES los artículos demandados.

3. Desmitificando la institución: críticas e interrogantes frente a la implementación del proceso monitorio en el derecho colombiano

Luego de haber revisado con una visión objetiva los puntos particulares sobre los cuales se distingue el proceso monitorio en el ordenamiento jurídico colombiano y de hacerse especial énfasis en las motivaciones de los agentes encargados de su consagración e implementación, llega el momento medular de este escrito, toda vez que con el bagaje teórico ya asumido en los puntos anteriores permitirá al semillero, *a posteriori* y erigido en algunos principios y supuestos en los que desde una órbita abstracta se fundamenta el proceso monitorio, formular una serie de interrogantes y críticas de talante jurídico, no con otra motivación que generar debates y disertaciones desde una óptica académica, a fin de fortalecer esta institución desde este ámbito, amén de su inminente entrada en vigencia.

3.1 Primer mito: *El proceso monitorio se dirige en Colombia a proteger sectores vulnerables de la población; de ahí a que su cuantía deba ser limitada*

Como bien quedó expuesto en el acápite anterior, el Código General propende por un proceso civil más inclusivo, por una justicia de mayor alcance y por una normatividad que cobije y se preocupe por la totalidad de la población y no solo por un sector

específico como destinatario de la jurisdicción. Así pues, en cuanto al proceso monitorio se refiere, contempló en el artículo 419 ya escudriñado que “[Q]uien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de *mínima cuantía*, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.” Como se destaca del anterior supuesto normativo, el proceso monitorio se encuentra limitado de manera expresa a los derechos de crédito cuyo contenido patrimonial, además de tener un origen contractual, no exceda de la cuantía que de manera expresa delimita la ley, a hoy día el artículo 25 del CGP.²⁹

Esta concepción, que de suyo se fundamenta en la conveniencia que halló el legislador para direccionar esta acción judicial no a la generalidad de la población sino a un sector en específico de la misma, puede suscitar algún tipo de interrogantes de orden jurídico, máxime cuando a pesar de la resistencia de muchos sectores académicos, los Estados con más experiencia en la materia, contrario a lo que Colombia ha realizado, han optado por no limitar su cuantía.³⁰

Frente a este punto y desde ahora, planteamos la idea de que el proceso monitorio Colombiano no debió limitarse como una alternativa a los acreedores de pequeños créditos, pues su potencialidad como figura procesal, de suyo expedita y novedosa, terminó circunscrita a un especial sector, desatendiendo los intereses de aquellos acreedores de créditos que superen el tope establecido por la ley, máxime cuando el fenómeno del incumplimiento contractual y la informalidad probatoria de las obligaciones no es propia de los pequeños acreedores sino de la totalidad de la población y los más importantes negocios, de cualquier cuantía, pueden devenir en estas situaciones.

En primera medida y en justificación de este planteamiento, encontramos la experiencia internacional sobre este procedimiento en específico, especialmente la española, en la que se ha demostrado que el proceso monitorio no debe ser objeto de limitaciones cuantitativas. Lo anterior basado en las modificaciones que en ese país fueron realizadas, donde inicialmente el proceso monitorio tenía una barrera económica de aplicación y luego, años después, se permitió su aplicación en pretensiones de toda índole monetaria.

²⁹ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 25: “Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv). [...]”. Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *El proceso monitorio: una visión española y europea pensando en Colombia*. En: Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p.1025.

Esto se puede observar en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC) 1/2000, en la que inicialmente se estableció un tope de 30.000 euros, para luego ser aumentada en 2009 a 250.000 euros, aunque después de determinar el despropósito del límite, en 2011 se liberalizó completamente por vía del Reglamento Europeo 1896/2006, lo que fue justificado por la doctrina española bajo la idea de que el proceso monitorio español no debería contar con topes ni monto máximos de cobro *“por cuanto que su meta esencial no consiste tanto en servir de cauce procedimental oportuno para el cobro de pequeños créditos, cuanto en establecer un procedimiento rápido basado en la inversión de la iniciativa del contradictorio para aquellas deudas de carácter líquido y exigible que resulten - y esto es lo más importante - aparentemente incontrovertidas.”*³¹

En segundo lugar, un argumento de contraevidente calado práctico que soporta estos dichos, y es el hecho de que ni el proceso monitorio ni su propósito se desdibujarían por el hecho de aumentar su cuantía, pues la cuestión de los límites monetarios no es uno de sus elementos esenciales, ya que sus virtudes y transformaciones no dependen del valor de la pretensión, sino de la naturaleza de esta figura jurídica como un mecanismo efectivo y eficiente de cobro de deudas, sea cual sea su valor.

En tercer lugar y desde una óptica eminentemente jurídica, si se quiere constitucional, consideramos que un escrutinio al proceso monitorio desde la óptica de su cuantía bajo los supuestos jurisprudenciales de las teorías de la omisión legislativa relativa y del reconocido test de igualdad que ha acuñado nuestro tribunal constitucional, sería cuestionable su ajuste a las premisas dogmáticas de nuestra carta política.

En primera medida y frente al test de igualdad, el cual entendemos como el método establecido por la jurisprudencia constitucional para evaluar si una determinada medida o disposición normativa es violatoria del principio de igualdad, en este caso la limitación cuantitativa del proceso monitorio que por dejar fuera a un considerable número de acreedores que podrían beneficiarse de esta figura, requiere que exista una identificación clara de un tratamiento diferenciado a dos sujetos en situación idéntica o al menos similar y que no haya justificación constitucional suficiente que sustente esa medida.³²

Así, para determinar si a la luz de esta regulación esa violación se presenta, este test supone, en primer lugar, determinar que se está en frente de situaciones razonablemente comparables, ello por encontrarse en situaciones de hecho idénticas o al menos similares. De acuerdo con ello, es claro que nos encontramos en frente de dos

³¹ Frente a la experiencia española, ver a CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *El proceso Monitorio en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. En: *Revista Jurídica Galega*. N° 12. Madrid. p. 271 y ss.

³² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 707 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Cordoba Triviño.

situaciones que son razonablemente comparables entre sí, es decir, acreedores de deudas contractuales insolutas y que en efecto no están establecidas en un título ejecutivo. En segundo lugar, se debe evaluar si la medida resulta necesaria, razonable y proporcional a la luz de los preceptos de la Constitución, o dicho de otro modo, si la misma resulta adecuada y compatible con el contenido de la Constitución, ante lo que consideramos que el test también puede aquí fallar, pues no encontramos argumentos verosímiles para enfocar una figura procesal tan relevante y con presupuestos tan revolucionarios a un sector reducido de la población, cuando el beneficio que se recibiría *in toto* es radicalmente más prominente que su aplicación reducida, sin que fuera entonces necesario destinarla a las deudas pequeñas, ni razonable en su propósito, ni proporcional en sus beneficios y sus límites, sacrificando así el principio-derecho a la igualdad.

Por otro lado, y en cuanto a la cuestión de la omisión legislativa relativa, la cual se presenta en determinados eventos en que el legislador simplemente construye normas de manera discriminatoria, esta figura también puede contribuir a vislumbrar las cuestiones constitucionales que aquí ponemos de presente. Sobre esta figura, preliminarmente ilustra el tribunal que *“el legislador es llamado a desarrollar los preceptos constitucionales y al hacerlo debe respetar los principios y las normas impuestos por el constituyente. No puede, por consiguiente, legislar discriminatoriamente favoreciendo tan solo a un grupo dentro de las muchas personas colocadas en idéntica situación. Si lo hace, incurre en omisión discriminatoria que hace inconstitucional la norma así expedida. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha expresado que el ejercicio de cualquier competencia discrecional que degenere en tratamientos discriminatorios (CP art. 13), frente a sujetos que se encuentren colocados en una misma situación, se torna arbitraria y pierde sustento constitucional...”*³³

A la luz de este postulado y sin ánimo de afirmar categóricamente que la omisión legislativa relativa está presente en este caso, si nos despierta inquietudes y nos lleva a considerar que en este punto particular el legislador, atendió en exclusiva los intereses y necesidades de un sector específico, que aunque con buen ánimo no deja de ser en algún sentido discriminatorio que estas disposiciones se hubieren inclinado de una manera tan radicalmente notoria hacia los acreedores de pequeñas deudas, dejando de lado y sin que ello debiera haber sido así, los intereses de los acreedores de obligaciones de cuantías superiores, grupo social que merecía toda la atención del legislador y tenía pleno derecho a gozar de los beneficios que fueron en esta norma considerados solo para un específico sector, omitiendo tutelar lo derechos procesales que a todos los acreedores asisten.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-034 del 25 de enero de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-5261.

3.2 Segundo mito: *El proceso monitorio era necesario en el ordenamiento procesal Colombiano, pues el proceso ejecutivo es excesivamente restrictivo y el verbal sumario no es idóneo para el cobro de deudas*

Sin duda, el proceso de monición instituido en nuestro país, tal y como se ha evidenciado en otras legislaciones, se ha incorporado para atender y suplir una necesidad concreta en cuanto a la demanda de justicia se requería. Es así como el legislador incorporó el proceso monitorio al no entender como suficientes, pertinentes e idóneos los instrumentos procesales ya existentes para atender el cobro de deudas insolutas y de mínima cuantía que no estuvieran contenidas en un título ejecutivo, esto es, el proceso ejecutivo y el proceso verbal sumario. Ante este planteamiento, loable en su propósito, vale la pena preguntarnos si realmente era necesaria la incorporación del proceso monitorio a nuestro sistema y de esta manera evaluar si las instituciones ya existentes no tenían entonces el potencial requerido para atender estas cuestiones.

En primera medida y con el objetivo de rebatir esta consideración, reforzando la idea de que las instituciones jurídicas, en vez de buscar ser reemplazadas de inmediato ante sus falencias pueden ser reforzadas sin que ello implique su automática e irreflexiva revaluación, creemos que los procesos ya existentes podrían haber sido más eficientes de lo que ya eran para el cobro de deudas de índole “monitoria”, luego de algunos reajustes y reconsideraciones en su estructura, lo que hubiese hecho del proceso monitorio una institución menos demandada en nuestro entorno. Es así, como en algún sentido reivindicaremos la potencialidad del proceso verbal sumario y nos aproximaremos a un estudio más conciliador y omnicompreensivo del típico juicio de ejecución – y por consiguiente de la figura del título ejecutivo – lo que nos permitirá rebatir, no la existencia misma del proceso monitorio, que entendemos como positiva, sino que intentaremos desmitificar la idea de que su inclusión era imperiosamente necesaria en nuestro ordenamiento y que gracias a él vamos a transformar el sistema de cobro de deudas en estas latitudes.

Por un lado, y en nuestra tarea de reivindicar sanamente y en sede académica las figuras ya instituidas, creemos aun en la plena vigencia y en el potencial que consigo trae el proceso verbal sumario para atender las situaciones que pretendieron ser desplazadas a la órbita y escrutinio del proceso monitorio, pues si bien este trámite es en su integridad de conocimiento, aún guarda interesantes presupuestos procesales para enfrentar el cobro de deudas, pues en él hay una amplia e interesante flexibilización procesal, la cual se evidencia notoriamente en el protagonismo de la oralidad y en los términos y traslados de corta duración, que superan radicalmente el termino destinado al supuesto deudor para oponerse a la pretensión monitoria. En suma, aun a pesar de ser un juicio declarativo propiamente dicho, cuenta con enormes ventajas en su estructuración para cobrar deudas.

En primer lugar, el proceso monitorio también es un proceso declarativo, al igual que el proceso verbal sumario. Sus normas están ubicadas en la regulación de los trámites de conocimiento, y por más similitudes que pueda tener con el juicio ejecutivo, no ha dejado de entenderse como tal. Sin embargo, aun con la llegada del CGP, la estructura del proceso monitorio es eminentemente escrita, lo que en cuanto a la oposición al requerimiento de pago puede no ser lo ideal. Por otro lado, tenemos al proceso verbal sumario, un proceso dúctil, flexible, ágil, de única instancia, un juicio sin formalidades excesivas, con trámite eminentemente oral y con la posibilidad de que incluso la demanda sea formulada de manera verbal.

Es así, como el proceso verbal sumario tiene aún potencial y puede ser un mecanismo ágil y expedito para el cobro de deudas, máxime cuando a voces del artículo 390 del CGP la normatividad permite al juez “dictar sentencia escrita vencido el término de traslado de la demanda y sin necesidad de convocar a la audiencia de que trata el artículo 392, si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para resolver de fondo el litigio y no hubiese más pruebas por decretar y practicar” lo que nos muestra que en caso de que un acreedor sin título ejecutivo, pero con un documento verosímil, robusto y claro en cuanto a la obligación existente puede acudir a este trámite y obtener un resultado similar o a un más efectivo que con el proceso monitorio, el cual, ante la simple oposición, se convierte en un verbal sumario.

Y es que no se puede ignorar, que por más virtudes que el proceso monitorio pueda tener, toda su estructuración se destruye en el momento en que el supuesto deudor se opone. Es así, como este trámite, que inicia como un proceso, fácilmente se convierte en dos cauces procesales, y en no pocos casos puede terminar en un proceso ejecutivo para hacer efectiva la sentencia proferida en el juicio verbal sumario, terminando en 3 trámites para cobrar una deuda. Es decir, en no pocos casos veremos procesos monitorios convertidos en verbales sumarios y luego en ejecutivos, lo que a todas luces contradice la intención de celeridad planteada de manera teórica por el legislador, aun cuando la oposición del demandado deba ser fundamentada.

Debe tenerse en cuenta también que en el eventual caso de que la pretensión deba ser ventilada por el proceso monitorio, luego por la del verbal sumario e incluso *a posteriori* por vía ejecutiva ante la renuencia del vencido en juicio de pagar voluntariamente lo señalado en la sentencia, resultaría ciertamente complejo que en la práctica se cumpliera con el término preclusivo establecido en el artículo 121 del CGP, el cual señala que “*Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo*

para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.” Además, aun cuando este término se cumpliera, las partes ya se habrán hecho esfuerzos de tiempo y actuación en la desestimación del proceso monitorio, demorando en términos reales una situación que inicialmente pudo haber sido encausada por la vía del verbal sumario, que aunque no tan atractiva como la vía del proceso monitorio, es adecuada para el cobro de deudas y aún tiene una valía importante en nuestra estructura procesal.

Por otro lado, creemos que un proceso ejecutivo más flexible hubiese podido ser una alternativa razonable para afrontar las cuestiones que ahora se someterán a escrutinio del proceso monitorio a la plena entrada en vigencia del CGP, planteamiento que vale la pena ser considerado, de acuerdo a las siguientes ideas.

Es claro, que a la luz de los artículos 422 y siguientes del CGP, la ejecución solo procede con un título ejecutivo, es decir, un documento en que conste una obligación clara, expresa y exigible, y que provenga del deudor o preste plena prueba en su contra. Es así, como el requisito *sine qua non* para acudir a este trámite, en el que prima la apariencia de buen derecho, es la existencia de este documento. Sin embargo, no podemos ignorar que a la luz de la regulación sustancial de las obligaciones civiles, es evidente que uno de sus atributos o uno de los derechos principales que le es conferido al acreedor, es sin duda adelantar el cobro coactivo de su acreencia, basado en la idea de que su patrimonio es prenda general de las acreencias en que este figure como deudor, medio o no este título, siendo una exigencia eminentemente procesal.

Creemos entonces que la rigurosidad del título ejecutivo, que es una cuestión simplemente probatoria, pero que en nada debería incidir con el derecho sustancial, en muchas ocasiones supedita la efectividad de una obligación civil (existente, si, válida, si, oponible, también) a su existencia y termina exigiéndole a los acreedores, especialmente en negocios rápidos y que requieren de medios expeditos de contratación, que suscriban títulos-valores o que dejen constancia en documentos como los exigidos en el CGP de sus obligaciones, atentando en alguna medida contra el claro principio de consensualidad que debería regir en el derecho sustantivo privado.

Y es que no nos oponemos al proceso ejecutivo, pues sería tapan el sol con un dedo, pero creemos firmemente que en algunos supuestos específicos los requisitos del título ejecutivo deberían tener una aproximación legal más flexible, a fin de permitir que algunos acreedores, que cerca de cumplir con la totalidad de los requisitos se verán abocados a iniciar procesos monitorios – que en no pocos casos podrán terminarán en verbales sumarios – puedan acudir a la vía ejecutiva siempre y cuando las normas permitan que bajo una serie de eventos en que no se haya logrado alcanzar la totalidad

de las exigencias del título, como por ejemplo cuando se cuente con un documento sin claridad, o su exigibilidad, aunque cierta, no aparezca de manera contraevidente en el mismo título, igual se pueda pedir la ejecución. En suma, contemplar un título ejecutivo menos riguroso y que permita al juez valorarlo de manera más amplia, a fin de que aún librado el mandamiento de pago, su controversia por las vías ordinarias, o incluso la falta de oposición, permitan seguir con el cauce del proceso, o llevarlo a la órbita declarativa si aún hubiere derechos por declarar.

Conclusión

Como conclusión general, podríamos señalar que si bien el proceso monitorio fue un instrumento revolucionario que el legislador quiso incluir en el CGP con el fin de combatir el incumplimiento contractual y beneficiar a los acreedores de pequeños créditos, creando un trámite mucho más expedito, la idea de su consagración no puede ser para nosotros un motivo de absoluta revolución, ni debemos considerarlo como una estructura procesal perfecta, mitificada y absoluta. Por el contrario, creemos que problemáticas como su cuantía limitada, su carácter puro y no documental y la idea de que su implementación era necesaria en nuestras latitudes pueden ser repensadas en sede académica, a fin de contribuir a reforzar esta institución procesal desde esta tribuna para que pueda desplegar todo su potencial, que de seguro es vasto y nos proveerá de interesantes soluciones en materia procesal.

Síntesis:

Primer mito: *El proceso monitorio se dirige en Colombia a proteger sectores vulnerables de la población; de ahí a que su cuantía deba ser limitada.*

En el estudio de este “mito” destacaremos el carácter limitado que el legislador le quiso imponer al proceso monitorio, ya que en el art 419 del Código General del Proceso se evidencia, palabras más palabras menos, que el trámite monitorio estará circunscrito a aquellas deudas que no sobrepasen la mínima cuantía, la cual está expresamente delimitada por la Ley en el artículo 25 del CGP.³⁴ Tal medida, considera el semillero, puede suscitar situaciones críticas y desafortunadas a nivel procesal,

³⁴ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 25: “Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv). [...]”. Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

teniendo en cuenta que las legislaciones con mayor experiencia en la materia como la española han optado por no limitarlo.

Frente a este punto el semillero está convencido de entrada que el proceso monitorio Colombiano no debió limitarse en su cuantía, pues su potencialidad como figura procesal, de suyo expedita y novedosa, terminó circunscrita a un especial sector, desatendiendo los intereses de aquellos acreedores de créditos que superen el tope establecido por la ley, máxime cuando el fenómeno del incumplimiento contractual y la informalidad probatoria de las obligaciones no es propia de los pequeños acreedores sino de la totalidad de la población y los más importantes negocios, de cualquier cuantía, pueden devenir en estas situaciones.

Posteriormente y al analizar el carácter accidental de la limitación de cuantía en el proceso monitorio, revisamos desde una óptica jurídica y eminentemente constitucional si se podría llegar a considerar si dicha limitación, siguiendo los supuestos jurisprudenciales de las teorías de la omisión legislativa relativa y del reconocido test de igualdad que ha acuñado nuestro tribunal constitucional, como cuestionable constitucionalmente y desajustadas a las premisas dogmáticas de nuestra carta política. Concluyendo, en este sentido, que este reproche sería viable, por cuanto los acreedores de obligaciones de cuantías superiores, fueron excluidos de la regulación sin un sustento suficiente, omitiendo tutelar los derechos procesales que a todos los acreedores asisten.

Segundo mito: *El proceso monitorio era necesario en el ordenamiento procesal Colombiano, pues el proceso ejecutivo es excesivamente restrictivo y el verbal sumario no es idóneo para el cobro de deudas*

Finalmente propondremos la idea de que la concepción del legislador para traer el proceso monitorio a nuestro país, basado en la consideración de que los instrumentos procesales ya existentes no eran suficientes, pertinentes ni idóneos para el cobro de deudas, no es del todo acertada. Ello, pues las instituciones ya existentes, en vez de ser remplazadas, debieron ser reforzadas bajo las experiencias procesales adquiridas, por lo que entraremos a fundamentar que el proceso verbal sumario debe ser reivindicado, dado su potencial estructural de agilidad y simpleza para el cobro de acreencias dinerarias, y procuraremos aproximarnos de una manera más conciliadora y flexible al proceso ejecutivo, que luego de una reconsideración a la figura del título ejecutivo podrá llevarnos a repensar su rigidez y a permitir ampliar su espectro de actuación para el cobro de deudas que no cumplan con todas las específicas exigencias de este procedimiento, tal y como pretende hacerlo el proceso monitorio.

Referencias bibliográficas

Doctrina:

ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen II. Bogotá. Editorial Temis. 2014.

COLMENARES, Carlos Alberto. *El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012*. En: *Procedimiento monitorio como herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil en Colombia*. Universidad Libre, Seccional Cúcuta, 2013.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *El proceso Monitorio en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. En: *Revista Jurídica Galega*. N° 12. Madrid.

GISBERT POMATA, Marta. *Hacia un proceso abreviado de cobro de deudas: El proceso monitorio español*. En: *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Vol. 5. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Temis. 2010

GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. 6° edición, Ed. t II, Madrid, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Los problemas actuales de la Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2011.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del Código General del Proceso*. En: *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El proceso monitorio: una visión española y europea pensando en Colombia*. En: *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Juan David. *Análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el Código General del Proceso en Colombia*. En: *Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2014.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. *La función constitucional de los principios del Código General del Proceso*. En: Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2013.

Jurisprudencia Colombiana:

Corte Constitucional, Sentencia C-034 del 25 de enero de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-5261.

Corte Constitucional, Sentencia C-707 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, , Sentencia C-724 del 24 de septiembre de 2014. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente: D-10115.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de junio de 2013. Magistrada Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón. Expediente: ATL219-2013 – Radicación: 43625.

Documentos:

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 23 DE 2006. Colombia, Congreso de la República, Gaceta N° 418 del Congreso, expedida el 29 de septiembre de 2006.

WORLD BANK GROUP. *“Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency. Comparing Business Regulations for Domestic Firms in 189 Economies”*. 12TH edition. 2014. Washington D.C., International Bank for Reconstruction and Development. p. 90 y ss.
En: <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>. Consultado el 23 de mayo de 2015.

“Doing Business 2015: Exploring Economies”. 2014. Washington D.C., International Bank for Reconstruction and Development.
En: <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/colombia>. Consultado el 21 de mayo de 2015.

**EL PROCEDIMIENTO DE ESTRUCTURA MONITORIA COMO
INSTRUMENTO DE TUTELA EFECTIVA Y PROTECCIÓN REFORZADA
EN MATERIA DE ALIMENTOS, PARA GARANTIZAR LA SALVAGUARDA
Y DIGNIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS,
ADOLESCENTES Y LOS ADULTOS MAYORES***

Semillero De Derecho Procesal
Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”**

*Rubén Darío Agudelo Parra, Héctor Gómez Mosquera,
Yirsew Palacios Mosquera, Yussy, Danixa Palacios P.,
Harry Castro Córdoba, Fray Luis Asprilla Moreno, Hipolito Chala,
Keidy Lemos Mena, Andrés Felipe Rivera, Yeni Katerine Córdoba V.*

Director: *Gilbert Stein Vergara Mosquera*¹

La infancia es un privilegio de la vejez. Todo niño viene al mundo con cierto sentido del amor, pero depende de los padres, de los amigos, que este amor salve o condene. Los niños son el recurso más importante del mundo y la mejor esperanza para el futuro.

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 28 de octubre de 2016.

Para citar el artículo: AGUDELO, Rubén Darío; GÓMEZ MOSQUERA, Héctor; PALACIOS MOSQUERA, Yirsew; et al. El procedimiento de estructura monitoria como instrumento de tutela efectiva y protección reforzada en materia de alimentos, para garantizar la salvaguarda y dignidad de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y los adultos mayores. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 86-118.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”.

¹ Docente de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” y Director de los Semilleros de Investigación en Derecho Procesal.

En los ojos de los jóvenes vemos llamas, pero en los ojos de un anciano vemos la luz.

Resumen

Colombia como Estado social y democrático de derecho, que garantiza a todos sus asociados condiciones óptimas para el desarrollo de sus prerrogativas, privilegios y garantías constitucionales y legales, viene confiriendo herramientas que responden de manera inmediata al propósito de mantener la seguridad jurídica del Estado y de sus ciudadanos y la efectividad de aquellos derechos de que son titulares. Para ello creó la Ley 1564 de 2012, nuestro actual Código General del Proceso con el que introdujo entre otros los procesos declarativos especiales, en cuyo contenido implementó lo que es el proceso monitorio (regulado en los Arts. 419 a 421)¹, indudablemente novedoso para la legislación en nuestro país, como posible solución a los conflictos jurídicos originados por una obligación dineraria, de naturaleza contractual, determinada y exigible; sobre el cual realizaremos un estudio detallado respecto de su aplicación en su procedimiento y en su estructura como posible instrumento de eficacia a la congestión judicial y a la ausencia de celeridad y efectividad en los procesos de familia que se viene presentando en Colombia, específicamente los de Alimentos, y suministrar así a las autoridades administrativas en temas de familia, elementos eficaces para que puedan adelantar este tipo de procesos con mejores resultados, que respondan a las necesidades de la sociedad y mitigar la carga que potencialmente llega a la jurisdicción ordinaria.

Así mismo para garantizar la satisfacción de éstas obligaciones sin mayor obstáculo, que haga menos compleja la reclamación de este derecho en tratándose de sujetos de especial protección, como los NNA y adultos mayores.

Palabras claves: Celeridad, descongestión, protección reforzada, alimentos.

Abstract

Colombia as a social and democratic State of law, which ensures optimal conditions for the development of its prerogatives, privileges and constitutional and legal guarantees, all his associates comes giving tools that respond immediately to the purpose of maintaining the legal security of the State and its citizens and the effectiveness of those rights that are holders. This created the law 1564 2012, our current General process code that introduced among other special declarative processes, in which implemented what is the order for payment procedure (regulated in the articles 419 to 421), undoubtedly novel for legislation in our country, as a possible solution to the legal disputes arising from a monetary obligation , nature

¹Artículo 419 código general del proceso. Procedencia Proceso monitorio Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.

contract, specific and enforceable; on which we will carry out a detailed study regarding their implementation in its procedure and its structure as a possible tool for effective judicial congestion and the lack of speed and effectiveness in the process of family that is occurring in Colombia, specifically those of food, and thus provide the administrative authorities in matters of family effective elements so that they can anticipate this kind of processes with best results, that respond to the needs of the society and mitigate the burden that potentially becomes the ordinary courts.

Also to ensure the satisfaction of these obligations without major obstacle, making it less complex to claim this right in the case of subjects of special protection, such as children/Adolescents and older adults.

Keywords: Speed, congestion, enhanced protection, food.

Introducción

La Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expidió nuestro actual Código General del Proceso, trajo consigo una serie de avances, en materia de modernización, celeridad, y eficacia de la justicia, unificando los diferentes procesos que se venían tramitando con el código anterior (Decreto 1400 de 1970, C.P.C.)², los cuales tenían un trámite poco ágil o expedito. En este orden de ideas una de las novedades implementadas por el nuevo estatuto, es el Proceso Declarativo Especial como el Proceso Monitorio cuya pertinencia para los procesos de familia, en particular los que tienen que ver con el reclamo de una obligación alimentaria, será el objeto nuestra investigación.

Para ello, y previo a adentrarnos al asunto referente a este proceso especial, debemos iniciar por recordar que los principios de solidaridad y de respeto a la dignidad humana se constituyen en elementos esenciales sobre los cuales se soporta el concepto de Estado social de derecho, e implican la necesidad de brindar una especial protección a quienes por su condición física o mental, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad. Esto impone a las autoridades unos deberes de ineludible cumplimiento con el propósito de procurar la realización material de los derechos individuales y de alcanzar las finalidades sociales del Estado, en particular los de lograr la paz, la convivencia, la igualdad y la vigencia de un orden social justo.

²Decreto 1400 de 1970 (agosto 6)diario oficial no. 33.150 de 21 de septiembre de 1970;código derogado por la ley 1564 de 2012 en los términos establecidos en el artículo 626, texto original con las modificaciones introducidas por el decreto 2019 de 1970,por los cuales se expide el código de procedimiento civil.

Es así que en cuanto al amparo reforzado en sujetos de especial protección, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones a la importancia de los derechos de las niñas y niños, en las que ha procedido a su correspondiente auxilio, resaltando las diversas formas de fundamentabilidad de los derechos de los menores y las garantías que la Carta Política establece para la satisfacción de los mismos.

También ha abordado el tema de los derechos de las personas de la tercera edad, término antropo-social que hace referencia a las últimas décadas de la vida, en la que un individuo se aproxima a la edad máxima que el ser humano puede vivir, etapa del ciclo vital en la que se presenta un declive de todas aquellas estructuras que se habían desarrollado en por lo cual al lado de los menores, son igualmente sujetos de especial protección. Para ellos, hemos desarrollado este proyecto, procurando ofrecerles herramientas de protección real, y efectiva para la salvaguarda de su dignidad.

1. Derecho de alimentos

De acuerdo con el artículo 44 de la constitución política de Colombia, son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, LA ALIMENTACION EQUILIBRADA, su nombre y nacionalidad, entre otros.

La alimentación equilibrada, es una valiosa expresión sobre la cual disertaremos y que tendrá gran relevancia en este escrito, ya que constituye parte de la dignidad de la persona, a quien se le debe esta prestación, se refiere en principio a aquella ingesta alimentaria que incorpora los distintos nutrientes y grupos de alimentos, en las cantidades y frecuencias adecuadas de acuerdo con las necesidades de cada persona en los distintos momentos evolutivos.

Pero el concepto de alimentos desde el punto de vista jurídico, va más allá de la simple provisión corporal de comida. Tal como lo expresa el código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098/06)³ en su artículo 24, **“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”**. Negrillas fuera del texto original.

³Ley 1098 de 2006 (noviembre 8) diario oficial no. 46.446 de 8 de noviembre de 2006, esta ley entró a regir seis (6) meses después de su promulgación, según lo dispuso el art. 216. El congreso de la república por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia.

Sobre el tema, la Corte constitucional de Colombia en Sentencia C-657 del tres (3) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), al interior del Expediente D-1713 con ponencia del Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, la Corte se pronunció sobre el tema así:

“La obligación alimentaria, contemplada de tiempo atrás en el Código Civil, encuentra hoy fundamentos mucho más firmes en el propio texto de la Constitución Política, particularmente en cuanto respecta a los niños (art. 44 C.P.), a las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y al cónyuge o compañero permanente (art. 42 C.P.), y es evidente que el legislador no sólo goza de facultades sino que tiene la responsabilidad de establecer las normas encaminadas a procurar el cumplimiento de los deberes a cargo del alimentante, las acciones y procedimientos para que los afectados actúen contra él y las sanciones aplicables, que pueden ser, como resulta del ordenamiento jurídico vigente, de carácter civil y de orden penal.” Subraya el semillero⁴.

De otra parte, el profesor Luis Claro Solar señala que “con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: la comida, la bebida, el vestido, la habitación, los remedios en caso de enfermedad”.

La definición sobre alimentos de Colin y Capitant es muy similar a la anterior, pues consideran que “con la palabra alimentos se designa todo aquello que es necesario e indispensable para la vida: sustento, habitación, vestido, gastos de enfermedad”. Lo cual involucra por supuesto además de los niños y niñas, a los adultos mayores⁵.

2. Interés superior de los, protección integral y prevalencia de derechos de los NNA

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) cuentan con la titularidad de los derechos consagrados en la Constitución Política, entre los cuales se encuentran los incluidos por bloque de constitucionalidad en estricto sentido que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno (art. 93 C.P), como son: Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; Declaración de los Derechos del

⁴Referencia: Expediente D-1713 sentencia C-657 de 1997 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 (parcial) y 8 de la Ley 311 de 1996. Actores: Saúl Humberto Ruiz, Adriana Maria Duque y Ricardo Ordoñez Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

⁵La obligación alimentaria Fijación y reajuste de su cuota. Albertina Guerra de la Espriella. Problemática actual y deficiencias legislativas.

Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales”.

Desde tiempos remotos ha sido reconocida la responsabilidad que como padres se tiene para con los hijos en aras de velar por su desarrollo y garantizarles la protección a su derecho a una vida digna. La obligación alimentaria de los padres para con los hijos, está prescrita en el artículo 265, del Código Civil el cual, en su parte pertinente reza así: “... (Los padres) tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna...”

El derecho de alimentos ha sido protegido y regulado generosamente por leyes nacionales e internacionales, reflejando la importancia formal que tiene para el estado y la sociedad. En consecuencia, se iniciará un análisis de los diferentes pronunciamientos en la Corte Constitucional, y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del tratamiento y evolución de la figura de la asistencia alimentaria para indicar su importancia y la necesidad de que existan mecanismos que garanticen su eficacia.

En la Sentencia C-237/ del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997), Expediente D-1482 la Corte Constitucional Colombiana, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz, aborda por primera vez el tema del derecho de alimentos y señala los siguientes conceptos importantes: “La obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. (...) El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia. Los términos de la obligación aparecen regulados en la ley, que contiene normas sobre los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales; el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad⁶”.

En la Sentencia C-919/01, la Corte Constitucional se ocupó de definir lo que conocemos como alimentos y su ámbito de aplicación, determinando que: “El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar, de la persona obligada

⁶ Expediente D-1482 Sentencia C-237/97 demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 263 del Código Penal, modificado por el artículo 270 del Código del Menor. Demandante: Arellys Cuesta Simanca Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselos por sus propios medios⁷.

Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.

En esta misma Sentencia la Corte Constitucional se refirió a la fuente jurídica de la obligación alimentaria al estudiar la exequibilidad del orden de prelación de dicha obligación para los menores de edad, en los siguientes términos: "...por regla general el derecho de alimentos se deriva del parentesco (...) la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, aunque también puede provenir de una donación entre vivos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil.

Por esta razón, se ha señalado que 'dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria (...)'

En la Sentencia C-305/99⁸, la Corte señaló que la obligación de dar alimentos y demás elementos para la subsistencia del menor (o la persona que por ley esté legitimada para solicitarlos), no solo es exigible a las personas residentes en territorio nacional. En esta sentencia encontramos que se estipula la posibilidad de obtener alimentos de una persona que se encuentre en el extranjero. A continuación el texto de la sentencia incluye la convención de obtener alimentos en el extranjero dando certeza a las personas de la existencia de una obligación que es inherente a la postura como padre.

Así pues, la Corte se pronuncia de la siguiente manera:

⁷ Expediente D-3424 Sentencia C-919/01 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 416 del Código Civil Demandantes: Nubia Teresa Rodríguez Baquero y Yecid Celis Melgarejo Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

⁸ Expediente LAT-140 Sentencia C-305/99 Revisión de constitucionalidad de la Ley 471 del 5 de agosto de 1998, por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero", hecha en New York, el veinte (20) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956) Magistrado Ponente: Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo

“(…) dar urgente solución a la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero. Se trata, pues, de un convenio multilateral que pretende facilitar los procedimientos jurídicos que procuran la efectividad de un derecho básico garantizado en los ordenamientos civiles de los Estados, cuando la persona requerida, en razón de su relación familiar o de otra índole que justifica su apoyo económico a la necesitada -según la ley correspondiente-, se encuentra fuera de la jurisdicción estatal que la obliga y que tiene previstos medios coercitivos para la exigibilidad de las prestaciones que debe. (…)

Como se sabe, los derechos de los menores de edad priman sobre los de los demás, por lo cual se ofrecen mayores garantías y beneficios, para proteger su formación y desarrollo. Igualmente, al ser los niños sujetos de protección constitucional reforzada, atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares que les concierna. Así, en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños y los de las demás personas, deberá dárseles prelación a aquéllos. Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, al aplicar la preceptiva atinente y ante las circunstancias fácticas de los menores de edad involucrados, la solución que mejor satisfaga dicho interés. Al tiempo, la definición de dichas pautas surgió de la necesidad de recordar los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades en relación con la preservación del bienestar integral de niños, niñas y adolescentes, que requieren su protección, lo cual obliga a jueces y servidores administrativos a aplicar un grado especial de diligencia y cuidado al momento de decidir, más tratándose de niños de corta edad, cuyo desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión adversa a sus intereses y derechos.

Lo anterior, perfectamente armoniza con los principios de protección integral, interés superior y prevalencia de derechos consagrados en los artículos 7, 8 y 9 de la ley 1098 de 2006, de Infancia y Adolescencia, que señalan:

“ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

3. La pensión de alimento o cuota alimentaria en personas adultos mayores

Encontramos también en el artículo 46 de nuestra carta, lo concerniente a la protección que debe ofrecer el Estado a las personas de la tercera edad y en la ley 1276 de 2009, lo relativo a las pensiones de alimentos o cuotas alimentarias en personas adultos mayores.

En la sentencia T-184 de 1999, nuestro máximo tribunal Constitucional señaló⁹:

“El reconocimiento y concreción de las obligaciones alimentarias y su realización material, se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, en la medida en que el cumplimiento de aquéllas sea necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.).”

⁹Sentencia T-184/14 Referencia: expediente T-412279. Acción de tutela instaurada por Sandra Roca Bernal y Manuel Ricardo Pinzón Montejo, como agentes oficiosos de su hija Daniela Pinzón Roca, contra Colpatria Medicina Prepagada. Procedencia: Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

La Corte Constitucional en sentencia T-203 de 2013, también manifestó que “La doctrina jurídica ha denominado como pensión o cuota alimentaria a la prestación económica que debe una persona a otra, con el fin de que satisfaga sus necesidades básicas. Tal obligación de manutención y asistencia puede ser impuesta por la ley, por una convención o por un testamento. Para su exigibilidad deben configurarse tres requisitos esenciales: (i) la necesidad del alimentario, (ii) la capacidad económica de alimentante y (iii) un título que sirva de fuente a la relación”.

En este orden de ideas, para el estudio de esta figura es preciso remitirse a la normatividad relacionada con el derecho de alimentos, cuya reglamentación se encuentra en los artículos 411 a 427 del Título XXI, del Libro I del Código Civil, haciendo referencia a los siguientes aspectos: quiénes son sus titulares, sus características, su preferencia, sus clases, su alcance y su duración. Así mismo, en los artículos 435 a 440 Código de Procedimiento Civil, con algunas concordancias dispuestas en apartes no derogados del Código del Menor, como en varias disposiciones de la Ley 75 de 1968 y del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ahora bien, la noción del derecho de alimentos implica la facultad que tiene una persona de exigir la asistencia necesaria para su subsistencia a quien esté legalmente en la obligación de suministrarla, cuando no se encuentre en las condiciones para procurársela por sí mismo. Por lo general, este derecho se deriva directamente de la ley, y en algunos casos, tiene su origen en un acto jurídico.

Cuando proviene de la ley, la obligación alimentaria recae sobre la persona que debe sacrificar parte de su patrimonio con el fin de garantizar la supervivencia del alimentario. Esta prestación se impone por ley a los padres, a los hijos, y al cónyuge en ciertos casos.

La Jurisprudencia Constitucional ha dicho que “la pensión alimentaria es un derecho subjetivo personalísimo para el acreedor, haciendo parte de la categoría de los de crédito o personales, en el entendido de que sitúa frente a frente un sujeto activo y un sujeto pasivo, en torno a una obligación.”

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que esta cuota de manutención y asistencia para la exigibilidad deben configurarse unos requisitos esenciales, a saber: (i) que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, requiera los alimentos que demanda; (ii) que la persona a quien se le piden alimentos tenga los recursos económicos para proporcionarlos y (iii) que exista un vínculo de parentesco o un supuesto que origine la obligación entre quien tiene la necesidad y quien tiene los recursos, tal como lo señaló en la sentencia C-237 de 1997.

Visto lo anterior, se concluye que la pensión alimentaria es un derecho subjetivo exigible, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (i) que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, requiera los alimentos que demanda; (ii) que la persona a quien se le piden alimentos tenga los recursos económicos para proporcionarlos y (iii) que exista un vínculo de parentesco o un supuesto que origine la obligación entre quien tiene la necesidad y quien tiene los recursos.

De esa forma, con fundamento en los principios de proporcionalidad y solidaridad el derecho de alimentos consulta tanto la capacidad económica del alimentante como la necesidad concreta del alimentario, y se impone principalmente a los miembros de la familia.

Teniendo en cuenta lo visto, las obligaciones alimentarias se predicán no solo de padres a favor de hijos menores o mayores impedidos para trabajar por motivos de estudio o que sean incapaces física o mentalmente, sino también de los hijos con capacidad económica a favor de sus padres que no se encuentren en condiciones para sostenerse económicamente por sus propios medios, sobre todo cuando éstos son adultos mayores y sus expectativas de trabajo son casi nulas.

Cuando se trata de los adultos mayores y esta obligación no se cumple, la ley los faculta para exigir de sus descendientes -en primer orden a sus hijos-, el suministro periódico de una cuota alimentaria para su sostenimiento básico que satisfaga su mínimo vital, para lo cual, pueden acudir a los estrados judiciales siempre que hayan acudido anteriormente a un centro de conciliación, o a una entidad del Estado para cumplir con éste requisito y obtener la satisfacción de sus peticiones.

Serán las partes -el padre y sus hijos- quienes pactarán un acuerdo conciliatorio a cerca de la cuota alimentaria a favor del necesitado. En este acto conciliatorio, se valorará la necesidad del beneficiario por un lado, y la capacidad de cumplimiento del obligado por el otro, documento que prestará mérito ejecutivo en caso de incumplimiento. Igual efecto tendrá la conciliación fracasada.

4. La conciliación extrajudicial como medio eficaz para lograr la cuota alimentaria

En efecto, el artículo 31 de la Ley 640 de 2001 contempla la figura de la conciliación extrajudicial para llegar a acuerdos sobre temas de familia en general, dentro de los cuales se ubican las obligaciones alimentarias¹⁰. El citado precepto, dice:

“ARTICULO 31. Conciliación extrajudicial en materia de familia. La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor hoy Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991.”

También el artículo 35 *ibídem*, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 **precisa:**

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

(...)

Sobre su forma y contenido hablaremos más adelante.

La Corte Constitucional en la sentencia T-1139 de 2005 analizó el caso de una mujer que le solicitó al Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- autorizar el descuento por nómina de pensionados del 30% de ingreso total de su esposo,

¹⁰LEY 640 DE 2001(Enero 5)"Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones". el Congreso de la República de Colombia.

destinada al pago de una cuota de alimentos acordada mediante conciliación extrajudicial a su favor. La demandada sostuvo que no se podía atender la petición, pues sólo podían realizarse descuentos ordenados por autoridad judicial. En esa ocasión, la Corte estimó que la demandada desconoció la eficacia de la figura de la conciliación contemplada en la Ley 640 de 2001, para llegar a acuerdos sobre temas de familia, dentro de los cuales se ubican las obligaciones alimentarias pasando por encima del derecho sustancial y poniendo como prioridad un procedimiento interno de la entidad, vulnerando y pasando por encima de las normas que regulan la materia y la propia Constitución.

Así las cosas, como se indicó, la conciliación extrajudicial en asuntos de familia, en principio resultaría eficaz para pactar cuotas relacionadas con los alimentos del desprovisto, atendiendo los intereses y necesidades de las partes involucradas, cuyos acuerdos serán exigibles ante las autoridades judiciales, de no ser porque en ocasiones la conciliación per-se, no arroja los resultados esperados, ya que el obligado no concurre a la audiencia, asiste pero no concilia o concilia, pero incumple lo pactado, debiendo el interesado acudir a la justicia ordinaria para que mediante una batalla jurídica se le reconozcan sus derechos, que en muchos casos no se efectivizan porque se quedan en letra muerta.

En reiteradas ocasiones, la Corte se ha pronunciado sobre casos en los que adultos mayores no tienen una pensión o algún ingreso económico ni la posibilidad de costearlo por sí solos, señalando que “resulta importante la obligatoriedad” que deben tener los descendientes o compañeros sentimentales para que asuman el costo de las necesidades básicas de ellos. En ese sentido, la sentencia T-169 de 1998, hizo especial énfasis en el cuidado que se le debe prestar a la población de la tercera edad, para lo cual señaló:

El nuevo Estado Social de Derecho ha procurado, entre otras cosas, prestar una especial protección a aquellos individuos que se encuentren en situaciones de desventaja, dadas sus condiciones físicas y mentales frente a los demás (...) Al adulto mayor no sólo se le debe un inmenso respeto, sino que se debe evitar su degradación y aniquilamiento como ser humano, toda vez que no se le da la oportunidad de seguir laborando y muchos de ellos no cumplen con los requisitos para obtener una pensión imposibilitándolos a llegar una vida digna”.

En idéntico sentido en la sentencia **T-685/14** dentro de la acción promovida por la señora Margarita Rojas de Moreno, quien reclamó respecto de sus hijas, una cuota de

alimentos que las accionadas se comprometieron a entregarle cada mes mediante un acta de conciliación debidamente constituida y que incumplieron, al parecer, sin justificación alguna, faltando a sus obligaciones legales y morales y comprometiendo seriamente sus derechos fundamentales dadas las condiciones precarias en que se encontraba su madre, el alto tribunal señaló¹¹:

“En efecto, la subsistencia de una persona adulto mayor está comprometida en razón a un estado de indefensión, cuya capacidad laboral se encuentra agotada y cuyo único medio de supervivencia está representado en una pensión o ingresos propios y, la imposibilidad de disponer de tales dineros para asumir sus necesidades básicas, afecta de manera inmediata su calidad de vida y su mínimo vital, y la coloca en una condición de especial vulnerabilidad, requiriendo una protección inmediata de sus derechos, lo cual no le permite aguardar una decisión fruto de un proceso ordinario”.

Y es que incluso, es tal la obligatoriedad de que los padres respondan por sus hijos y en sentido contrario también sean responsables los hijos de la alimentación de sus progenitores, en especial el caso de los adultos mayores, cuando ellos ya no tienen posibilidad de costear sus necesidades básicas, que el artículo 233 del Código Penal contempla sanciones por su incumplimiento. El citado artículo establece:

“Artículo 233. El que se sustraiga sin justa causa a **la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes**, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado la especial protección que el Estado debe proporcionar a las personas de la tercera edad en virtud del principio de solidaridad.

A tono con lo anterior, la ley 1276 de 2009 donde se establecen los nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros de vida, nos define al adulto mayor en el artículo séptimo inciso B " como aquella persona que cuenta con sesenta (60)

¹¹Sentencia T-685/14 Acción de tutela presentada por la señora Margarita Rojas de Moreno, contra sus hijas las señoras Blanca Aurora Moreno Rojas y Leonor Moreno Rojas. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen" por lo cual se ofrecen mayores garantías y beneficios, para proteger su formación y desarrollo. Así, en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños y personas de la tercera edad con las demás personas, deberá dárseles prelación a aquéllos.

Amén de lo anterior, el derecho a recibir alimentos y la protección reforzada que en la materia de estudio se predica, se ha constituido en un planteamiento meramente retórico, pues no es real ni efectiva esa especial protección que establecen las normas a quienes por su condición, por razón de la edad se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad. Como vimos, la ley establece unos procedimientos para el cobro de obligaciones alimentarias, como la conciliación previa, que es requisito de procesabilidad para luego acudir a la jurisdicción ordinaria en asuntos de familia, pero ello en la práctica implica un doble tránsito en procura de lograr la efectivización de ésta garantía, que se hace más traumática, cuando en tratándose de NNA, estos aún no han sido reconocidos por su presunto padre, situación que impone que la madre deba iniciar primeramente un proceso de filiación natural o de paternidad.

Peor es aun cuando la madre se encuentra en estado de gravidez, no cuenta con el apoyo de su pareja o excompañero y pretende reclamar de él alimentos.

Idéntica es la situación de los adultos mayores, cuando en ésta decadente etapa de sus vidas no reciben ningún tipo de ayuda de sus hijos o ex cónyuge, lo cual empeora su situación y condiciones de vida, llevándolos a verse postrados en un estado de mendicidad como el que se plantea en la sentencia T-685/14, en el que la accionante, una mujer de 70 años, enferma e impedida para trabajar, aun con cuatro hijas que tenían capacidad económica, vivía arrimada donde una recicladora y sin opción de recibir una pensión alimenticia.

Este desconsolado panorama nos generó la inquietante necesidad de plantear alternativas para que mediante un proceso de estructura monitoria se puedan materializar los principios de protección integral, de interés superior y de prevalencia de derechos que aseguren la subsistencia y dignidad de NNA y adultos mayores, ya que como se encuentra trazado el procedimiento, este además de tedioso es ineficaz, veamos porqué:

5. Reglas de procedimiento para el proceso de alimentos

El código de procedimiento civil en el artículo 435 ordinal 3 del parágrafo 1, señala el proceso de fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos, así como la

restitución de pensiones alimentarias, enmarcado dentro del proceso verbal sumario, desarrollado de manera específica por el artículo 448 del C.P.C.

Debe entenderse este proceso independiente del proceso de alimentos que consagra el Código de la infancia y la adolescencia, al cual nos referiremos posteriormente.

En consecuencia en nuestra legislación se estatuyen dos tipos de procesos en materia alimentaria a saber:

1.- El del Código de Procedimiento Civil, encausado para mayores de edad, dentro de las obligaciones de suministro de alimentos tipificadas por el Código Civil. Así por ejemplo se tramita por el procedimiento en comento los alimentos entre cónyuges, hermanos, descendientes, ascendientes, adoptivos, adoptantes que sean mayores de edad.

2.- El del Código de la Infancia y la adolescencia, respecto de alimentos solicitados por el padre o la madre del menor o por el defensor de familia. Este proceso lo regula el citado Código Ley 1098 de 2006 en el art. 129

En ambos debe surtirse la conciliación previa como plataforma jurisdiccional.

5.1 Conciliación en materia de alimentos

En líneas precedentes nos referimos a la conciliación reglamentada en el artículo 31 de la ley 640 de 2001, como requisito de procedibilidad para reclamar alimentos y acudir a la justicia ordinaria.

A la par, conforme con el artículo 111 del Código de la Infancia y la Adolescencia, frente a una pretensión de alimentos donde se encuentre involucrado un menor de edad, corresponde al defensor, procurador, inspector o comisario de familia convocar a audiencia de conciliación, para lo cual ordenará la citación del obligado (siempre que conozca la dirección de notificación).

Ahora bien, si se logra la conciliación, el funcionario levantará la respectiva acta, que indicará:

- a) El monto de la cuota alimentaria, así como la fórmula para su reajuste periódico.
- b) El lugar y la forma de su cumplimiento

- c) La persona a quien debe hacerse el pago
- d) Los descuentos salariales, si a ello hubiere lugar.

Si la conciliación fracasa, también se indicará en el acta. En este evento, así como también, cuando el citado no comparece a la audiencia ni se excusa en forma válida, con ello queda agotado el requisito.

5.2 Fijación provisional de cuota alimentaria

Según la norma citada anteriormente, la cuota provisional de alimentos será fijada únicamente por el defensor o el comisario de familia, lo cual es procedente en dos eventos:

- a) Cuando el obligado no concurrió a la audiencia de conciliación a pesar de haber sido debidamente notificado.
- b) Cuando en la audiencia no se llegó a ningún acuerdo conciliatorio.

5.3 Intervención judicial en causas alimentarias

Los jueces de familia intervienen en esta materia en los siguientes eventos:

- a) Por demanda de parte.
- b) Cuando se desconoce la dirección del obligado y resulta imposible su convocatoria a la audiencia de conciliación. En este caso, el defensor o el comisario de familia elaborarán el informe correspondiente, que hará las veces de una demanda, y lo enviará al juez competente para que inicie el respectivo proceso.
- c) Cuando no hubo ánimo conciliatorio, es decir, las partes asistieron a la audiencia de conciliación pero no se logró acuerdo alguno.

Frente a esta situación el funcionario de familia fijará la cuota provisional de alimentos mientras el juez competente determina la definitiva, advirtiendo que el informe elaborado por dicho funcionario solo se remite al juez si alguna de las partes lo solicita dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

5.4 Inasistencia alimentaria en el hijo no reconocido

Cuando el hijo no ha sido reconocido, la parte interesada debe acudir primero al Centro Zonal del ICBF del domicilio de su hijo(a) y solicitar al Defensor de Familia se cite al presunto padre o madre, según sea el caso, para tratar de manera voluntaria que se reconozca al niño(a). Si lo hace, se levanta un acta y se envía copia a la Registraduría Nacional del Estado Civil para dejar sentado el reconocimiento. Una vez reconocido, el Defensor de Familia podrá fijar alimentos, custodia y visitas. Frente a lo cual debe permitirse la ejecución de la resolución que emite el Defensor de Familia, para adoptar una medida cautelar que garantice el cumplimiento de la obligación.

Si el padre o la madre no asiste o no reconoce al niño(a), el Defensor de Familia dará inicio al proceso de investigación de paternidad o maternidad ante el Juez de Familia y solicitará como una de las pruebas principales la de ADN.

Para realizar este trámite debe presentar registro civil de nacimiento del hijo(a), copia de su documento de identidad y si hay personas que puedan rendir testimonio respecto de los hechos fundamento de la demanda, indicar sus nombres, documentos de identidad y datos de contacto de por lo menos dos de ellas; igualmente es posible presentar cartas, correos electrónicos, entre otros, del presunto padre o madre a fin de establecer la existencia de la relación.

5.5 Demanda de alimentos

5.5.1 Contenido:

La demanda deberá expresar el nombre de las partes, el lugar donde se les debe notificar, el valor de los alimentos, los hechos que le sirven de fundamento y las pruebas que se desean hacer valer.

La demanda podrá presentarse por escrito o verbalmente ante el secretario del juzgado. En el último caso se extenderá un acta que firmarán éste y el demandante.

Si faltare algún documento que el demandante no esté en posibilidad de anexar a la demanda, el juez, a solicitud de parte o de oficio, ordenará a la autoridad correspondiente que gratuitamente se expida y se remita al proceso.

5.5.2 Admisión - Inadmisión de la demanda:

El juez admitirá la demanda mediante auto que se notificará al demandado como dispone los artículos 314 y 315 C.P.C., con la entrega de copia de la demanda o del

acta respectiva, según fuere el caso, con el objeto de que el demandado la conteste dentro de los 4 días siguientes a la notificación.

Si faltare algún requisito de la demanda, el juez ordenará mediante de auto de cúmplase que se subsane por escrito.

Al tenor del artículo 129 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el auto que corre traslado de la demanda o del informe del defensor de familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica de alimentante, el juez podrá establecerlo teniendo en cuenta su patrimonio, posición social y en general todas las circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presume que devenga el salario mínimo legal.

5.5.3. Contestación de la demanda y excepciones

La contestación de la demanda podrá hacerse por escrito o verbalmente. En el último caso se extenderá un acta que firmará el demandado y el secretario.

Con la contestación de la demanda deberán aportarse los documentos que se encuentren en poder del demandado y pedirse en ella las demás pruebas que se pretenda hacer valer.

Si se propusieren excepciones de mérito, se dará traslado de estas al demandante por tres (3) días con el objeto de que se pronuncie al respecto y pida las pruebas que estime convenientes en relación con estas.

En este proceso no se podrán proponerse excepciones previas y los hechos que la configuran deberán alegarse haciendo uso del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.

5.5.4. Audiencia, trámite, alegatos y sentencias

Vencido el término de traslado de la demanda y el de las excepciones de mérito, si se hubieren propuesto, el juez señalará fecha para la audiencia, por auto que no tendrá recurso, y prevendrá a las partes para que en ella presenten los documentos y testigos. La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del auto. En la misma audiencia el juez interrogará a las partes en caso de no haber conciliación.

En la audiencia el juez decretará y practicará las pruebas pedidas por las partes o las que de oficio considere necesarias. Si no fuere posible practicarlas en su totalidad en dicha audiencia, señalará el término para ello, que no podrá exceder de diez (10) días. Las partes podrán presentar los documentos que no se hubieren anexado a la demanda o a su contestación, así como los testigos cuya declaración se hubiere solicitado, que no exceda de dos (2) meses sobre los mismos hechos.

1.- Surtida la instrucción, el juez oírà hasta por veinte (20) minutos a cada parte y proferirá la sentencia en la misma audiencia si ello fuere posible o en otra que convocará para dentro de los seis (6) días siguientes, en la que emitirá el fallo aunque no se encuentren presentes ni las partes, ni sus apoderados.

2.- En el acta o sentencia se dejará constancia únicamente de quienes intervinieron en la audiencia, de los documentos que se hayan presentado y se incorporará en la parte resolutive de la sentencia. Esta acta prestará mérito ejecutivo.

5.5.5. Medidas tendientes a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria

a) Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el 50% de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas.

b) Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, en cabeza del demandado, el juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el 50% de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.

El embargo se levantará si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes.

Cuando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad o quien haga sus veces, ordenando

impedirle la salida del país hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria y será reportado a las centrales de riesgo.

La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del primero de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios del consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico.

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del menor, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en el ejercicio de otros derechos sobre el menor.

Cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación termina cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción.

5.5.6. Modificación De La Cuota Alimentaria

Cuando haya variado la capacidad económica del alimentante o las necesidades del alimentario, las partes de común acuerdo podrán modificar la cuota alimentaria o cualquiera de ellas podrá pedirle al juez su modificación. En este último caso el interesado deberá aportar con la demanda por lo menos una copia informal de la providencia, del acta de conciliación o del acuerdo privado en que haya sido señalada.

De acuerdo con lo anterior, es necesario que frente a un procedimiento tan extenso como viene de verse, tengamos un mecanismo ágil para la materialización y reconocimiento de este derecho, dicho mecanismo debe cumplir con las exigencias que demanda el contexto social, es verdad que nuestros legisladores se han preocupado por proteger este derecho pero no es suficiente, estamos en una sociedad cambiante que evoluciona, así también deben ser nuestras instituciones, pues el derecho se debe adecuar a nuestra realidad práctica.

Son muchas las razones que obstaculizan el proceso de alimentos. En primer lugar las diversas etapas que comprende (Administrativa previa y judicial) ante funcionarios distintos. Por otro lado quienes en sede jurisdiccional tienen atribuida dicha función son insuficientes para cumplirla de manera efectiva, el factor de la notificación al demandado por ejemplo es una clara muestra de cómo se dificulta, al punto de que en los juzgados se ha creado una figura llamada archivo administrativo, que básicamente consiste en guardar las demandas de alimentos después de 1 año sin actuaciones, hasta

el momento en que el despacho o el demandante ubique y pueda notificar personalmente al demandado.

Ahora bien, aunque con la entrada en vigencia del código general del proceso, se establece la oralidad, lo cual que haría mucho más rápido estos asuntos, por tratarse de una figura que se incorporará de manera progresiva que se estima aplicable para el 2017 la parte orgánica no da abasto. Piden a gritos no más procesos, y solicitan que se cambien las condiciones de trabajo y que propicien la celeridad que la ley establece, pues no puede funcionar con el mismo número de empleados un juzgado que tramita mil procesos que uno que trámite seiscientos.

De esta manera entonces iniciaremos por conocer lo que es el proceso monitorio y su aplicación como también las diversas actuaciones de estructura monitoria como instrumento de tutela efectiva y protección reforzada con las que se pueda hacer práctica una reclamación alimentaria que garantice la dignidad de quienes son destinatarios de aquella, en especial los niños, niñas, adolescentes y los adultos mayores.

6. Contextualización del proceso monitorio

6.1. Concepto y naturaleza jurídica

Antes de sumergirnos en el tema de interés es preciso realizar un estudio del origen etimológico de la palabra “monitorio”¹². Esta expresión procede de la raíz latina “monitorius” que significa advertencia, amonestar o avisar. El diccionario de la real academia española¹³ la define de manera diáfana como adjetivo “Que sirve para avisar o amonestar”.

El proceso monitorio, introducido al ordenamiento jurídico por el Código General del Proceso, en sus artículos 419 y siguientes de la Ley 1564 de 2012, puede definirse como un trámite de única instancia a través del cual puede perseguirse el pago de una obligación dineraria surgida de un contrato, la cual debe ser clara y con un valor determinado, exigible y de mínima cuantía.

El proceso monitorio se caracteriza porque: 1) solamente se puede iniciar y seguir contra el deudor notificado personalmente, sin que este pueda ser representado por un curador ad litem, circunstancia que constituye la mayor garantía de un debido

¹²En el derecho Europeo se ha utilizado el término monitorio o inyunción que proviene del verbo latino “iniungere”, que significa mandar, prevenir, imponer. Introducción al Proceso Monitorio Colombiano: Constitucionalismo y Oralidad del Derecho Civil, José Alejandro Gómez Orozco, Librería Jurídica Sanchez r. Ltda. Pág. 69.

¹³Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, año 2011.

proceso; 2) solo procede para el pago de sumas de dinero de naturaleza contractual, determinadas y exigibles, que sean de mínima cuantía, y 3) surtida la notificación personal, si hay oposición del deudor, el proceso debe seguirse por el procedimiento verbal sumario. Es decir, como lo ha dejado sentado la Corte Constitucional, la inversión del contradictorio, como característica del procedimiento, no quebranta el debido proceso, porque la obligatoria notificación personal asegura el derecho de defensa del deudor.

6.2. Origen y desarrollo histórico del proceso monitorio

Según innumerables tratadistas, el proceso monitorio surge en el siglo XIII, en Italia como el procedimiento denominado el “preceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa”, fruto del desarrollo y expansión constante que se vivía en las ciudades de la época generándose un permanente flujo comercial que se reportaba por las diversas actividades económicas desarrolladas, entre éstas se hace necesario destacar la actividad marítima. Con la finalidad de crear un título de manera rápida y eficaz surge a la vida jurídica dicho procedimiento. Este requerimiento de pago fue desapareciendo por influencia francesa, sin embargo reaparece a partir del año 1992, contando con un proceso monitorio de tipo documental, el cual fue regulado en los artículos 633 a 655 del código di procedura civile.

Así como se observa, el proceso monitorio es de vieja data y en la actualidad es un procedimiento del cual se puede afirmar su constante expansión en los diversos ordenamientos jurídicos, tanto en países europeos como en países de latino américa¹⁴.

Sin perjuicio de lo apuntado, entendemos como semillero que la definición dada por el maestro florentino Piero Calamandrei es la más ajustada a la figura, enseñada así en su obra “**El Procedimiento Monitorio**”, traducida entre otros por el Dr. Sentís Melendo, el cual se erige quizás como el más completo y exhaustivo estudio elaborado doctrinariamente sobre la materia al día de la fecha, y quien define al proceso o procedimiento monitorio como aquel en el cual el acreedor *“mediante petición acude al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual este puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición, con la consecuencia de que, a falta de tal oposición, formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del tiempo, eficacia de título ejecutivo”*

¹⁴Introducción al Proceso Monitorio Colombiano: Constitucionalismo y Oralidad del Derecho Civil, José Alejandro Gómez Orozco, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 57 año 2014.

Haciendo una traslación a la realidad jurídica de nuestro país, el proceso monitorio se encuentra establecido en la Ley 1564 de 2012, el cual hace referencia a un Proceso Declarativo Especial, en donde sólo hace mención a tres artículos que lo regulan como lo es su procedencia, contenido de la demanda y su trámite¹⁵; y que es una figura jurídica que busca, mediante un procedimiento simple, breve y muy ágil, configurar un título ejecutivo frente a un deudor y a favor de un acreedor que no lo tiene, a fin de que pueda ver realizado justo derecho de que se le pague lo adeudado.

No obstante su finalidad, cual es lograr el pago de una obligación dineraria o preconstituir el título para su exigibilidad, en el segundo caso hacía parte de nuestro anterior estatuto procesal, mediante la figura de la prueba anticipada, con la cual se buscaba declarar confeso al obligado y con el instrumento procesal que arrojaba la actuación, iniciar el correspondiente proceso ejecutivo.

6.3. Derecho comparado

El proceso monitorio¹⁶ tiene su antecedente más remoto en el “mandatum de solvendo” del derecho medieval italiano, creado ante la necesidad de establecer procedimientos que agilizaran el tráfico mercantil en las ciudades mercantiles. Esta institución prontamente se convirtió en una alternativa efectiva frente al juicio ordinario para constituir un título ejecutivo en casos en los que el acreedor no disponía de los medios de prueba, con la finalidad de evitar las demoras del juicio plenario.

De allí se trasladó al derecho germánico, donde sería desarrollado durante varios siglos y de donde fue tomado para múltiples ordenamientos jurídicos, en los que ha adquirido una utilidad social significativa, al convertirse en el principal procedimiento a través del cual, de manera simplificada y accesible, los ciudadanos resuelven las controversias que se originan en los negocios y transacciones civiles y comerciales informalmente celebradas¹⁷.

En Alemania se desarrolló desde mediados del siglo XIX, pero en su configuración actual se denomina “Mahnverfahren” y está previsto en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de un procedimiento puro en el que la orden de pago

¹⁵ Introducción al Proceso Monitorio Colombiano: Constitucionalismo y Oralidad del Derecho Civil, José Alejandro Gómez Orozco, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 69. Año 2014.

¹⁶Chiovenda Giuseppe. “Las Formas en la Defensa Judicial del Derecho”. En Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ediciones E. He. A, Vol. 1, Buenos Aires, Argentina, 1949.

¹⁷Mauro, Capelletti - Giustiziae, Societá, 1972. Citado por Parra Quijano, Jairo El Procedimiento Monitorio en América Latina. Editorial Temis, 2013.

emitida por el juez se otorga ante la sola afirmación del demandante sobre la existencia de la obligación.

En Italia desde el año 1922 se estableció en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil la “Ingiunzione”. Se trata de un proceso monitorio documental en el que el deudor cuenta con un plazo de cuarenta días contados a partir de la notificación personal de la orden de requerimiento para oponerse. Si no se presenta oposición, el requerimiento de pago será definitivo y el deudor podrá ser ejecutado.

En España fue incorporado en el año 1999 a partir de la expedición del artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece un proceso monitorio de tipo documental, a través del cual es posible reclamar pretensiones dinerarias de cualquier cuantía, mediante un procedimiento abreviado que le confiere al deudor un plazo de veinte días para que pague o se oponga al requerimiento.

A nivel continental, el Reglamento 1896/2006 de la Unión Europea establece un proceso monitorio puro que constituye un tipo de reclamación sumaria aplicable a las obligaciones transfronterizas que se generan en un país, pero que se cobran en otro.

En América Latina, también ha adquirido relevancia en varios ordenamientos que lo prevén de distinta manera.

El ordenamiento uruguayo desde 1989 establece un procedimiento monitorio en el artículo 354 del Código General del Proceso, que más que un proceso constituye una especie de medida cautelar (embargo y orden de ejecución inmediata) que se adelanta a petición del acreedor, sin darle noticia al deudor.

Por su parte, en Venezuela desde 1990 se implementó el proceso por intimación como categoría especial del proceso ejecutivo, en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil:

“Artículo 640. Cuando la pretensión del demandante persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, el Juez, a solicitud del demandante, decretará la intimación del deudor, para que pague o entregue la cosa dentro de diez días apercibiéndole de ejecución¹⁸.”

¹⁸ Sentencia C-726/14 “<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-726-14.htm>”

Hacemos referencia del proceso monitorio en otras legislaciones con el fin de demostrar su dinamización en diferentes ramas del derecho, adaptándose a la necesidad de cada país, para preguntarnos ¿porque no utilizarlo para el cobro de alimentos? si sabemos que el proceso monitorio tiene como característica la celeridad de las actuaciones.

En la etapa de intervenciones, para la emisión de la sentencia C 726-2014, del 24 de Septiembre de 2014, Expediente D-10115, M.P Dra. Maria Victoria Sáchica, el doctor Ulises Canosa Suárez en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, sostiene que el proceso monitorio está instituido para desarrollar un pilar fundamental de la Constitución, como lo es el acceso eficiente a la administración de justicia, y desde el semillero nos identificamos con esa premisa.

En ella la Corte Constitucional, se ocupó de examinar si la regulación del proceso monitorio contenida en los artículos 419 y 421 del Código General del Proceso es contraria a los derechos a la igualdad y el debido proceso fijados en los artículos 13 y 29 Constitucional, en cuanto supuestamente carece de una estructura bilateral y el juez adopta una decisión de fondo, que además no es susceptible de recursos, sin haber escuchado a la parte demandada. Para resolver sobre estos cuestionamientos, la Sala consideró, entre otros aspectos relevantes, el propósito y sentido del proceso monitorio, la forma como en tales casos se integra el contradictorio y sus implicaciones, y la libertad de configuración del legislador en materias procesales. En razón a la íntima relación existente entre estos dos cargos, la Corte los examinó de manera conjunta, aplicando para ello un test integrado de proporcionalidad y razonabilidad, que en este caso fue de leve intensidad, teniendo en cuenta que en relación con las materias procesales el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa. A partir de este análisis, la Sala encontró, de una parte, que la regulación acusada persigue una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de facilitar el acceso a la justicia, particularmente en relación con controversias de mínima cuantía, y de otra, que pese a que en este caso se haya invertido la secuencia que usualmente tienen los procesos judiciales, existen en la normatividad acusada suficientes garantías del derecho de defensa del demandado, entre ellas la imposibilidad de notificarle a través de curador ad litem, o la regla según la cual, en caso de oposición fundada por parte del demandado, el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual aquél podría ejercer plenamente su derecho de defensa. Por ello concluyó que la aplicación de estas normas no rompe la igualdad entre las partes procesales, ni tampoco lesiona el debido proceso, como en este caso se alegó, razón por la cual estas normas resultan exequibles.

Es verdad que el proceso monitorio busca el acceso eficiente a la administración de justicia, una administración de justicia que ha sido objeto de fuertes críticas por lo

congestionada que está, produciendo lentitud para solucionar los conflictos que a esta se allegan, pues se entendió, que necesitábamos procesos que no tuvieran etapas innecesarias, fiel reflejo de esto pensamos que un proceso con estructura monitoria podría implementarse para reclamaciones alimentarias. Por ello, insistimos en que se hace necesario entonces dinamizar algunas figuras jurídicas y entregar a determinadas autoridades, atribuciones especiales para que el derecho a recibir alimentos además de que se reclame en un solo escenario, no se torne nugatorio, si no que sea una prerrogativa que goce de amplia y absoluta garantía estatal.

Y si ello es así, y el procedimiento con esa estructura es aplicable para el cobro de sumas dinerarias, en el que se invierte la secuencia que comúnmente tienen los procesos judiciales, existen suficientes garantías del derecho de defensa del demandado, y en caso de oposición fundada el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual podría ejercer plenamente su derecho de defensa, lo cual no rompe la igualdad entre las partes procesales, ni tampoco lesiona el debido proceso, con mayor veras para la protección integral de NNA y adultos mayores, un proceso de ésta naturaleza o estructura, puede ser perfectamente aplicable para perseguir la satisfacción de una obligación alimentaria.

Para explicar lo precedente citamos a Niklas Luhmann en su “teoría social” desarrollando la teoría de los equivalentes funcionales, quien considera que cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función y por lo tanto pueden sustituirse entre sí son funcionalmente equivalentes.

La “teoría de los equivalentes funcionales”, que nace desde la sociología, ha sido ampliamente aplicada en el derecho, por ejemplo, en el campo comercial a la desmaterialización de los títulos-valores, el comercio electrónico y prevista con amplísimos efectos substanciales y probatorios en la legislación colombiana por la ley 527 de 1999. De la misma manera en el campo penal en cuanto se refiere a la sustitución de las penas por equivalentes funcionales que cumplen con el mismo papel de éstas, veamos:

En primer lugar se sabe que para pretender obtener alimentos, es necesario agotar ante diversas autoridades en materia de familia, la conciliación como requisito de procesabilidad, luego de lo cual se deberá acudir ante los jueces según el emplazado no asista a la audiencia, no se concilie o se incumpla lo pactado. Este evento supone la necesaria intervención de la judicatura, con la posibilidad de fijar alimentos provisionales.

Y siendo la congestión judicial una problemática a corto plazo irresoluble, porque no entonces dotar a los defensores de familia, inspectores, Procuradores y comisarios de las mismas facultades que el juez de familia?

Si el hijo no ha sido reconocido, debe adelantarse el proceso de reconocimiento, judicial o administrativo. Si el niño no ha nacido, existe duda sobre la paternidad y el presunto padre alega incertidumbre acerca de su obligación, como quiera que mientras se define el asunto, la mujer grávida requiere alimentos debe procurársele de las condiciones mínimas para su subsistencia y la del nacisturus, desde luego a cargo del presunto padre.

En ninguna de las anteriores hipótesis El Proceso Monitorio resultaría el medio idóneo para el reclamo de obligaciones alimentarias por cuanto como viene de verse, su uso para el cobro de alimentos resulta incompatible con los requisitos de procedibilidad que se requieren para ejercitar esta acción sumaria, por estar definido como un trámite de única instancia, establecido para perseguir con él, el pago de una obligación dineraria surgida de un contrato, la cual debe ser clara y con un valor determinado, exigible y de mínima cuantía, toda vez que la obligación alimentaria cuyo cumplimiento se exige, es de naturaleza legal. Por ello entonces no podría utilizarse el proceso monitorio para este tipo de asuntos; entonces para el logro del objeto que perseguimos cual es la garantía, prontitud y agilidad del derecho a recibir alimentos, debemos hablar necesariamente de un trámite de estructura monitoria, como alternativa real para el disfrute y goce de ésta prerrogativa y solución material para descongestionar la administración de justicia, por cuanto se trata de una herramienta eficiente, que brinda apremio en la solución de algunos conflictos que por él se pueden adelantar.

7. ¿Cómo se aplicaría el procedimiento con estructura monitorio en estos casos?

En el proceso monitorio, el juez, frente a la demanda del actor, dicta en primer lugar y sin previa contradicción la sentencia monitoria ordenando al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Y luego, en una etapa ulterior, concede al demandado la oportunidad para que formule su oposición, fijándole un plazo a tales efectos. Es decir, se desplaza la iniciativa del contradictorio al demandado, en cuanto debe este último formular la oposición para enervar los efectos de la sentencia monitoria favorable al accionante. La oposición del demandado presenta distintos requisitos y también son distintos los efectos, según se trate del proceso monitorio puro o del proceso monitorio documental. **El proceso de estructura monitoria, entonces**, es aquél en el cual el tribunal, con la sola presentación de la demanda, dicta resolución favorable al actor mediante la cual ordena al demandado el cumplimiento de una prestación. Pero se condiciona la ejecutividad de dicha determinación a la

actitud que adopte el demandado; y si el mismo no formula oposición alguna, queda habilitada la vía de la ejecución forzada.

Si bien el actor tiene la iniciativa de la demanda, al demandado se le traslada la iniciativa del contradictorio, quien puede formular oposición, o no hacerlo, supuesto este último en que la decisión del funcionario producirá todos sus efectos contra el mismo. Es decir, al dictarse en un primer momento la providencia favorable al actor (que ordena al demandado el cumplimiento de una prestación), y al permitirle a este último en una etapa subsiguiente oponerse a la sentencia, en la estructura del proceso monitorio no sólo se pospone el contradictorio para una etapa posterior al pronunciamiento, sino que también se desplaza la iniciativa de la controversia, del actor al demandado. Y el título que sirve de base a la ejecución se alcanza, cuando el demandado no formula oposición a esa decisión en el plazo que se le ha dado para hacerlo (también, lógicamente, cuando se rechaza su oposición, en aquellos ordenamientos que legislan un proceso monitorio en que se admite la controversia, supuesto en que la sustanciación de la misma pasa a ser un proceso de conocimiento - incompleto o completo, según se lo estructure de una u otra forma-).

Descendiendo al caso concreto, dado el acaecimiento en que se presente un reclamo de alimentos, como el trámite tiene una duración que impide el inmediato o pronto goce del derecho, proponemos que, de manera equivalente se permita a las autoridades de familia (Comisarios, Procuradores, Defensores o Inspectores) fijar una cuota provisional y tramitar la ejecución forzosa de la obligación al interior de la misma actuación administrativa, cuota que igualmente puede hacerse definitiva y efectiva según la actitud del demandado (que se oponga o no).

Se trata de que las referidas autoridades tengan la facultad de adoptar decisiones provisionales (pero con efectos que podrían ser definitivos), sobre la tutela reclamada sin oír previamente a la parte demandada, que al notificarse, puede guardar silencio o formular oposición. Si ocurre lo primero, se adopta una decisión de plano o de fondo, equivalente a una sentencia, pero si sucede lo segundo, según las justificaciones se podría levantar la medida en caso de prosperar la oposición. Si sucede lo contrario esto es, que el demandado resulte vencido, se adelanta automáticamente el proceso ejecutivo, con la posibilidad de que su trámite y decisión sea en un brevísimo termino, y de existir insatisfacción por cualquiera de las partes, ésta fuese revisada por el Juez.

Igual trámite sería respecto de los hijos no reconocidos por mientras se da inicio al proceso de investigación de paternidad o maternidad ante el Juez de Familia, se realizan las pruebas de ADN, se obtiene el resultado y se decide en forma definitiva, esto es que se pueda fijar una cuota provisional.

En caso de resultar la providencia adversa a las pretensiones del demandante, en cualquiera de los dos escenarios, (judicial o administrativo) ésta deberá reintegrar lo indebidamente recibido con motivo del proceso y de no contar con recursos para ello, lo asumiría el ICBF por ser la entidad encargada de velar por la protección de los NNA. Sin perjuicio de las acciones penales y administrativas a que hubiere lugar en contra de la parte actora.

De ésta manera a través del proceso, o de la actuación administrativa con estructura monitoria, se lograría responder a los principios de PROTECCIÓN INTEGRAL e INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES, quienes se ven afectados por la conducta omisiva de sus padres, que con frecuencia se sustraen de la responsabilidad alimentaria. Incluso, en ocasiones, renuncian al empleo con el objeto de no aportarle a sus descendientes o cuando se ha tramitado el proceso, con las moras que implica acudir a la administración de justicia y que mencionamos precedentemente, se suma otro aspecto que consiste en el reporte del título judicial del empleador al banco Agrario y del Banco al Juzgado que tramita el proceso, llegando muchas veces a juntársele a las pobres madres que han sido sometidas a un desgaste físico haciendo filas y elevando solicitudes, dos y hasta tres meses sin poder cobrar la cuota, con todas las implicaciones, escaseces y penurias que esto comporta. Por ello, apelando a la teoría de los “equivalentes funcionales” proponemos la simplificación de los trámites que responden al reclamo de esta garantía legal otorgando la atribución de resolver sobre su pedido a las multicitadas autoridades.

Significa lo anterior, que debe permitírsele a las autoridades administrativas que tienen competencia para realizar audiencias de conciliación y agotar el requisito de procedibilidad en materia de familia, tramitar mediante un procedimiento con estructura monitoria, el impulso de la pretensión de alimentos y la ejecución del acta de conciliación, incumplida, que como se sabe, presta merito ejecutivo. Igual ocurrirá si la audiencia es fallida, es decir que deriva en una expectativa fracasada, para así aliviar la carga de tener que recurrir ante dos autoridades, con el mismo fin y dejar que la participación del juez de familia, sea reservada sólo a una etapa futura, para el caso en que exista insistencia en la oposición, evento en el cual interviene el funcionario judicial para revisar la actuación del servidor administrativo, tal como ocurre en el trámite de adopción regulado en el artículo 107 y 108 de la ley 1098 de 2006, que precisa que, cuando se declara la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en la ley, el Defensor de Familia debe remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

Conclusiones

Para nuestro semillero, si el artículo 24 de la ley 1564 de 2012, atribuye competencias jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas como la Superintendencia Financiera de Colombia, la de Industria y Comercio, la de sociedades, entre otras, ¿porque no hacerla extensiva en temas de alimentos para quienes administrativamente tienen la facultad de conocer sobre su conciliación?

Igualmente, si como lo enseña el artículo 590 del Código General del Proceso, para presentar una demanda de fijación o regulación de alimentos no siempre se hace necesario agotar el requisito de procedibilidad, por cuanto, se puede presentar directamente cuando con la demanda se solicita una medida cautelar, ¿Porque no simplificar el tramite pretermitiendo no solo acudir directamente a la judicatura, cuando se soliciten medidas cautelares, sino que agotado el requisito, activar una competencia jurisdiccional a las mencionadas autoridades indicadas en el artículo 31 de la ley 640?

Sería una efectiva manera de garantizar la materialización del interés superior de los NNA, pues como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia T- 075/13 los derechos de los menores de edad priman sobre los de los demás. También los de los adultos mayores.

El precedente análisis de nuestro semillero persigue promover una ley de la Republica, para salvaguardar la dignidad de estas personas vulnerables, como contribución positiva a la sociedad y dar vida al pensamiento del maestro José Ingenieros, cuando dice que *la juventud se mide por el inquieto afán de renovarse, por el deseo de emprender obras dignas, por la incesante floración de ensueños capaces de embellecer la vida, Joven es quien siente dentro de si, la floración de su propio destino.*

Referencias bibliográficas

Doctrina:

BARCOS, Graciela. Alimentos entre parientes. En: URIARTE, Jorge A. Enciclopedia de derecho de familia. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1991.

CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio, trad. de S. Sentis Melendo. pág. 24, Buenos Aires, 1.946.

CAPELLETTI, Mauro. Giustiziae Societá, 1972. Citado por Parra Quijano, Jairo en El Procedimiento Monitorio en América Latina. Editorial Temis, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Las Formas en la Defensa Judicial del Derecho. En Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ediciones E. He. A, Vol. 1, Buenos Aires, Argentina, 1949.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Revista Xuridica Galega.

DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana. Santa fe de Bogotá: Temis, 1993.

Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición.

El Reglamento 1896/2006 de la Unión Europea.

GÓMEZ OROZCO, José Alejandro. Introducción al Proceso Monitorio Colombiano: Constitucionalismo y Oralidad del Derecho Civil. LIBRERÍA JURÍDICA SANCHEZ R. Ltda.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 21 Edición. Madrid: Espasa Calpe, 1992.

Leyes:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. Ley 57 de 1887.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. Decreto 1400 de 1970. Código de Procedimiento Civil.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.

_____ Ley 1276 de 2009. A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida.

_____ Ley 1098 de 2006.

_____ Ley 1395 de 2010.

_____ Ley 1564 de 2012, actual Código General del Proceso.

_____ Ley 527 de 1999.

_____ Ley 640 de 2001.

_____ Ley 75 de 1968.

Jurisprudencia:

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009 MP. Rodrigo Escobar Gil.

_____ Sentencia C-1033 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

_____ Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____ Sentencia C-657 de 1997 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

_____ Sentencia C-657 de 1997.

_____ Sentencia C-919 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1139 de 2005 Referencia: expedientes T-1190810. Acción de tutela presentada por María Paulina Portillo Solarte contra el Seguro Social Seccional Nariño. Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

_____ Sentencia T-184 de 1999 MP. Antonio Barrera Carbonell

_____ Sentencia T-203 de 2013 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

_____ Sentencia T-506 de 2011 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____ Sentencia T-875 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

EL CAMINO HACIA EL PROCESO MONITORIO: LA INTEGRACIÓN COMO PARADIGMA*

Semillero de Derecho Procesal
Universidad Católica de Salta (UCaSal)**

*Álvaro Benavides, Sergio Nicolás Bravo,
María Josefina Copa, Ezequiel Darío Flores,
Fernando José Leoni, Jorge Marcuzzi,
Pablo Mazzone, María Florencia Morales,
Lautaro Medina, Karla Toranzos Kildegaard*

Directores del Semillero¹: *Roberto Loutayf Ranea,
Omar Carranza, Ignacio Colombo, José Gerardo Ruiz*

Resumen

El siguiente ensayo discurrirá sobre las razones y los beneficios de la implementación de un proceso de tipo monitorio. Esto se logrará a través de un análisis comparativo que enfrente diversas concepciones y modos de regular dicho procedimiento tanto en Sudamérica como en las legislaciones europeas sumando a ello instrumentos de soft-

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 30 de noviembre 2016.

Para citar el artículo: BENAVIDES, Álvaro; BRAVO, Sergio Nicolás; COPA, María Josefina; et al. El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 119-149.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal Universidad Católica de Salta (UCaSal) de Argentina.

¹ Directores del Semillero de Derecho Procesal, Docentes de la Universidad Católica de Salta (UCaSal) de Argentina.

law. Además se abordará la cuestión de la integración en materia legislativa en nuestra región, complementándose esto con la importancia de incluir disposiciones referidas a los documentos electrónicos. Finalmente se expondrán las conclusiones arribadas en base a la búsqueda del desarrollo de un proceso monitorio óptimo del mismo modo que las propuestas de este semillero tendientes a dicho objetivo.

Palabras clave: Proceso Monitorio, Documento Electrónico, Legislaciones Comparadas, Integración.

Abstract

The present essay will address the reasons and benefits of the implementation of a monitory procedure. This will be achieved through a comparative analysis between diverse conceptions and ways of regulating such process in Latin America and the European Union including instruments of soft-law. The question of legislative integration in our region will also be addressed, completing itself with the importance of including dispositions which refer to electronic documents. Finally we will expose the conclusion derived from the search for the development of an optimal monitory procedure as well as the relative proposal of this group.

Key Word: Monitory Procedure, Electronic Document, Comparative Law, Integration.

1. Orientación

En elaboraciones como la siguiente, muchas veces resulta sobreabundante recaer en definiciones, conceptos, nociones generales, clasificaciones, etc. Primeros pasos que resultan tediosos, más aún para quien ya es ávido en el tema. Sin embargo, las nuevas herramientas jurídicas, no por todos conocidas ni difundidas de un modo general, como en este caso el proceso o juicio monitorio¹, exigen, per se, dar un panorama general del instituto en cuestión, de su funcionamiento, de su finalidad, aunque mas no sea de un modo puro y eminentemente doctrinario.

Con amplitud, Eduardo Couture, maestro uruguayo, define al juicio monitorio en estos términos: "Es aquel que, como el de desalojo, no comienza con demanda en sentido formal, sino con intimación o interpelación al demandado para que realice determinada cosa u oponga las objeciones que contra tal mandato tenga, bajo

¹ El término monitorio deriva del latín *monitorius*, adjetivo que significa "que sirve para avisar o amonestar", en sentido de advertencia, apercibimiento o requerimiento que se dirige a una persona

apercibimiento de que en caso de no proceder de tal manera se dictará sentencia en su contra"². En precisión, la Dra. Magda Isabel Quintero Pérez entiende que el proceso monitorio es un mecanismo procesal que sirve para la creación de un título ejecutivo y para garantizar la tutela judicial efectiva de otras pretensiones, sin necesidad de tramitar todas las etapas del clásico procedimiento ordinario para obtener la sentencia que declare el derecho en controversia. Podemos decir, además, que no deja de ser una forma especial de procedimiento de cognición, a través del cual el juez ejerce función propiamente jurisdiccional.

Es ésta una primera visión conceptual en la que podemos advertir una mayor celeridad en la solución de conflictos (en materia procesal ejecutiva) permitida por el proceso monitorio y que supone e implica, además, dejar de lado la tramitación previa del proceso de conocimiento³, toda vez que, como bien dice el Dr. Roberto Loutayf Ranea, frente a una sentencia de condena dictada en un proceso de cognición, el vencido no siempre cumple o casi nunca cumple con la prestación debida a la que ha sido condenado, por lo que corresponde entonces pasar a la ejecución de sentencia y es allí que, el proceso de conocimiento, solo cumple la función de acordar al acreedor un título para la ejecución.

Con todo, de la naturaleza y función del proceso monitorio surge que, frente a la sola demanda del actor, el tribunal dicta en primer lugar sentencia (monitoria) por la que ordena al demandado al cumplimiento de una prestación y, a posteriori, le brinda a éste último la posibilidad de manifestar su oposición, con las variantes que la misma presenta según el proceso monitorio de que se trate, a la manera de Piero Calamandrei.

El maestro italiano propone una clasificación del proceso monitorio, por un lado en puro y por otro en documental. La distinción no escapa al objeto de éste trabajo, puesto que más adelante se analizará la recepción de uno u otro en la legislación comparada. Así, el proceso monitorio es puro si el demandante no tiene la carga de la prueba del hecho. Más aún, Calamandrei sostiene que el demandante no tiene la carga de probar sino la de afirmar los elementos de hecho de los cuales resulta que el crédito es idóneo para aquella forma especial de procedimiento. Agrega Loutayf Ranea que, emitida la sentencia que contiene la orden de cumplimiento, se le otorga al demandado

² Carteau Carlos A. El Proceso Monitorio [Publicación periódica]. - Buenos Aires : La Ley, 2001. - Vols. F-Sec.

³ En el que se consigue la declaración de un derecho, por lo general con las siguientes etapas: demanda y oportunidad de defensa (*litis contestatio*), práctica de pruebas, alegatos de conclusión y sentencia

un plazo para que formule su oposición. Esa orden, como ocurre en algunos sistemas como el austríaco, pierde eficacia por la simple oposición oportuna del deudor (que no necesita ser motivada), supuesto en que el asunto sólo podrá sustanciarse a través del proceso de conocimiento respectivo haciendo así que el monitorio pase a ser una forma especial de iniciación del proceso. Vale decir que, en el proceso monitorio puro no hay pruebas, ni del actor para formular su demanda, ni del demandado para sostener su oposición.

El proceso monitorio es documental si el demandante tiene la carga de la prueba del hecho y le incumbe aportar el documento respectivo⁴. En este caso, el juez sólo emite la sentencia que contiene la orden de cumplimiento si los hechos alegados por el actor son probados por medio de documentos auténticos acompañados a su demanda. Por su parte, la oposición del deudor debe ser fundada en los hechos y el derecho. Entonces, en esta clase de proceso monitorio, el actor tiene que aportar pruebas que avalen su pretensión, y el demandado tiene la carga de probar los hechos en que fundamenta su oposición.

Dicho esto, en el proceso monitorio (sea puro o documental) se desplaza la iniciativa del contradictorio al demandado. Éste deberá formular su oposición para enervar los efectos de la sentencia monitoria favorable al accionante. Sin embargo existe una diferencia fundamental entre uno y otro y ella consiste en que, en el juicio monitorio puro, no se requieren pruebas para la oposición del demandado (como así tampoco para que el actor haga valer su pretensión); mientras que en el proceso monitorio documental, si se exige la carga de la prueba para las dos partes en litigio.

Ahora bien, la celeridad en la búsqueda de la ejecución, mediante el título ejecutivo, es la nota característica del proceso monitorio y con ello también, la razón de su existencia, por cuanto éste no pretende ignorar ni desprenderse por completo del proceso de conocimiento (de hecho integra ésta categoría como una especie, con los momentos de decisión y resolución y además entendemos que, no interesa su naturaleza tanto como su aplicación en concreto), sino que pretende brindar rapidez en la solución del conflicto y siguiendo a Calamandrei, entendemos que la finalidad del juicio monitorio es proveer un título ejecutivo rápido, económico y poco dispendioso. Crear, de esta manera y contra el deudor, un título ejecutivo y no hacer valer, contra el demandado, uno que ya existe. Por lo tanto estamos ante un proceso de

⁴ El proceso monitorio documental es una combinación entre el monitorio puro y el documental del derecho alemán, una institución híbrida al decir de Loutayf Ranea

cognición y no de ejecución.

Bien dice Carlos A. Carteau que el *processus executivus* nació en el medioevo en la cuenca del mediterráneo, ante una necesidad del comercio, apegado a los principios jurídicos romanos y que a partir de la sanción en Francia del Code de Procédure de 1806 (como consecuencia de la invasión napoleónica) desaparece en muchos países, pues, el Code, suplanta las legislaciones procesales locales.

Asimismo en Italia, en el medioevo y como necesidad, nace el proceso monitorio. Se acoge en Francia y Alemania y, al igual que el *processus executivus*, desaparece y posteriormente retorna en nuestros tiempos, caracterizado como un proceso de conocimiento que tiene como finalidad crear un título ejecutorio, y que puede continuar como proceso de cognición o bien transformarse en ejecutivo.

Por su parte, España permanece fiel a su tradición jurídica manteniendo el *processus executivus*. Así, en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, no se incluyó el proceso monitorio. Teniendo en cuenta que, el derecho procesal de occidente tiene sus orígenes tanto en el Derecho Romano, Germánico y Canónico y que conforme cuál de estos prevalezca serán las características dominantes de las normas procesales actuales, explica Carteau que, esas leyes españolas, fueron fuente para los legisladores de Hispanoamérica y que, por tal motivo, en Iberoamérica tampoco fue regulado el juicio monitorio sino hasta el año 1989, en el que la República Oriental del Uruguay lo incorporó en el Código General del Proceso.

Mucho se ha discutido entre los autores acerca del proceso monitorio, desde su naturaleza hasta la necesidad de su aplicación como un mecanismo de practicidad y celeridad. Al inicio, en el medio y al final, uno de los aspectos que más dudas generó es si este tipo de procedimiento respeta o no las garantías constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso, fundamentalmente haciendo hincapié en el principio de contradicción, también llamado de bilateralidad o de controversia. En virtud de éste principio se establece que de toda petición de parte debe correrse traslado a la otra u otras partes a quienes puede afectar la decisión solicitada. Así, el tribunal no puede dictar sentencia sin antes haber oído a las partes a quienes puede alcanzar la misma, con lo que el interesado debe tener la posibilidad de defenderse, situación que normalmente ocurre antes del dictado de la sentencia respectiva, a la que se llega luego de la discusión entre los contendientes, cumpliendo con la fórmula dialéctica de tesis (demanda), antítesis (contestación) y síntesis (sentencia).

No obstante, es permitido un desplazamiento de la oportunidad de efectivización de este principio y eso es lo que ocurre en el proceso monitorio, en el que la orden judicial se da antes de haber escuchado al demandado, pero ahora la iniciativa de la controversia renace sobre él que, como ya dijéramos, es quien debe manifestar su oposición a la resolución que contiene la orden judicial⁵.

Corresponde decir entonces que, en el marco del juicio monitorio, éste desplazamiento del que hablábamos no afecta al principio de contradicción, ni al debido proceso ni al derecho de defensa. Lo que sucede es que primeramente se dicta la resolución monitoria sin intervención del demandado (atendiendo al fin de celeridad que persigue éste proceso) pero en una segunda etapa se le brinda la posibilidad de conocer la demanda del actor, como así también de oponerse a la misma, respetando las garantías constitucionales y funcionando dentro de las reglas de un proceso justo.

2. Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

Uno de los principales antecedentes y fuentes de inspiración para la introducción del proceso monitorio en las legislaciones americanas es el llamado anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Esta manifestación del *soft-law* se ha ocupado de adoptar el Proceso de Estructura Monitoria utilizando una técnica legislativa novedosa, así incluyó dentro de su Libro II “Procesos en Particular” y dentro de él, entre los Procesos de Conocimiento las normas destinadas a regir el Proceso de Estructura Monitoria. Dicha estructura procesal, desarrollada por primera vez en Europa y luego en Hispano América reconoció siempre la finalidad principal de acelerar la resolución de aquellos conflictos en donde la parte actora es titular de un título y que acredita con cierto grado de verosimilitud su pretensión, pero siempre teniendo en cuenta las garantías del debido proceso y de defensa. Por ello precisamente una de las bases citadas por el Código Modelo en su exposición de motivos preveía que: “la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso”. Notamos así el empeño del legislador por no afectar al estructurar y regular el proceso monitorio ninguno de los principios de raigambre

⁵ Lo mismo ocurre en las medidas cautelares, las que se decretan inaudita parte, pero se difiere la eventualidad de la controversia al momento inmediato posterior al perfeccionamiento de la misma

constitucional surgidos de los estados de derecho, nos referimos a principio de contradicción, debido proceso, defensa en juicio, etc.

Respecto a su caracterización en el Código Modelo debemos decir que el Proceso Monitorio es un procedimiento breve, en el cual una vez presentada la demanda por el actor, el Juez va a dictar sentencia definitiva pronunciándose por el fondo del asunto, sin escuchar aun a la otra parte e incluso sin que ella haya tomado conocimiento del proceso. Superado este primer paso el Juez cita de excepciones al demandado (garantizando así con el principio de contradicción). Es entonces cuando el código distingue perfectamente dos situaciones según el demandado oponga o no excepciones y defensas a la sentencia (Art. 313 inc.4)

Así, si el demandado no impugna en tiempo la sentencia mediante oposición de excepciones la misma queda firme y el actor obtiene un título de ejecución. Entonces el juez llama a una audiencia la cual tendrá por finalidad establecer entre las partes cual será el mejor modo de cumplir la sentencia. Ahora bien si el demandado opone excepciones en tiempo y forma, la sentencia inicial no quedara firme, abrirá un contradictorio, se convocara a una audiencia que no tendrá carácter conciliatorio como la advertida anteriormente sino que se ocupará de la recepción de pruebas del actor y demandado para decidir sobre la cuestión de fondo, manifestándose así de los principios de inmediación, concentración, congruencia y publicidad. Cumplido este requisito formal se dictará una segunda sentencia que será definitiva y podrá acoger o no la pretensión del demandado. En cuanto a la ejecución el código modelo se remite al proceso común de ejecución aplicable a todos los procesos.

Un aspecto a destacar en el código modelo es sin dudas el del ámbito de aplicación del proceso de estructura monitoria, ya que el mismo se ha previsto no solo para títulos extrajudiciales sino también para títulos judiciales, en tanto se lo aplica también “en caso de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que condene a pagar cantidad líquida, siempre que haya transcurrido un año de haber quedado ejecutoriada”. (Art. 313.2, segundo párrafo)

El monitorio opera también en los siguientes procesos: a) ejecutivos; b) procesos de desalojo; c) entrega de la cosa; d) entrega efectiva de la herencia; e) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros. (Art 311) Es importante destacar que estos casos se apegan a la casuística de la Ley

Uruguay N° 15.982⁶. Vale recordar que los autores del código modelo han sido de nacionalidad uruguaya y el proceso monitorio ha tenido una amplia recepción, al igual que resultados positivos, en dicho país.

En virtud de lo ya desarrollado podemos afirmar que el proceso monitorio en el Código Modelo es un proceso documental, en tanto la pretensión deducida en la demanda deberá encontrarse respaldada por un documento. Este principio encuentra una sola excepción que es la contemplada para los casos de entrega de la cosa, derivada de contrato de donde surja la obligación de dar, si se trata de un contrato que no requiere documentación, en tal caso por vía incidental podrá establecerse la prueba de existencia del contrato y su cumplimiento por parte del actor. (Art. 312.2)

Por ello, la demanda debe ajustarse a los requisitos comunes exigidos por el Código para su procedencia, pero además debe acompañarse el documento calificado como título ejecutivo por la ley. Presentada la demanda el juez realiza un doble control de admisibilidad (requisitos de forma) y un control de fundabilidad de la pretensión deducida.

Una vez realizado estos controles, como dijimos supra, el juez dicta una sentencia inicial, de la cual se corre traslado y puede ser impugnada o no por el demandado. Impugnada la misma dará lugar a una nueva sentencia que será definitiva y acogerá o no la pretensión. Este proceso cuenta con la peculiaridad de que se dictan dos sentencias en un mismo proceso y en una misma instancia sobre el fondo del asunto.

También vale destacar que el Código Modelo se ha ocupado de las diligencias preparatorias para los casos en que los títulos extrajudiciales necesiten adquirir autenticidad o en otros casos para cumplir con simples tramites como intimación de pago o autenticación de las firmas en los documentos.

Por último debemos ocuparnos de los recursos procedentes contra resoluciones dictadas en virtud de un proceso de tipo monitorio, los cuales el código modelo reduce a supuestos enumerados taxativamente, ellos son: a) sentencia inicial que no haga lugar al proceso monitorio; b) la sentencia definitiva que recaiga a cerca de las excepciones; c) la resolución que acoge la excepción de incompetencia; d) la que dispone la ampliación del embargo o la que lo deja sin efecto; e) la que rechace el diligenciamiento de prueba; f) la que recaiga sobre las tercerías deducidas (Art 214.1). Es decir que se trata de un régimen impugnativo limitado.

⁶ Uruguay, Asamblea General, Ley N° 1582/88

El Código Modelo ha previsto, a pesar de opiniones encontradas respecto el tema, la posibilidad de ocurrencia de un juicio ordinario posterior para la revisión de lo decidido en el proceso monitorio. El mismo puede ser promovido en el transcurso de los seis meses de cumplida o ejecutoriada la sentencia y debe ser tramitado ante el mismo tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso, con ello logrando una adecuada protección de las garantías constitucionales y convencionales referidas al debido proceso. (Art. 315)

3. El Proceso Monitorio como Proceso Latinoamericano

A continuación procederemos a exponer la configuración de dicho proceso en las legislaciones latinoamericanas que lo han receptado, a fin de obtener un panorama claro sobre la implementación y desarrollo del mismo en nuestra región, haciendo hincapié en los casos de Colombia, Chile, Uruguay y finalizando con el estado de la cuestión en Argentina.

3.1 Colombia

El proceso Monitorio en Colombia se encuentra contemplado en el Código General del Proceso, ley 1564 siendo implementado a partir desde el año 2012, en el Libro Tercero, Sección Primera, Título Tercero denominado “Procesos Declarativos Especiales”, específicamente en los artículos 419, 420 y 421.

Es un proceso Especial, ya que tiene como finalidad sólo la creación de un título ejecutivo; de carácter declarativo, y puro, donde el demandante no tiene la carga de la prueba del hecho.

En Colombia nos encontramos con un proceso de estructura monitoria, que tiene por fin la creación de un instrumento que conlleve a la celeridad en el proceso, garantizando una efectiva tutela judicial del crédito a aquellos acreedores que no cuentan con un título ejecutivo; logrando así una orden de pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible, que sea de mínima cuantía.⁷

⁷ Colombia, Código General del Proceso, Ley 1564, Año 2012

El proceso se origina con la afirmación por parte del acreedor respecto de la inexistencia de un documento que contenga un crédito a su favor. El juez, al tomar parte, verifica el cumplimiento de las formas, como ser los presupuestos de capacidad para ser parte, su competencia y el cumplimiento de los requisitos de la demanda exigidos por el artículo 420 de Código General del Proceso.

Así también, analiza el aspecto material o de fondo, verificando si se trata de una obligación clara, expresa y exigible. Consecuentemente, el juez dicta una providencia de Mandamiento Ejecutivo, siendo ello, una orden perentoria en dónde se exige el pago por parte del deudor, en un plazo no mayor a los 5 días siguientes. En este trámite descrito por el artículo 421 del Código General del Proceso, vemos que se otorga la posibilidad al deudor de oponer excepciones en un plazo de diez días.

En el año 2010, con la modificación de la ley 1395, se determinó que en caso de incomparecencia por parte del deudor, ya sea por la negativa a pagar o frente a su silencio, se ordenará un auto que continúe con la procedencia de la ejecución, obligándolo al pago de la suma demandada y recayendo sobre dicha sentencia el carácter de cosa juzgada.

Actualmente, no sólo en Colombia, sino en toda Latinoamérica, más del 90% de los casos en los que se inicia un proceso monitorio, no hay respuesta por parte del deudor, es decir, no se oponen excepciones. Por ende, dichas sentencias no resultan susceptibles de ser recurridas, y obteniendo así el carácter de cosa juzgada.

En los casos donde el deudor paga lo que se le reclama, o se opone parcial o totalmente a ello, no hay creación de un título ejecutivo. En el primer caso, se daría lugar a la extinción de la obligación por cumplimiento mediante el pago de la misma. En los casos de oposición en los términos legales por parte del deudor, se finaliza el proceso monitorio, y se inicia un procedimiento declarativo, sin necesidad de interponer nuevamente la demanda; sino que continúan en un procedimiento verbal sumario, frente al mismo juez y en el mismo expediente, citándose a las partes a audiencia según el artículo 392 del Código General del Proceso.

Sin embargo, si la oposición planteada se realiza sobre una parte del crédito, el demandante podrá proseguir por la parte no objetada, dando lugar al dictado de sentencia por parte del juez, y continuando la parte exceptuada en un procedimiento declarativo.

Es importante destacar que el deudor debe ser personalmente notificado. No se admitirán la intervención de terceros, excepciones previas, reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem. Así también, la parte demandante desde el momento en que presenta la demanda monitoria podrá pedir las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos. Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos.

3.2 Chile

En el país de Chile, el proceso monitorio se estableció en materia laboral como de carácter declarativo y puro. El mismo se encuentra legislado en el Código de Trabajo, ley 20.087 del 3 de enero del año 2006, específicamente en los artículos 496 al 502. Tiende a que con anterioridad al mismo, o durante éste, se llegue a un acuerdo entre las partes, evitando un perjuicio a la persona del empleador, que puede verse obligada en el pago de altos costos impuestos por la sentencia.

Se entiende que dicho proceso tiene lugar en aquellas controversias donde la cuantía, es decir, el monto reclamado por el empleado, sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales; siempre que haya solicitado previamente una conciliación ante la Inspección del Trabajo, y que la misma no hubiera prosperado.

Generalmente en la instancia conciliatoria, se logran numerosos acuerdos entre el empleador y el trabajador, pero en caso de continuar con el proceso monitorio, el juez, con la sola lectura de la demanda y sus antecedentes, dicta sentencia, teniendo en cuenta según el artículo 500 del Código de Trabajo, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado. En caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación.

En efecto, las partes tienen un plazo de diez días hábiles contados desde su notificación, para recurrir la sentencia efectuada por la persona del juez, con la sola lectura de la demanda y de los antecedentes.

3.3 Uruguay

La estructura monitoria en Uruguay se recepta en el Código General del Proceso (Ley 15.982 del 6 de octubre de 1988) siguiendo los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en los art 351 al 370.

Es un proceso con características propias, ya que tiene como objeto, no sólo la celeridad, sino también la solución del conflicto en un plazo razonable. Ello, toda vez que estamos frente a una certeza preliminar del actor, tanto material como formal, viéndose así el deudor, sometido al cumplimiento de la obligación.

A diferencia del Código Procesal de Colombia, el proceso Uruguayo es de carácter general, porque no solo da lugar a la creación de un título ejecutivo, sino que también se aplica en otros casos, como ser: la entrega de la cosa (art. 364), la entrega efectiva de la herencia (art. 365), pacto comisorio (art. 366), escrituración forzada (art. 367), resolución del contrato de promesa (art. 368), cesación de condominio de origen contractual (art. 370), disolución conyugal tanto en separación de cuerpos como en el supuesto de divorcio.(art. 369).

A contrario sensu del proceso puro presente en el Código General del Proceso Colombiano, vemos que en Uruguay estamos frente a un proceso de plena prueba o documental, contemplado en el Art. 352⁸

Podemos decir que el proceso monitorio es una especie de procedimiento de conocimiento extraordinario dotado de estructura monitoria, del cual surgen tanto el proceso ejecutivo como otros del mismo tipo. Entre los procesos monitorios se distinguen, el supuesto de entrega de la cosa, la entrega efectiva de la herencia⁹, pacto comisorio, escrituración forzada, resolución del contrato de promesa, separación de cuerpo, divorcio y por último, cesación de condominio de origen.

⁸ *“En todos los casos, para promover la demanda, se requerirá documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en la etapa preliminar respectiva”,* determinando en el segundo párrafo que, *“Exceptuase el caso previsto en el artículo 364, cuando se trate de contrato que pueda ser probado por testigos. En este caso y en etapa preliminar que se seguirá por vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por el actor”*

⁹ En este caso el proceso es restringido ya que frente a la oposición del tenedor cesa la acción dentro del marco del proceso monitorio

4. Proceso Monitorio: Argentina

El debate y la posterior implementación del proceso monitorio en la legislación de nuestro país ha comenzado desde el interior de nuestras provincias sin haber llegado a adoptárselo en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Si bien se propició la incorporación de este procedimiento a nivel nacional, el mismo fue muy resistido por el Poder Legislativo, quedando solamente como antecedente un Anteproyecto que lo contempla. En nuestro país el proceso de estructura monitoria ha sido implementado –siguiendo un orden cronológico– en las Provincias de La Pampa, Río Negro, Entre Ríos, Chaco y por último San Juan.

En lo que concierne al orden nacional, el Anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 1993¹⁰, preveía la incorporación del proceso de estructura monitoria no solamente en el ejecutivo común y en las ejecuciones especiales, sino también en algunas modalidades procesales como ser el desalojo por falta de pago y por vencimiento del contrato de locación, en las obligaciones de restituir cosas muebles dadas en comodato, o en supuestos en donde la obligación de restituir el inmueble se muestra líquida y exigible, así también como en los litigios causados en la división del condominio.

Para acceder al proceso monitorio, el actor debía presentar un documento auténtico o una sentencia judicial. Una vez solicitada la apertura del procedimiento, el juez (si se cumplen con todos los recaudos legales) dictaría sentencia monitoria conforme a las particularidades que en cada caso establece la ley. Luego, dentro del plazo establecido para cada supuesto en particular, el demandado podía articular oposición, fundándolos debidamente y probándolos. La sentencia que resuelva la oposición tiene los efectos que corresponda conforme la naturaleza de la prestación deducida por la vía monitoria. En defecto de la oposición o resuelta esta por decisión firme se continuara con la ejecución de la sentencia monitoria en conformidad con la naturaleza de la prestación deducida.

Respecto de los Códigos Procesales de las provincias que lo admiten, nos referimos al caso particular de La Pampa, en cuyo artículo 463 en adelante, prevé la aplicación del proceso monitorio a numerosas controversias como ser: A) Obligaciones exigibles de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y

¹⁰ Argentina, Congreso de la Nación Argentina, Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial, 1993

determinadas; B) División de condominio; C) Restitución de cosa inmueble dada en comodato; C) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual; E) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario; F) Obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores; G) Cancelación de prenda o hipoteca; H) Los procesos de ejecución en los casos autorizados por el código, con excepción de los procesos de ejecución de sentencia.

En casi idéntica regulación, para los mismos supuestos, en la provincia de San Juan se legisló en el Código Procesal Civil Comercial y de Minería¹¹ el proceso monitorio a partir del artículo 453 y siguientes.

En cuanto a la estructura del monitorio en ambos códigos es similar, estableciéndose en primer lugar, que éste debe iniciarse con la demanda a la que debe adjuntarse el documento público o privado reconocido en juicio o cuya firma estuviese certificada por escribano público. Posteriormente, el juez luego de analizar los requisitos de legalidad, dicta sentencia monitoria. Se notifica la sentencia al demandado y los plazos para oponerse varían según la naturaleza de la prestación deducida en el proceso. Una cuestión específica a analizar, es qué sucede si el demandado interpone oposición, ya que del análisis de ambos códigos se deduce que admiten procedimientos diferentes. En el Código de La Pampa¹², si el demandado se opone, se le corre traslado al actor para que conteste y ofrezca prueba. Es decir, que se abre el contradictorio y se continúa con el proceso de conocimiento según lo establecido en el Código para cada caso. En cambio, en San Juan no se corre traslado al actor y que trabada la Litis con la oposición.

La sentencia que resuelve la oposición mantendrá o revocará la sentencia monitoria. Si el demandado no se opone precluye para él la posibilidad de defenderse.

Una característica específica de ambos códigos es que en ninguno se pone límite en cuanto a los montos que pueden ser objeto de la demanda monitoria, como se prevé en otras legislaciones.

En cuanto al tipo de proceso monitorio es documental y con respecto a la ubicación del mismo en el código en La Pampa se lo regula como un proceso distinto de los

¹¹ Argentina, San Juan, Cámara de Diputados, Código procesal Civil y Comercial de Minería, Ley 7942, 2008

¹² Argentina, La Pampa, Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, Ley 1828, 1999

demás en su Libro III, mientras que en San Juan se encuentra ubicado en el Libro IV dentro de los procesos ejecutivos.

En cuanto al análisis del Procedimiento Monitorio de la Provincia de Entre Ríos, el mismo adopta, al igual que los anteriores, la figura de “monitorio documentado” y se encuentra ubicado dentro Libro II dedicado a los Procesos de Conocimiento.

En cuanto a los supuestos que habilitan la vía monitoria, el art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial entrerriano¹³, prevé taxativamente los siguientes, a saber: 1) Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas, 2) División de Condominio, cuando la división en especie fuera imposible, 3) Restitución de la cosa mueble dada en comodato, 4) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual, 5) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario, 6) Obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores, 7) Cancelación de prenda o hipoteca 8) los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este código u otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia. Tal como surge de su articulado, vemos que no difiere sustancialmente de los supuestos regulados en los demás códigos provinciales analizados.

Para acceder al proceso, el actor debe presentar documento público o privado reconocido judicialmente o cuya firma este certificada por escribano público. Una particularidad que presenta el procedimiento monitorio entrerriano, es la posibilidad de preparar el Procedimiento Monitorio mediante el reconocimiento de instrumento privado, siguiendo el esquema que prevé para dicho supuesto la tradicional Preparación de la Vía Ejecutiva, adaptada aquí al procedimiento monitorio, tal es así que, en cuanto a las normas que regulan su trámite, remite en lo pertinente al articulado correspondiente a la Preparación de la vía ejecutiva.

En cuanto al trámite, se sigue el esquema tradicional previsto para este procedimiento: se dicta sentencia monitoria, se corre traslado al demandado y este puede deducir oposición en un plazo establecido en el cual además, debe ofrecer prueba. De ello se correrá traslado al actor, previéndose que en todo lo que no esté específicamente regulado se rige por las normas del proceso sumario. En cuanto al trámite de la ejecución de la sentencia monitoria firme y consentida, el Código se remite al trámite

¹³ Argentina, entre Ríos, Legislatura Provincial, Código procesal Civil y Comercial, Ley 9776, 2007

previsto para la ejecución de sentencias. Por último también, se prevé el recurso de apelación confiriéndose el mismo siempre en relación, y en los siguientes supuestos que contempla la norma: 1) cuando las defensas articuladas hubieran sido declaradas inadmisibles, 2) Cuando las defensas hubieran sido tramitadas como de puro derecho, 3) Cuando se hubiere producido prueba respecto de las opuestas, 4) Cuando versaren sobre puntos ajenos al ámbito natural del proceso monitorio o causaren gravamen irreparable en el juicio de conocimiento ulterior. En este último inciso, se confunde claramente al Juicio Ejecutivo con la naturaleza cognitiva del Procedimiento Monitorio, -y la consecuente calidad de cosa juzgada material que reviste su Sentencia-, resultando por tanto irrevisable en juicio ordinario posterior.

En lo que concierne a la Provincia de Río Negro, se prevé la aplicación del proceso monitorio para los casos en donde el derecho del actor aparece con un fuerte grado de verosimilitud tal como ser, los casos expresamente enunciados en el artículo 487 del código procesal civil¹⁴, a saber: 1) Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas. 2) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual. 3) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes. 4) División de condominio. 5) Restitución de la cosa dada en comodato. 6) Los procesos de ejecución, de conformidad con las normas que regulan estos procesos.

Se adopta un tipo de proceso monitorio documentado, es por ello que para acceder a este procedimiento es necesario que el actor presente un documento público o privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificada, de donde surja el derecho en que se funda la acción. Luego, el procedimiento es igual al de las demás provincias donde está previsto. El juez dictara sentencia monitoria y el demandado en un plazo de diez días deberá deducir oposición con los fundamentos de hecho y de derecho y, por supuesto, ofrecer la prueba la cual no puede limitarse exclusivamente a la de testigos. Si no hubiese oposición, o quedará firme el rechazo de ella se procederá a la ejecución de sentencia de conformidad a lo dispuesto en el Título II para ello.

Por último, en la provincia de Chaco en el año 2007 se sanciona la ley 6002¹⁵ como norma complementaria al Código Procesal Civil de esa provincia estableciendo la aplicación del proceso monitorio a los procesos ejecutivos, ejecuciones hipotecarias,

¹⁴ Argentina, Río Negro, Legislatura Provincial, Código Procesal Civil Y Comercial, Ley 4142, 2011

¹⁵ Argentina, Chaco, Cámara de Diputados, Ley 6002, 2007

prendarias y fiscal. También se establece la aplicación de un proceso monitorio documentado, ya que el actor debe presentar los instrumentos que traen aparejadas las distintas ejecuciones. Posteriormente el juez hará una revisión de los requisitos legales y dictará sentencia monitoria mandando a llevar adelante la ejecución y si el ejecutante lo solicita se trabará embargo sobre los bienes del demandado. Luego el demandado podrá o bien cumplir con la sentencia depositando el dinero o bien deducir oposición mediante la interposición de excepciones previstas en la misma ley. Si no hubiese oposición o quedara firme el rechazo de la oposición se procederá a ejecutar la sentencia de conformidad a lo previsto en el código para esos casos.

Como conclusión podemos observar que en nuestro país ya se ha iniciado el camino de aceptación legislativa y académica de esta nueva modalidad de procedimientos, sobre todo en el interior del país. Las provincias tomaron en cuenta a los Anteproyectos de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para aplicarlo a sus legislaciones, pero aún le resta el camino a su adopción plena a nivel Nacional.

5. La cuestión europea del proceso monitorio

La adopción del proceso monitorio en los países del viejo continente, como así también dentro de su comunidad regional, ha tomado distintas matices en cada uno de los ordenamientos respectivos, sin que pueda observarse un modelo monitorio dominante. Por ello es que se da la presencia de distintas configuraciones del mismo en cada uno de los estados que lo prevé.

Este apartado pretende desarrollar de una forma más amplia el sistema monitorio español y el comunitario de la Unión Europea, para luego finalizar con una mención breve de los procesos monitorios de Alemania, Austria, Italia y Francia.

El proceso monitorio fue introducido dentro del ordenamiento español en el año 1999, el cual en su primera presentación, resultaba ser limitado en cuanto a los tipos de reclamos que se podían realizar por dicha vía.

Las posteriores reformas, como las de los años 2000 y 2009, ampliaron el espectro de casos admisibles, al igual que los límites de las cuantías dinerarias por las cuales también se podría recurrir al proceso monitorio para hacer efectivo el cobro de los créditos, confeccionando de esta forma una mayor amplitud de legitimación y flexibilidad para el acceso a dicho proceso y las respectivas ventajas que ofrecía.

La última reforma introducida, fue la del año 2011 donde el sistema monitorio español se adecuó al aprobado por la UE, logrando de esta forma, y pese a ser ambos de distinto tipos, una congruencia entre el ordenamiento local y el de la comunidad europea, unificando una serie de criterios de consideración, como ser por ejemplo, la eliminación de todo limite referido al *quantum* del monto del crédito, que con la anterior legislación, se ponía como filtro para reclamar mediante esta vía.

El proceso monitorio en España se caracteriza por ser documental e ilimitado (este último a partir de su adecuación con el sistema de la Unión Europea). El mismo se encuentra previsto en los arts. 812 a 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, caracterizándose por su eventualidad (es decir, se requiere al deudor para que en el plazo previsto pague o se oponga).

Para acceder al cobro de un crédito por medio de este proceso, se requiere que la deuda que se reclama sea: 1) dineraria (sea en moneda local o extranjera); 2) vencida (que el plazo para su pago ya haya concluido); 3) líquida (de cuantía determinada o determinable); y 4) exigible (no estar sujeta a ningún tipo de modalidad).

Otro requisito imprescindible es el referido a los documentos que deben ser acompañados cuando se inicie una reclamación, cualquiera sea su forma, clase o soporte, ya sea este físico o electrónico, pero siempre firmados por el deudor. Lo que se pretende con ello, es acreditar la verosimilitud de la relación existente entre acreedor y deudor; sin estar sujeto a ningún tipo de solemnidad.

Como novedad al sistema propuesto por el país ibérico, se encuentra en la posibilidad de aportar documentos electrónicos para poder fundamentar la petición monitoria. Ello se ve reflejado en la presentación de soportes informáticos de transacciones electrónicas, grabaciones de contrataciones por teléfono o video conferencia.

Los tribunales competentes para el conocimiento de este tipo de proceso, son exclusivamente los de primera instancia del domicilio o residencia del deudor, o donde pudiera ser éste hallado en caso de desconocimiento.

Se inicia con una petición de forma precisa, mediante formularios ya preestablecidos ante el *Decanato* o *Servicio Común de Registro*, quienes remitirán el mismo al juzgado que corresponda. El contenido solamente expresa la identidad del deudor y acreedor, sus respectivos domicilios, origen y causa de la deuda, y como ya se dijo anteriormente, la documentación debida. No es necesaria la asistencia letrada, lo que resulta ser un aspecto característico.

Una vez admitida la solicitud por la *Oficina Judicial*, se procede a requerir el pago al demandado. El deudor notificado dispondrá de un plazo de veinte días para realizar el pago u oponerse. En este último caso, el proceso monitorio no podría continuar, por lo que se traslada el asunto al Juicio Declarativo correspondiente. Caso contrario, si se paga, concluye el mismo; o de no hacerlo, se procede a Juicio de Ejecución forzada (previo inicio del mismo), para el embargo de bienes del deudor.

Según los datos de la *Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, resulta que hoy en día el proceso monitorio resulta ser el tipo de juicio civil más utilizado en España ante los tribunales, tal y como lo acreditan las estadísticas siguientes: durante el año 2007 se presentaron 420.599 procesos monitorios, un 14,8% más que el año anterior, representando el 47,2% de la litigiosidad civil. Las cifras siguen aumentando en el año 2009, donde se doblaron los procesos monitorios presentados respecto al año 2007, llegando a la cifra de 821.314 litigios. Y al margen de ser el más empleado, es el que presenta una mayor eficacia ya que del total de procesos monitorios iniciados más del 50% concluyen bien con el pago (13,8%) o bien con la ejecución del título base de la petición monitoria (36,6%)¹⁶. El éxito del proceso monitorio es en este caso evidente.

Vista así la experiencia española respecto del proceso monitorio y de su aplicación, los resultados demuestran que más del cincuenta por ciento de las peticiones monitorias acaban eficazmente, bien con el pago del deudor, bien con la creación de un título ejecutivo. Esto origina un problema ulterior: el aumento significativo de los procesos de ejecución, por lo que para la eficacia del proceso monitorio debe venir acompañado de un sistema igualmente eficaz de proceso de ejecución, en el que debe prevalecer especialmente el interés del acreedor, quien debe poder confiar en la efectividad de la tutela judicial.

Por otra parte, el establecimiento de un proceso monitorio en el ámbito de la Comunidad Europea, se realizó a través del reglamento N° 1896/2006¹⁷, en vista de la necesidad de armonizar la Tutela Judicial del crédito, resultando ser el mismo, de aplicación directa a cada estado miembro, por más que no haya un desarrollo interno de dicho proceso.

El objetivo de su implementación fue el de simplificar, acelerar y reducir los costos de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios, tanto en materia civil como mercantil.

¹⁶ Datos Extraídos de Memoria del Consejo General del poder Judicial, Libro II, Madrid, Año 2008

¹⁷ Parlamento Europeo, Reglamento (Ce) N O 1896/2006

Para comprender lo dicho, hay que aclarar que los conflictos transfronterizos, comprende a todos aquellos supuestos en los que una de las partes se encuentra domiciliada o reside en un estado distinto a aquel donde se encuentra el Órgano Jurisdiccional donde radica la petición.

La mencionada petición, en el proceso monitorio europeo, se realiza mediante formularios que se encuentran adheridos al reglamento, siendo los mismos, iguales para todos los estados miembros.

El crédito objeto de la petición, debe reunir los requisitos correspondientes, como ser: 1) Que sea pecuniario; 2) Vencido; y 3) Exigible; y a diferencia del sistema español, no está sujeto a ninguna necesidad de aportar los documentos respectivos que lo acredite.

Por lo tanto, el modelo monitorio europeo, es del tipo puro, tal y como resulta de lo anteriormente expresado.

Una vez presentada la petición ante el órgano jurisdiccional competente, el mismo evaluará los correspondientes requisitos de admisibilidad y el fundamento de la misma.

Siendo admisible, dicho órgano expide el requerimiento europeo de pago, comunicando al demandado, quien podrá optar por las siguientes opciones: pagar al acreedor u oponerse. Cabe aclarar que la mencionada comunicación del requerimiento de pago, se debe realizar acorde a las disposiciones del ordenamiento nacional del estado miembro donde se realiza.

En caso de pago, se satisface la deuda reclamada, por lo tanto, concluye el proceso monitorio. De lo contrario, y transcurrido el plazo para realizar el mismo o sin que el deudor ejerza oposición alguna ante el órgano de origen, el mismo se hace de carácter ejecutivo (sin necesidad de declaración previa, eximiendo así el *exequatur*). Los procedimientos de ejecución se regirán acorde al ordenamiento normativo del estado miembro en el que se solicite la ejecución del requerimiento europeo de pago.

Por último, en caso de que el deudor presente oposición, deberá hacerlo mediante el escrito correspondiente en formulario, sin necesidad de motivar el mismo. De esta forma se resolverá la cuestión ante los órganos jurisdiccionales del estado de origen, con aplicación de su propia normativa.

Para concluir con este apartado, se procederá a continuación con una breve descripción de los procesos monitorios de Alemania, Austria, Italia y Francia.

El primero de ellos, el *Mahnverfahren* alemán, la conminación se otorga ante la simple afirmación del actor de la existencia, monto y exigibilidad de su crédito. Es decir, no hay necesidad de que deba probar su pretensión, pero a su vez, el deudor con su sola oposición, sin expresar motivo alguno, deja sin efectos el requerido pago. Ante dicha situación, corresponde que el acreedor haga valer su derecho al crédito, probándolo en un juicio ordinario.

A diferencia del sistema alemán descrito, en el austriaco se presentan algunas diferencias, y es que en éste la oposición es obligatoriamente fundada, ello en razón de que su debida imposición tiene como efecto en la suspensión del mandato, hasta tanto se resuelva la concerniente oposición mediante vía ordinaria. El mandamiento, entonces, puede resultar revocado o confirmado.

Por otro lado, en el modelo de la *Ingiunzione* italiana, se agrega en que no basta solamente la oposición del deudor, sino que además éste debe citar al intimante a comparecer a juicio ordinario, con el fin de resolver la cuestión de la oposición. Se admite la prueba escrita en forma amplia.

Por su parte, el francés, al igual que su par italiano, también admite la amplitud de la prueba escrita, pero la oposición debe resolverse por audiencia y no por un ordinario. Dado el caso en que la petición inicial hubiese caducado en un momento posterior a la oposición del deudor, llegado el juicio ordinario donde el acreedor intenta hacer valer su crédito, se fijara audiencia, donde ambas partes deberán comparecer, y en caso de que el deudor omita su asistencia, traerá como apercibimiento el revivir el mandato de pago.

6. Integración y Proceso Monitorio: Una posibilidad patente

Es una verdad por todos conocida que el derecho, y más aún el derecho procesal, se constituye a sí mismo como una manifestación eminentemente estatal. Reconoce su fuente directa en la voluntad del legislador y en ella se sustenta. Al menos este paradigma imperó hasta hace unas décadas atrás, cuando nuevas corrientes surgidas a la luz del proceso más radical que haya vivido la historia de la humanidad, la globalización, han disputado su hegemonía dentro de nuestro horizonte de perspectivas.

A raíz de los cambios producidos por este proceso en sus distintas facetas, la autoridad, al igual que la soberanía de los Estados se ha visto sobradamente cuestionada. La remisión a normas de carácter supraestatal, especialmente las referidas a una amplia gamma de derechos reconocidos por diversas convenciones internacionales, no pocas veces ha mostrado el conflicto existente entre entra ambos ordenes de normas. Así es como en numerosos casos se ha resuelto por la validez y supremacía de las normas de origen convencional por sobre las emanadas de los parlamentos nacionales o incluso por sobre la normativa constitucional de los Estados¹⁸.

Por supuesto que las normas producto de convenciones entre estados no son la única manifestación normativa (o con aspiraciones a serlo) surgida a raíz de esta nueva visión sobre el rol del Estado y sus instituciones. Actualmente contamos con múltiples instrumentos de carácter no obligatorio que resultan fuente material e inspiración de legislaciones posteriormente adoptadas tanto por los Estados en particular como por la comunidad de estos. Los llamados instrumentos de *soft-law*, si bien no resultan vinculantes, ejercen una determinante afluencia sobre el proceso sancionador de normas en sí. Ejemplo sobrado de ello los tenemos con las leyes modelo de UNCITRAL y los principios expuestos por la UNIDROIT.¹⁹

En nuestra región, un instrumento que reviste estas características es el ya mencionado Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del año 1988. En él, y aquí es donde se manifiesta lo que a esta investigación importa, se incluye entre un cumulo de instituciones procesales al llamado proceso monitorio. Lo que este cuerpo legal aspiraba era plasmar una legislación idéntica en materia del proceso civil en toda Iberoamérica, y si bien dicha tarea resultó colosal e inabordable para el momento en que se planteó, reconocemos en él un antecedente directo de lo que a continuación como semillero pensamos a modo de futura posibilidad.

El nuevo paradigma producto de la última globalización y de un pretendido fin de la historia que no fue, nos enfrenta a una dura realidad. Los estados han evidenciado su impotencia al momento de lograr los objetivos y satisfacer las prestaciones a las que se

¹⁸ Así ocurrió en el caso resuelto por la Corte Interamericana de DDHH “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” (Olmedo Bustos y otros VS. Chile) 2001 donde en razón a lo expuesto en los considerandos se resolvió instar al Estado a modificar su ordenamiento Jurídico Interno con el fin de suprimir la censura previa por hallarse dicha disposición contra los derechos reconocidos por la Convención Americana de DDHH.

¹⁹ Son ejemplos de ellas la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL de 1985 al igual que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

han obligado constitucionalmente, al menos desde la época del llamado constitucionalismo social. Para paliar esta situación, un puñado de hombres avanzados a su tiempo -quizá subidos a hombros de gigantes- evidenciaron que la solución no radicaba en repetir los modelos imperantes referidos a como entendíamos al estado y a las cualidades que de él derivábamos. Entendieron que si bien un estado concebido como soberano, y una comunidad internacional como un conjunto de islas separadas por un océano de distancia la una de la otra fue un esquema que hasta entonces había resultado más o menos satisfactorio para procurar cortos periodos de paz y estabilidad, dicha visión del mundo no podía continuar. De la misma manera que ningún hombre es una isla de sí mismo²⁰, ningún estado puede serlo respecto de los demás, ya que se necesitan mutuamente para poder alcanzar sus objetivos. Así fue como la cooperación se impuso como paradigma y ello pareció funcionar durante un tiempo, hasta que evidenciamos nuevamente las limitaciones de dicho esquema manifiestas en la dificultad dar una orientación apropiada a la sumatoria de esfuerzos inconexos de los distintos Estados y organizaciones que aportaban cada uno con una metodología y un plan de acción distinto para obtener un fin común.

Entonces fue cuando en Europa surgió un nuevo paradigma: el de la Integración. Lo que este propone, en resumidas cuentas, es que los Estados nacionales, imposibilitados de alcanzar sus metas por si mismos o a través de la mera sumatoria poco coordinada de esfuerzos producto de la cooperación necesitaban ir un paso más allá, especialmente en ciertas áreas estratégicas complementándose entre sí delegando porciones más o menos extensas de su soberanía en manos de organismos supranacionales creados a tal efecto, a fin de lograr sus objetivos y el tan ansiado bien común.

Si bien este proceso se ha desarrollado con mayor amplitud en Europa, en nuestro continente no faltan iniciativas dirigidas a lograr una efectiva integración de los estados, al menos en áreas consideradas como estratégicas para la región. Así surgieron el MERCOSUR, la Unasur, la Comunidad Andina y la novel Alianza del Pacífico, lugares donde incluso se están dando los primeros pasos en materia de unificación legislativa²¹. De igual manera es por todos conocido el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el cual se realiza en las diferentes convenciones que versan sobre la temática y los órganos que esta establecen para su adecuada

²⁰ Parafraseando al poeta inglés *John Donne* “Ningún hombre (y por ende ningún Estado) es una isla, entera en sí, cada uno es pieza de un continente, parte del total” MEDITATION XVII

²¹ Siendo este el caso por ejemplo del llamado Parlamento del Mercosur.

protección y garantía, como lo son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A raíz de ello no resulta impensable un escenario donde procedamos a una mayor unificación en las normativas nacionales referidas al curso del proceso civil, tal y como evidenciamos en Europa, ya que en un escenario marcado por el constante intercambio comercial y la atenuación de las fronteras nacionales resultaría no solo posible sino también muy conveniente contar con una serie de principios básicos y normas estándar que rijan un proceso caracterizado por su rapidez y pragmatismo, como lo es el proceso monitorio. Contar con un proceso uniforme de este tipo simplificaría sobradamente el tráfico comercial al igual que las reclamaciones, especialmente en los grandes centros de intercambio y movilidad, ya que permitiría una mejor administración de justicia a nivel regional en los supuestos referidos a asuntos transfronterizos no controvertidos por las partes.

Por supuesto que lograr esto no será tarea fácil. En el caso de algunos estados, como el de Argentina, se suma una dificultad: el sistema federal de gobierno. En razón de él, como ya vimos previamente, cada unidad administrativa es autónoma con lo cual puede sancionar su propia legislación procesal, razón por la cual contamos con un proceso de tipo monitorio en tan sólo un puñado de provincias. Sortear este obstáculo con miras a lograr un proceso uniforme no resulta imposible ya que podría lograrse a través una ley convenio, pero de todos modos sigue presentándose como otro impedimento temporal al desarrollo del proceso unificador de normas. Del mismo modo que con las entidades provinciales, a nivel estatal en no pocas ocasiones pesan más los intereses individuales al igual que el recelo de la soberanía y la desconfianza general a los procesos integracionistas.

Afortunadamente contamos con un instrumento similar de derecho comparado, el ya desarrollado proceso monitorio europeo, nacido como fruto del proceso de integración y unificación de criterios legislativos relativos al proceso civil y comercial en la UE. No es un dato menor que este nuevo “proceso” como ya hemos visto, ha resultado sobradamente satisfactorio y su uso se ha extendido a un nivel general debido a las ventajas que presenta al igual que a su breve tramitación. *Mutatis mutandi* podemos citar los motivos que fundamentaron la implementación de dicho proceso a nivel comunitario, entre los cuales hallamos la necesidad de contar con un instrumento que permita agilizar el comercio transfronterizo al mismo tiempo que simplifique en tiempo y forma la tramitación de los reclamos derivados de este.

Si bien podemos acordar la necesidad de contar con un instrumento de este tipo en las legislaciones procesales locales, al mismo tiempo que evidenciamos las ventajas que la unificación de requisitos de admisibilidad, forma y tramitación supondrían al comercio regional y a la movilidad fronteriza todavía queda pendiente la cuestión de determinar cuáles han de ser dichos requisitos y si ha de tomarse alguna legislación ya existente como modelo, o si por lo contrario debemos contemplar la posibilidad de crear un nuevo instrumento de estas características al estilo del Código Modelo al cual aludíamos anteriormente.

7. Documentos necesarios para habilitar la vía

Como hemos visto, a fin iniciar un proceso monitorio en la mayoría de las legislaciones resulta esencial la existencia de una deuda, la que además de ser exigible pueda ser acreditada documentalmente. Así lo establece por ejemplo el art. 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española el que nos brinda una enumeración de documentos que pueden ser empleados para tal fin, entre los que menciona documentos firmados por el deudor, cualquiera sea su forma y soporte físico, facturas o demás documentos (aun los creados unilateralmente por el acreedor) que habitualmente documenten créditos.

Sin dudas y conforme lo entienden distintos autores, tal enumeración no es exhaustiva sino meramente ejemplificativa, nos encontramos ante un *numerus apertus*, por lo que podrían aceptarse otros medios que acrediten fehacientemente el crédito. Correspondiendo al juez en cada caso decidir si un documento acredita o no la deuda que se reclama.

Pasando a analizar el art. 812 de la LEC, en su apartado 1 inc. 1º nos habla de documentos firmados por el deudor, estableciendo un criterio amplio ya que expresamente dice que los mismos pueden constar en cualquier formato y soporte. Si bien aquí se exige la firma del deudor, no se limita a la clásica firma manuscrita sino que contempla la posibilidad de sellos, marcas y, muy importante, hace referencia a la posibilidad de firma electrónica, a la que llama señal electrónica.

La firma del deudor en estos documentos permite que los mismos sean atribuidos a su autor, cuya individualización es una de las exigencias al momento de la petición del monitorio.

El inciso 2° amplía la enumeración a documentos que sean constituidos unilateralmente por el acreedor. Pero no cualquier documento unilateral podría habilitar la petición de un proceso monitorio, sino que, con buen criterio, la ley exige para estos casos que sean aquellos que habitualmente se utilicen para documentar créditos y deudas, por ejemplo, una factura.

Siguiendo a Gimeno Sendra entendemos que no se excluye en esta enumeración a aquellos documentos redactados por ambas partes, siempre y cuando no haya constancia de algún signo distintivo del deudor; de lo contrario quedaría incluido en el inciso 1.

Continuando con el análisis del artículo 812, en su apartado 2 trata diferentes modalidades de los documentos mencionados anteriormente. Menciona en primer lugar documentos comerciales caracterizados por demostrar una relación previa y duradera entre acreedor y deudor. En segundo lugar nos habla de certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidad de Propietarios de inmuebles urbanos. No se trata de supuestos distintos de los del apartado 1 sino modalidades de los mismos documentos con sus características particulares.

7.1 Firma electrónica

No podemos dejar de tener presente los constantes avances tecnológicos actuales y principalmente el volumen de operaciones comerciales que día a día se realizan íntegramente a través de internet, especialmente en la región, con lo cual no sería lógico entonces negarles a los documentos electrónicos la posibilidad de servir de título para iniciar un proceso monitorio. La ley debe tener presente esto y reconocer expresamente tal posibilidad.

La legislación española contempla este supuesto en el art. 812.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que expresamente prevé la posibilidad de acudir al monitorio a quien acredite una deuda a través de un documento que contenga una señal electrónica del deudor. Si bien la ley habla de una señal electrónica, debe entenderse que refiere a firma electrónica.

Gracias a esta mención no caben dudas respecto de la posibilidad de que el actor que busca iniciar el proceso respalde su crédito en documentos electrónicos firmados del mismo modo por el deudor. Sin embargo debemos hacer algunas aclaraciones respecto a esta modalidad de firma.

La legislación española hace una diferencia entre firma electrónica avanzada y reconocida. La primera, es la que a través de un proceso de encriptación permite identificar al firmante, cualquier modificación posterior a la firma y bajo ciertas circunstancias puede equipararse a la firma manuscrita. La firma electrónica reconocida, por su parte, es aquella basada en un certificado reconocido y generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma, es equiparable a la firma manuscrita. Como vemos lo importante es determinar con qué grado de certeza podemos afirmar que la persona figura como quien suscribe es en realidad quien lo está haciendo.

Así como reconocemos que el derecho es una ciencia que necesariamente debe ver hacia el futuro reconocemos como positiva la ulterior ampliación del proceso monitorio en cuestiones cuyo único soporte documental resulta un documento de tipo electrónico, buscando así dar mayor seguridad y una resolución expedita a los conflictos que en razón de estos intercambios se susciten.

Conclusión y propuesta

Finalmente, luego de haber analizado detenidamente la cuestión del proceso monitorio al igual que el desarrollo de este en las legislaciones europeas y latinoamericanas la primera conclusión a la que arriba este semillero se refiere a la posibilidad y la utilidad de incluir un proceso de este tipo en los lugares que aún no lo han implementado. Somos conscientes de que este no por sí mismo va a resolver los problemas que saturan actualmente a los juzgados pero, de complementarse con una serie de instituciones y mecanismos que lo acompañen puede probar ser bastante útil, tal y como resultó en el caso de proceso español.

Posteriormente y a través del análisis de la legislación y el proceso europeo hemos evidenciado las ventajas de contar con una serie de reglas y elementos comunes que rijan este proceso a la luz de un proceso que aboga por la integración económica y/o política, en especial en el caso de Latinoamérica donde el intercambio comercial transfronterizo crece día a día.

En razón de todo ello, nuestra propuesta como semillero, realizada a la luz del proceso monitorio europeo e inspirado en el código iberoamericano del proceso es la siguiente:

- Procurar un ámbito de aplicación amplio para el proceso de tipo monitorio, que no solo abarque prestaciones dinerarias, sino también obligaciones de hacer, de dar cosas que no sean dinero o fungibles, eventualmente integrando para ciertos supuestos, los casos de obligaciones de no hacer, siempre y cuando las mismas puedan acreditarse con simples documentos.
- Reconocemos como una necesidad el garantizar un efectivo funcionamiento de los procesos ejecutivos, para que así lo resuelto en los monitorios se transforme una realidad y no quede como una mera esperanza.
- Afirmamos que un procedimiento de estas características, resultaría beneficioso al momento de fomentar el comercio internacional entre los países de Iberoamérica, debido a que brindaría celeridad a los litigios transnacionales y se traduciría en confianza de parte de los acreedores, garantizándoles así el cobro efectivo de los créditos.
- Abogamos por la habilitación de la instancia monitoria a partir de documentos electrónicos debido a la importancia presente y al crecimiento exponencial del comercio electrónico en Latinoamérica.
- Evidenciamos como útil la creación de un fuero especial donde tramiten los juicios monitorios, encontrando ello fundamento en el hecho de que si llegara a tramitar conjuntamente con otros procesos de distinto tipo, ante un contexto en el que destaca la saturación de los tribunales, los jueces tenderían a atender primero aquellos asuntos más relevantes, urgentes y de mayor gravedad, los cuales no serían materia de procesos monitorios, con lo cual éste perdería así su razón de ser (la celeridad). En cambio, de contar con un fuero especial su esencia se vería realizada.
- Reafirmamos la importancia de que ante una eventual expansión y/o unificación de criterios respecto del procedimiento monitorio a nivel sudamericano, surge la necesidad de que previamente y por un tiempo razonable, se lleve a cabo una adecuada etapa de difusión, información, instrucción y capacitación sobre dicha temática en todos los países de la región,

para que luego de su conocimiento por parte de la academia, la magistratura y la sociedad civil, su aplicación resulte efectiva.

Referencias bibliográficas

ARAZI, Roland. “El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Río Negro”; http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/reformapcc/NuevoCodigoCivil_de_RioNegro_por_Dr_Arazi.pdf

BRIZUELA V., Ávila Paz de Robledo R. Revista UNLaR Ciencia, volumen 2 N°2. 2011.

CALAMANDREI, Piero. “El Proceso Monitorio”. Ed. Bibliográficas, Argentina, 1946.

CARTEAU, Carlos A. El Proceso Monitorio [Publicación periódica]. - Buenos Aires : La Ley, 2001. - Vols. F-Sec.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. “El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012”, parte del Proyecto “Procedimiento monitorio como herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil en Colombia”, dentro del Programa de Maestría de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, en convenio con la Universidad de Medellín. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf> (fecha de consulta: 13 de junio de 2015)

DONNE, John. Meditaciones XVII [Sección de libro] // Devotions upon Emergent Occasions. - [s.l.] : Vintage, 1999.

JUNOY, Joan Picó I Páginas de Direito [En línea]. - Marzo de 2014. - Junio de 2015. - <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6458-el-proceso-monitorio-una-vision-espanola-y-europea-de-la-tutela-rapida-del-credito>.

LOUTAYF RANEA, Roberto; “Proceso Monitorio”; “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Bs. As. –Abeledo-Perrot-, La Plata – Librería Editora Platense-, t. X-a (Actualización. Parte General), 2004, pág. 495.

MARTÍNEZ, Oscar José; “El Procedimiento Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/30.pdf>

Memoria del Consejo General del poder Judicial, Libro II, Madrid, Año 2008

MORAHAN, Mariano; “La hora del procedimiento monitorio. La bienvenida implementación en la provincia de Entre Ríos de una estructura procesal con siglos de vigencia”; <http://ateneoentrerriano.org/La%20hora%20del%20Procedimiento%20Monitorio%20M%20MORAHAN.doc>.

NURIA BARCONES, Agustín. El juicio monitorio: Estudio de los documentos del artículo 812 LCE [Publicación periódica]. - Madrid : [s.n.]. - 2052 - 53 : Vol. Boletín.

PEREIRA CAMPOS, Santiago, Rogríguez, Clariza; “El Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”; http://www.academia.edu/10488638/El_proceso_monitorio_en_el_C%C3%B3digo_Modelo_para_Iberoam%C3%A9rica_y_en_el_C%C3%B3digo_General_del_Proceso_de_Uruguay

QUINTEROS PÉREZ, Magda Isabel; Samir Alberto Bonett Ortiz, Samir Alberto; Colmenares Uribe, Carlos Alberto; “El proceso monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* • No. 40 • Edición año 2014 • Bogotá, D.C. – Colombia.

YRARRÁZAVAL ARTURO, Saieh Cristián. “Código del Trabajo: El procedimiento Laboral Monitorio”. Publicado el 5 de julio de 2012. <http://www.clasejecutiva.cl/blog/2012/07/codigo-del-trabajo-el-procedimiento-laboral-monitorio/>, (fecha de consulta: 13 de junio de 2015).

Jurisprudencia y Leyes

ARGENTINA, Chaco, Cámara de Diputados, Ley 6002, 2007.

_____ Río Negro, Legislatura Provincial, Código Procesal Civil Y Comercial, Ley 4142, 2011.

_____ San Juan, Cámara de Diputados, Código procesal Civil y Comercial de Minería, Ley 7942, 2008.

_____ La Pampa, Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, Ley 1828, 1999.

_____ entre Ríos, Legislatura Provincial, Código procesal Civil y Comercial, Ley 9776, 2007.

_____ Congreso de la Nación Argentina, Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial, 1993.

CHILE, Código de Trabajo, ley 20.087 del 3 de enero del año 2006.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, Año 1988, IX Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Gelsi, Torello y Vescovi.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código General del Proceso, Ley 1564, Año 2012.

PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento (Ce) N O 1896/2006.

URUGUAY, ASAMBLEA GENERAL. Ley N° 1582/88.

CORTE INTERAMERICANA DE DDHH, “La última tentación de cristo” (Olmedo Bustos y otros VS. Chile) 2001.

**“EL PROCESO MONITORIO”, INSTRUMENTO PROCESAL “A LA MANO
DEL CIUDADANO” EN DESARROLLO EFICAZ DEL DERECHO
FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA ***

Semillero de Derecho Procesal “VISIÓN LIBRE”
Universidad Libre seccional Cartagena*

*María José Arnedo Pacheco, Jhon Jairo Brito Pérez
María Margarita Carrasquilla Rodríguez, Jean Carlos Díaz Reales
Diana María Gil Cantor, Aura Cristina Godín Osorio
Daniel Enrique Hernández Herazo, Martha Esneda Flórez Martínez
Colorado Montserrat Magre, María Angélica Narváez González*

Director del Semillero: *Hernán Darío Nicholls García*¹

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 2 de diciembre 2016.

Para citar el artículo: ARNEDO PACHECO, María José; BRITO PÉREZ, Jhon Jairo; CARRASQUILLA RODRÍGUEZ, María Margarita; et al. “El proceso monitorio”, instrumento procesal “a la mano del ciudadano” en desarrollo eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 150-167.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal “VISIÓN LIBRE” de la Universidad Libre seccional Cartagena.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal, Docente de la Universidad Libre seccional Cartagena.

Resumen

El código general del proceso ha sido desarrollado como una ley que tiene por objetivos brindar una economía procesal y trascender en la facilidad del acceso a la justicia, estableciendo procedimientos aún más abreviados y trámites más cortos que agilicen el acceso a la justicia y le permitan al asociado una pronta respuesta a sus necesidades; en razón a lo anterior surge el monitorio como un proceso que le permita a todo acreedor de una obligación dineraria, de naturaleza contractual y de mínima cuantía cuando se carece de un título ejecutivo, amén que el proceso monitorio permite generar un título ejecutivo el cual no reposaba en la relación jurídica, permitiéndole al acreedor tener un soporte para exigir el pago de su obligación; pero en la realidad podemos encontrar muchas de éstas que no se sustentan únicamente en dinero, como por ejemplo el pintar un cuadro o el brindar una conferencia, obligaciones de hacer que no corresponden a un pago. Obligaciones de esta naturaleza han sido dejadas de lado en el proceso monitorio y ello nos lleva a estudiar los fundamentos tomados por otras legislaciones para aplicar el monitorio a otros aspectos y no solo restringirlo al campo de las obligaciones dinerarias, brindándole mayores posibilidades a los asociados. Esta investigación nos permitirá analizar los sustentos teóricos, doctrinales y jurisprudenciales para argumentar la existencia de un proceso monitorio que divise el concepto de obligaciones en forma amplia generando mayores posibilidades de acceso a la justicia desde la cotidianidad del ciudadano.

Palabra claves: Monitorio, cuantía, justicia, obligación, dinero.

Abstract

The General Code of the Process has been developed as a law which objectives provide transcend procedural economy and ease of access to justice, establishing even more abbreviated procedures and shorter formalities to expedite access to justice and allow to the citizen a prompt response to their needs; due to this the payment as a process that allows any creditor of a monetary obligation, contractual and minimum amount arises when there is a lack of an enforcement order, in addition to the payment procedure can generate an enforcement order which does not lay in the legal relationship, allowing the creditor to have a support to demand payment of their obligations; but in reality we can find many of these that are not based solely on money, such as painting a picture or providing a conference, obligations do not correspond to a payment. This research will allow us to know the reasons why foreign laws provide for the payment for different situations and the appropriateness or practicality that its application in other fields represent access to justice in Colombia. And also analyze the theoretical, doctrinal and jurisprudential basis to argue the

existence of a payment procedure that the concept of obligations perceive broadly generating more access to justice from the everyday citizen.

Key words: Payment , amount , justice, obligation, money.

Introducción

Con el propósito de permitir un acceso más expedito a la justicia, Colombia ha decidido implementar el proceso monitorio proveniente de otras legislaciones; el proceso monitorio permite el cobro de una obligación dineraria que carece de título ejecutivo para su cumplimiento, permitiendo la creación de dicho título; pero al analizar el contenido del artículo 419 del CGP se observa que el anterior solo se enfoca en obligaciones de carácter dinerario, dejando por fuera obligaciones de otra naturaleza y generando un choque entre uno de los tantos objetivos de dicho proceso que es facilitar el acceso a la justicia, forjando un limitante al restringirlo solo al área de las obligaciones dinerarias; basado en lo anterior se decide entrar a estudiar esta característica del proceso monitorio y confrontarla con el tema del acceso a la justicia y así nos lleva a reflexionar si realmente el encuadrarlo solo en el campo de las obligaciones dinerarias limita el acceso a la justicia.

1. Proceso monitorio con relación al acceso a la justicia

Según la doctrina, el origen del proceso monitorio se remonta a la Alta Edad Media alrededor del Siglo XIII, con un procedimiento denominado *preceptum o mandatum de solvendo*, partiendo específicamente en las ciudades de Italia donde existía la necesidad de agilizar el comercio y el tráfico mercantil; el proceso se creó con el fin de evitar la vía ordinaria o Juicio Plenario, y así llegar a la obtención de un título considerado como de ejecución, el cual tenía dos características fundamentales latentes hoy en día: debía ser rápido y eficaz.

Se constituye este proceso como uno carente de fase previa de conocimiento, lo que esquivaba a una fase declarativa¹. El proceso en mención, surge entonces como una respuesta necesaria para que en las relaciones del tráfico mercantil no se quedaran estancadas las mercancías y hasta las mismas relaciones entre mercantes, e igualmente

¹ LANOS TORRES, Ximena Andrea y TORRES MONTAÑO, Claudia Patricia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil colombiano.

para poder realizar los reclamos de los créditos; era necesario un proceso más rápido, seguro y eficaz que fuera proporcional al crecimiento del comercio en aquella época.

Con base en lo anteriormente expuesto, es de destacar que en Italia desde el año de 1922 se consagró en el código de procedimiento civil en su artículo 637 el denominado proceso civil “Ingiunzione”, que traduce el mismo proceso monitorio de carácter documental que tiene por finalidad darle la oportunidad al deudor para que dentro de un término no superior a 40 días contados a partir de la notificación personal de la orden de requerimiento, pueda oponerse. De no oponerse, dicho requerimiento quedará en firme y consecuentemente el deudor podrá ser ejecutado.

Algunos doctrinantes consideran que el proceso monitorio tiene sus orígenes en Alemania, mas no en Italia. Pero actualmente se ha comprobado que el proceso monitorio alemán nace en el siglo XIX y recibe la denominación de *Mahnverfahren*, siendo ésta una metódica comunicación con los clientes para asegurar el cobro de las cuentas pendientes.

El proceso monitorio alemán está concebido como un procedimiento netamente puro, consistente en una orden de pago emitida por el sentenciador, que se otorga ante la simple afirmación del demandante respecto de la existencia de la obligación insoluta.

El procedimiento sigue su curso una vez proferido el requerimiento de pago y debidamente notificado al sujeto pasivo de la obligación, oportunidad ésta en la que el deudor puede oponerse dentro del término de dos semanas, contra dicho mandato o requerimiento no procede recurso alguno, destacando que no existe límite para la pretensión dineraria.

Siguiendo el recorrido histórico del auge del proceso monitorio en Europa, tenemos que en Austria, desde el año 1985 en el Código procesal civil de esa legislación, concretamente en su artículo 488, se consagró el proceso monitorio denominado “*Mandatsverfahren*”, el cual plantea un término de cuatro semanas al demandado para que haga uso de los recursos que proceden contra la resolución de requerimiento, dicho término empieza a correr a partir de la notificación personal de éste.

En Francia por su parte, se destaca que desde el año 1937 esta figura está prevista en el artículo 1405 del respectivo Código de procedimiento civil de ese ordenamiento

jurídico, donde está instituido como un proceso monitorio documental con la denominación “*Injencion de payer*”, el cual permite constituir títulos ejecutivos a través de un procedimiento documental simplificado.

En el caso de España, el proceso monitorio fue incorporado en el año 1999 a partir de la expedición del artículo 812 de la Ley de enjuiciamiento civil, mediante la cual se establece un proceso monitorio de tipo documental, al igual como se estableció en la legislación francesa, a través de éste es posible jurídicamente la reclamación de pretensiones por obligaciones dinerarias cualquiera que sea su cuantía, con la peculiaridad de que se tramita a través de un proceso abreviado que le impone al deudor el término de 20 días para que pague, o por el contrario se oponga al requerimiento efectuado.²

2. El proceso monitorio en Colombia

En aras de comprender la esencia del proceso monitorio, que nos atañe en estos momentos, tomaremos los artículos 419, 420 y 421 del Código General del Proceso, con el objetivo de simplificar y revisar parte por parte las características fundamentales que constituyen este proceso especial.

Ahora bien, versa el artículo 419 lo siguiente: “*Artículo 419.- Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este capítulo*”.³

La obligación en dinero del que trata el artículo en mención, consiste en que el pago es un modo de extinguir las obligaciones, en el momento en que el deudor cancela la deuda se dará por terminada tal obligación.

En el Código General del Proceso encontramos que el proceso monitorio consiste en el pago de una obligación en dinero, de mínima cuantía y que sea determinada y exigible. El primer requisito legal es el mandamiento de pago sobre una suma de

² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL SALA PLENA. Fallo del 24 de septiembre de 2014, Magistrado ponente: Martha SÁCHICA Méndez, Expediente No. 10115.

³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012, fecha de expedición: 12 de octubre de 2012.

dinero determinada, la que en el momento de su reclamación debe ser exigible, es decir, que no esté sometido a plazo o condición, que tenga calidad de pura y simple.

En palabras del Dr Colmenares Uribe: *El artículo 419 CGP, se refiere expresamente a la calidad de deuda dineraria determinada y exigible, sabiendo que es dinero, al exigir que sea determinada, es que se señale expresamente su monto, que no exista ninguna duda sobre la cantidad debida, ejemplo que se ordene el pago de la suma de dos millones de pesos, en este caso, se trata de una suma de dinero determinada.*

Para proferirse el mandamiento de pago debe estar necesariamente determinada la cuantía, de manera que al realizar el requerimiento de pago debe existir certeza cuál es el monto real de la deuda pretendida y objeto de pago.⁴

Cuando nos referimos a una deuda exigible, hacemos referencia a la deuda vencida. Para reclamar esta obligación por el proceso monitorio, esa cifra o monto exigible tiene que ser de mínima cuantía, esto es, que no excedan el equivalente a cuarenta Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (40 SMLMV), para el momento de la presentación de la demanda.

En cuanto a la naturaleza contractual de este proceso, lo primero que tenemos que decir del proceso monitorio es que éste es un instrumento procesal que le permite al órgano jurisdiccional pronunciarse de manera inmediata, con efecto de cosa juzgada, sobre la tutela reclamada sin oír previamente a la parte demandada, que al notificarse, puede guardar silencio o formular oposición. Si ocurre lo primero, el juez dicta sentencia, pero si sucede lo segundo, se inicia un proceso declarativo.

Este instrumento está destinado para que los acreedores que carezcan de título ejecutivo puedan hacer valer el derecho de crédito mediante un procedimiento expedito y fácil, incluso sin abogado, para obtener el pago de una suma líquida de dinero proveniente de una relación de naturaleza contractual.

Si nos ceñimos al tenor literal del artículo 419 del Código general del proceso, tendríamos que decir que es requisito fundante para la procedencia del proceso

⁴ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso en Colombia. Ley 1564 de 2012.

monitorio, que la obligación líquida de dinero contenida en él sea de naturaleza contractual.

La anterior anotación nos lleva a pensar: ¿Por qué tendría que ser necesariamente de naturaleza contractual la obligación derivada de ese crédito? ¿Cabría la posibilidad de ser también una relación de naturaleza extracontractual? Es decir, aquellas que se hayan concretado por fuera de un contrato, donde las partes, sin mediar acuerdo o convenio alguno, en virtud de una situación jurídica particular quedaron vinculadas, una en calidad de acreedora y otra de deudora respectivamente.

Para muchos autores, la justificación de la exigencia del artículo 419 del C.G.P. respecto de la relación contractual que debe mediar en el proceso monitorio, está dada en que por regla general, las obligaciones derivan, en su fuente.

Esto no quiere decir que el contrato tenga que estar por escrito. Recuérdese que también existen contratos verbales (como el caso hipotético del contrato de compraventa que se celebra con el tendero todas las mañanas cuando compra la leche para el desayuno). Obviamente, aquí jugará la naturaleza del contrato, ya que sería ilógico promover un proceso monitorio en virtud de un contrato a título gratuito como el contrato de comodato, por ejemplo.

Dicha obligación a la que se refiere el artículo 419 C.G.P. debe estar determinada y exigible. ¿Qué conllevan estos dos aspectos?

“Que la obligación sea determinada, es decir, debe existir claridad a lo que el supuesto deudor se comprometió. Ejemplo: Si logras construir la terraza de mi casa, te pagaré un salario mínimo.

Normalmente, una obligación es determinada cuando tiene plazos o está condicionada a un hecho posible (como la construcción de la terraza de la casa).

Que sea la obligación exigible, lo que quiere decir, que sea física y jurídicamente posible, o de lo contrario la obligación será nula. Una obligación es jurídicamente posible no porque esté establecida en el Código Civil o en el Código de Comercio, sino

porque su objeto sea lícito. De este modo, si eres narcotraficante y tu cliente no te pagó por ese cargamento que le enviaste, ni pienses en un proceso monitorio. O aún, si se invierte dinero en alguna pirámide y el distinguido empresario no pagó los jugosos rendimientos, tampoco podrán exigirse mediante un proceso monitorio; muy diferente si se celebra un contrato de Joint Venture o se aporta dinero a una mesa de dinero (no confundir con las pirámides)”⁵.

Veremos ahora la característica de que la obligación debe ser de mínima cuantía. Con el pasar del tiempo, en las relaciones sociales y mercantiles se ha obviado el pago de obligaciones minúsculas que podrían “parecer” no tener relevancia ante altas cantidades de dinero, que por la suma considerable de éstas últimas el acreedor siempre constituye un documento que haga exigible tal obligación, dejando así a la simple informalidad las cargas mínimas adeudadas, es decir sin ningún título ejecutivo que la haga exigible.

Sin embargo, en pro de satisfacer estas obligaciones, el proceso monitorio tiene como requisito singular, para poder instaurarse que la obligación que se adeuda sea de mínima cuantía, es decir, cuando la demanda verse sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv), se podrá iniciar el proceso monitorio, tal y como lo preceptúa el Art. 25 Código general del proceso.

Luego entonces, observamos que se pretende extinguir con la cultura de no pago que se ha generado por la no constitución de un título, abriendo puertas para acceder a la justicia como una forma ágil y simple de satisfacer las obligaciones adeudadas.

Ahora bien, este requisito podría manejarse desde dos enfoques, el primero expuesto anteriormente con relación a la cuantía, en este caso de mínima y el segundo que establece la cuantía del proceso, se hablaría entonces de la competencia del juez por el factor objetivo y territorial, que establece que el juez competente para conocer del proceso monitorio es el juez civil municipal del domicilio del demandado o el lugar de cumplimiento de la obligación a elección del demandante.

⁵ MUÑOZ, Juan Carlos. “Todo sobre los procesos monitorios” publicado el 9 de Octubre de 2012, <https://munozmontoya.wordpress.com/2012/10/09/todo-sobre-los-procesos-monitorios-art-419-del-cgp/>

En consecuencia de lo anterior podemos afirmar que el monitorio es de mínima cuantía, el juez competente es el civil municipal y que se trata de un proceso de única instancia.

A través del numeral 5 del artículo 420 del Código general del proceso, se deja en claro la necesidad de expresar en la demanda de manera clara y precisa que la suma adeudada objeto de controversia no depende de una contraprestación a cargo del acreedor que es la persona que demanda.

Lo anterior en razón a que se descontextualizaría la naturaleza de este proceso, el cual busca ser ágil y eficaz, evitando reconvenções o debates procesales o probatorios pertenecientes a la naturaleza de los demás procesos, amén de que se incurra en una injusticia por obligar a un deudor a pagar una obligación que perfectamente se podría extinguir con una compensación, entendida como otra forma de dar por terminado las obligaciones.

Esto se fundamenta en el artículo 1714 del Código civil el cual manifiesta lo siguiente: “*Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas*”⁶, por esa razón no es viable que se recurra a un monitorio cuando existe otro mecanismo para poder extinguir la obligación.

Claramente este requisito permite evitar una congestión en el acceso a la justicia, ya que así se puede depurar y prescindir que los jueces entren en conocimiento de procesos que perfectamente se pueden solucionar por otras vías o medios establecidos y entrar a conocer lo que realmente amerita una solución por vía del monitorio.

En Colombia hallamos obligaciones civiles y obligaciones comerciales, que muchas veces atendiendo al principio de la buena fe en las relaciones mercantiles y sociales de las personas, y además por ser de mínima cuantía no figuran, reflejan o se constituyen en documentos que suponen ser títulos valores o títulos ejecutivos, que a la hora de hacer exigible su cumplimiento frente a la actitud renuente o reacia del no pago, constitución en mora o incumplimiento por parte del deudor, para el acreedor es difícil y en ocasiones hasta imposible o engorroso su recaudo por medio de los procedimientos legalmente establecidos.

⁶ Artículo 1714 del Código Civil Colombiano.

Ante la exigibilidad de esas obligaciones nacidas en contratos verbales, en muchos casos o en escritos que no prestan mérito ejecutivo, nace la necesidad de un proceso rápido y efectivo por medio del cual se pueda exigir el cumplimiento de la obligación, por lo cual el nuevo Código General del Proceso implementa el proceso monitorio, que como ya se ha estudiado anteriormente, es un instrumento idóneo creado para el buen recaudo de esas obligaciones dinerarias determinadas de mínima cuantía cuyo pago se pretenda siendo exigibles bajo los requisitos y condiciones legales que el procedimiento en mención ordena cumplir, para poder de tal suerte intimar o requerir al presunto deudor demandado y posteriormente ejecutarle en caso de no pago.

En el Art. 420 del Código General del Proceso se versa sobre el contenido específico que debe llevar la demanda que se presente para dar inicio a un proceso monitorio; remitiendo exclusivamente al inciso sexto de tal artículo, donde encontramos que uno de los aspectos requeridos es la presentación de las pruebas documentales que deberán integrarse al escrito de la demanda.

Dicho inciso sexto del Art. 420 del CGP reza:

“Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga.

El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales”⁷.

Desglosando el inciso anterior, podemos analizar que en la primera parte del inciso donde se establece: *“las pruebas que se pretendan hacer valer”*; se da a entender que el demandante en este caso podrá presentar documentos como pruebas, entendiéndose como documentos en forma amplia los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas,

⁷ Artículo 420 Inc. 6. Código General del Proceso.

monumentos, edificios o similares⁸, tal cual como lo expone el Art. 243 del Código General del proceso.

Las pruebas solicitadas para el evento en el cual el demandado se oponga, como lo expresa la segunda parte del mismo inciso, nos permite inferir los siguientes aspectos:

1. Si el demandado se opone, la parte demandante deberá presentar pruebas que sirvan de respaldo a los diversos argumentos planteados en la presentación de la demanda.
2. Si el demandado se opone, éste podrá pedirle al demandante que pruebe lo que argumenta en la presentación de la demanda, en caso tal de que el demandante no haya aportado pruebas hasta el momento.
3. Si el demandado se opone y este tiene pruebas que puedan absolverlo de tal posición, también podrá presentar pruebas para que se verifique su versión de los hechos.

En el segundo párrafo del inciso sexto nos indican que *“El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder”* y además resalta la aclaración de que cuando no se tengan dichos documentos, se deberá señalar donde se encuentran éstos, o en su defecto manifestar bajo juramento que no existen dichos soportes documentales. El juramento se entenderá prestado por la presentación de la demanda, en la cual el demandante deberá especificar por escrito que no existen soportes documentales.

Lo anterior nos explica de otro modo que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso; y por lo cual el proceso monitorio no es la excepción para la aplicación de la carga dinámica de la prueba, en la cual incumbe a ambas partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

⁸ Artículo 243 del Código General del Proceso.

Por otro lado, el parágrafo del artículo 420 del CGP nos lleva a preguntarnos, qué pasará con ese formulario, ya que como bien sabemos, el Consejo Superior de Judicatura está en proceso de desaparecer para ser reemplazado en sus funciones por el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Se considera pertinente preguntarnos quién será el encargado ahora de suministrar dichos formularios.

En el portal web de la Rama Judicial se puede hallar sin ningún problema el formato destinado a facilitar a los asociados para que puedan interponer esta acción, pero ¿qué sucede con las personas que no tienen acceso a internet?

Dejamos entonces este interrogante pendiente para encontrarle respuesta a medida que se desarrolle este proceso monitorio, lo cual puede llevar probablemente años para que entre del todo como un proceso viable y de fácil acceso para todos los asociados.

3. Trámite del proceso monitorio según el artículo 421 del código general del proceso

Luego de presentar la solicitud, la cual debe contener todos los requisitos establecidos en el artículo 420 del Código General de Proceso, es obligación del juez civil municipal analizar sus componentes y decidir si la admite, la inadmite o en su defecto la rechaza.

Si la demanda es admitida el juez ordena requerir al deudor para que un plazo de 10 días luego de la notificación personal, conteste la demanda, presente oposición ya sea total o parcial, pero justificando su actuar.

El demandado al recibir la notificación personal, la cual es la idónea y el único medio previsto en este artículo para brindarle conocimiento del proceso en su contra, puede presentar las siguientes actitudes:

- No comparecer
- Pagar
- Presentar oposición parcial
- Presentar oposición total

Si se da la situación en que la persona no comparece al proceso, ni paga el monto adeudado, vencido los 10 días otorgados por el legislador, el juez deberá dictar sentencia condenatoria en su contra, la cual termina por concederle el título ejecutivo al demandante, para que éste en el mismo proceso, ante el juez de conocimiento inicie el proceso de ejecución para reclamar el cumplimiento de la obligación. Así como lo prevé el artículo 360 del Código general del proceso.

Si la parte requerida paga, esta actitud da por terminado de manera inmediata el proceso monitorio ya que se suple lo requerido por el demandante.

Si dentro de los 10 días otorgados para que el demandado responda, éste expone los motivos por los cuales considera que no debe todo lo que dice el acreedor o solo debe una parte, o sea presenta oposición parcial, el juez a solicitud del demandante podrá proferir sentencia y se podrá iniciar un proceso declarativo, más específicamente un proceso verbal sumario, previsto en el Artículo 390 del Código General del Proceso y que tiene como característica fundamental resolver conflictos de mínima cuantía además de dar certeza a la existencia del derecho.

Si el demandado presenta oposición total, éste tendrá la obligación de aportar las pruebas que considere pertinentes para justificar su actuar, siendo así el juez deberá dar por terminado el proceso monitorio y consecuentemente citará a las partes a un proceso verbal sumario donde se resolverá la controversia.

En este tipo de proceso, no se admite ni recursos, ni intervención de terceros, ni excepciones, ni demanda de reconvención, ni emplazamiento para quien deba ser notificado personalmente, pero sí se pueden practicar medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 590, cuando se dicta sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas previstas en los procesos ejecutivos.

4. Acceso a la justicia en Colombia

Art. 229. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.⁹

Como se establece en el artículo en mención, el Estado colombiano garantiza el acceso a la justicia, lo anterior manifestado en los diferentes procedimientos que le permiten al usuario poder solucionar sus dificultades y obtener una respuesta acorde al derecho, el acceso a la justicia no solamente consiste en el reconocimiento de los procedimientos, sino también de que dichos procedimientos vayan de la mano de principios como la celeridad, la eficacia, la eficiencia y la economía procesal.

Con miras a alcanzar ese acceso, el Congreso de la República ha desarrollado el Código General del Proceso, código que permite afianzar y reforzar los principios que reposan en nuestra Constitución y en nuestro sistema procesal, estableciendo procesos con una breve duración, sin tanta formalidad, confinando las sentencias inhibitorias y evitando nulidades innecesarias, saneando cada etapa del proceso de los posibles vicios o nulidades a las cuales se ve expuesto procesos que permiten la intervención del afectado en ocasiones sin la presencia de un abogado, todo con miras a lograr que el asociado se encuentre en condiciones para acceder a la justicia.

El acceso a la justicia presupone la principal garantía que el Estado ofrece a los ciudadanos como medio para dirimir o resolver los diferentes conflictos o situaciones que se puedan presentar entre los mismos.

Representa un derecho inherente a todo ser humano que no solo le permite solicitar al interesado frente a las instancias judiciales sus pretensiones, sino también que sean resueltas de una manera justa y eficaz. Por tal motivo con el pasar de los tiempos se han propendido trámites y procesos que faciliten el acceso a la justicia, tal como lo supone el novedoso proceso monitorio.

El proceso monitorio como se ha venido desarrollando en el transcurso de este artículo, tiene como fin acceder a la justicia, pues busca constituir un título ejecutivo para el cumplimiento de una obligación de mínima cuantía que ha sido insatisfecha, es decir, en primera medida abre las puertas de la justicia a cualquier ciudadano para que pueda reclamar un derecho que por sus condiciones no tenía una tutela judicial efectiva, resultando novedoso y obedeciendo a principios constitucionales, como eficacia, celeridad, economía, descongestión entre otros.

⁹ Artículo 229 de la Constitución Política de Colombia.

El monitorio permite aquellos pequeños acreedores comerciantes que concurran a la administración de justicia para interponer un trámite sencillo y ágil para satisfacer su obligación adeudada.

Ahora bien, el monitorio responde a los tres pilares que plantea el acceso a la justicia: el primero, como la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, en este caso está dicho que el juez competente para resolver el proceso monitorio es el juez civil municipal, quien tiene la competencia por factor objetivo y territorial; en segundo pilar que el problema sea resuelto, en este punto se pretende satisfacer la obligación adeudada por parte del deudor; y en tercer lugar que sea de manera efectiva, aquí el monitorio procura la constitución de un título ejecutivo y su respectiva ejecución.

Todo esto nos hace inferir, que el proceso monitorio permite un eficaz acceso a la justicia, sin embargo, el monitorio trae consigo pequeños obstáculos para acceder de manera libre y sin restricción al acceso de justicia, pues por ser un proceso declarativo especial posee características singulares como presupuesto para interponerse que inciden al momento de acceder a la administración de justicia.

A pesar de que la ley garantice un acceso a la justicia, en la práctica ésta se ve frustrada por los diferentes obstáculos que se presentan al momento de desarrollarse, como por ejemplo el incumplimiento de los términos dentro de un proceso, en ocasiones el juez se excusa en el exceso de trabajo y se abstiene de tomar decisiones en tiempo, la falta de celeridad, el desconocimiento, costos económicos que no se puedan pagar, entre otros.

El proceso monitorio ha sido concebido como un proceso con el objetivo principal de alcanzar lo anteriormente expuesto, por esa razón ha quebrado las barreras que anteriormente le impedían al asociado acceder a la justicia tras la ausencia de un título ejecutivo en una obligación de naturaleza contractual, pero a pesar de la ventaja establecida en este proceso bajo nuestra óptica continúa manifestando un déficit que afecta el acceso a la justicia, como es la limitación de solo enmarcarlo para obligaciones de naturaleza dineraria.

Las obligaciones se caracterizan porque se dividen en dar, hacer y no hacer; las obligaciones dinerarias son solo una de las modalidades de los diferentes tipos de

obligaciones que existen, el proceso monitorio solo le está reconociendo vida a esta clase de obligaciones, omitiendo la presencia de las demás y dejando a los acreedores de otras clases de obligaciones desprovistos de medios para poder obtener el cumplimiento de su obligación; por ejemplo el acreedor que contrata a un pintor, su obligación no está sustentada en dinero, es de otro tipo de obligación de hacer.

Conclusiones

Siendo el proceso monitorio una acción judicial novedosa y teniendo en cuenta que aún no ha entrado en vigencia en nuestro territorio, es muy escaso el desarrollo doctrinal en el ordenamiento jurídico colombiano sobre esta figura; respecto de la jurisprudencia y la ley nacional es notorio un incipiente abordaje del mismo, por medio de la ley 1564 de 2012 en los artículos 419 y subsiguientes, y la sentencia C-726 de 2014 anteriormente señalados. En estas normas solo se hace mención a la procedencia del monitorio sobre obligaciones de carácter dinerario, determinadas y de mínima cuantía; por lo que no hay lugar a instaurar un monitorio cuando la obligación que genera el vínculo entre acreedor y deudor sea de otra naturaleza diferente a sumas líquidas en dinero.

Cabe resaltar que sí se puede instaurar cuando dicha obligación es determinable en dinero, sin importar que se cuente o no con documentos que sirvan de soporte ante la jurisdicción. Esto debido a que ni la ley ni la jurisprudencia han distinguido sobre otra clase de obligación, por lo tanto el intérprete debe ceñirse al tenor de las normas del Código General del Proceso.

En síntesis, en Colombia no se tienen antecedentes del proceso monitorio, ya que por primera vez se estará aplicando, a diferencia de países como Italia, Alemania, España, Uruguay, Venezuela, entre muchos otros, donde se ha venido implementando desde el siglo XIII a la fecha; por lo cual a nivel de derecho comparado existe gran información sobre este instrumento procesal, el cual ha tenido gran auge debido a su éxito y efectividad en obligaciones insatisfechas y de pequeñas sumas en los respectivos países donde tiene operancia.

La razón por la cual se ha acogido en Colombia esta acción judicial es para fomentar la cultura del pago en obligaciones de mínima cuantía, obligaciones que no tenían un mecanismo idóneo para hacer efectivo su pago pese al incumplimiento.

A la fecha no se sabe qué impacto pueda tener este novedoso proceso, si serán positivos o negativos, ya sea que se facilite el acceso a la justicia, al ser un proceso que no necesita de apoderado judicial, es de corta duración y eminentemente sencillo e informal; o que se congestionen aún más los despachos judiciales de los jueces civiles municipales al ser competentes de demandas de sumas irrisorias entre otros asuntos objeto de su conocimiento.

Por el momento, la expectativa por los resultados con base al derecho comparado es bastante prometedora y alentadora.

De conformidad con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado expresamente en el artículo 229 constitucional, es de considerar que el proceso monitorio prima facie garantista de este derecho, como quiera que, tal y como se ha venido comentado en el desarrollo de este trabajo académico, el mismo cumple con las particularidades de ser un trámite eficaz, expedito, breve y sumario, que por tales características, permite el goce efectivo de este derecho de rango constitucional.

De este proceso surge una serie de interrogantes como por ejemplo ¿realmente el proceso monitorio es violatorio de la Carta Política, puesto que el juez dicta requerimiento de pago al deudor sin haberlo escuchado?, al analizar este tipo de proceso, se pudo observar que el mismo brinda una serie de mecanismos de defensa de los cuales hace uso al demandante para oponerse a las pretensiones alegadas por el accionante.

En el momento en que el sujeto pasivo presenta cualquier tipo de oposición ya sea total o parcial, de allí nos remitimos a un proceso verbal sumario, esto es una muestra clara de que el proceso monitorio no es del todo independiente, ya que vendría necesitando de otro tipo de proceso para poder acabar con la Litis. Sin embargo el legislador establece una serie de ventajas al demandante para que dentro del mismo proceso que ya se venía adelantando, pida se promueva el verbal sumario para resolver la controversia.

Referencias bibliográficas

Doctrina:

MUÑOZ, Juan Carlos. “Todo sobre los procesos monitorios”. <https://munozmontoya.wordpress.com/2012/10/09/todo-sobre-los-procesos-monitorios-art-419-del-cgp/>.

CALAMANDREI, Piero. “El procedimiento monitorio”, Trad. De Sentis Melendo, Ed. E.J.E.A. Bs.As. 1946.

CORREA DELLCASO, Juan Pablo. “El proceso monitorio”, Ed. J.M:Bosch – Barcelona-1998.

COLMENARES CARLOS ALBERTO. Ponencia XXXI Congreso de Derecho Procesal en Cartagena 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe, “Proceso monitorio”. Instituciones del Derecho Procesal Civil.

Jurisprudencia colombiana

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena de la Corte constitucional. Sentencia C-726 de 2014. Fallo del 24 de septiembre de 2014. Magistrado ponente Martha Sáchica Méndez. Exp:D -10115.

Leyes

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564/2012: Código General del Proceso.. Capitulo IV Proceso Monitorio. 12 de Julio de 2012.

COLOMBIA, CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 229. Año 1991.

MEDIOS DE PROTECCIÓN AL DEMANDADO EN EL PROCESO MONITORIO*

Semillero de Derecho Procesal
Universidad Francisco de Paula Santander
Seccional Ocaña*

*Camilo Andrés Herrera Peñaranda, Cristian Andrés Álvarez Torrado,
Gean Carlos Quesada Galvis, Gina Tatiana Torrado Prado,
Jhosmario Alsina Cañizares, Huber Danilo Castilla Rincón,
Ingrid Esther Santodomingo Ariza, Karla Tatiana Bacca Giraldo,
Natalia Reyes Plata, Saray Santodomingo Ariza*

Director del Semillero: *Henry Cepeda Rincón*¹

RESUMEN

A partir del análisis del proceso monitorio establecido en Colombia a través del Código General del Proceso, es objetivo del semillero escudriñar dentro del

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 5 de diciembre 2016.

Para citar el artículo: HERRERA, Camilo Andrés; ÁLVAREZ, Cristian Andrés; QUESADA, Gean Carlos; et al. Medios de protección al demandado en el proceso monitorio. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 168-202.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal Universidad Francisco de Paula Santander - Seccional Ocaña.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal y docente de la Universidad Francisco de Paula Santander – Ocaña.

ordenamiento jurídico colombiano los posibles medios de protección que garanticen al deudor el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y de defensa de sus derechos. Esta investigación se realiza partiendo de un método investigativo comparativo, con el cual logramos establecer cuatro medios jurídicos que son, la acción tutela, la sanción del diez por ciento (10%), denuncia de comisión de tipos penales y el recurso extraordinario de revisión, que pueden ser usadas por el requerido cuando le sean vulnerados sus derechos dentro de un proceso monitorio.

Palabras claves: proceso monitorio, medidas de protección, acción de tutela, comisión de tipos penales, sanción.

Abstract

From the payment analysis process set down in Colombia through general code of procedure, its a target of the seedbed to scudrinize within the Colombian legal system in order to look for possible sources of protection, than guarantees to the debtor a complete access to the justice in conditions of equality and defense of his rights. This investigation can be done, going from a research method, in which we can establish for legal means, they are the guardianship, a punishment to the ten percentage (10%), commission of criminal offenses, and extraordinary review resource, that could be used by the affected one when his rights have been violated in a legal process.

Key words: payment process, protection means, guardianship, punishment.

Introducción

El proceso monitorio desde sus inicios ha sido tema de estudio por parte de grandes juristas de distintas nacionalidades, que con sus aportes y críticas le han otorgado un auge a dicho proceso, revistiéndolo de importancia y reconocimiento; constituyendo de esta manera las bases para quienes se interesan en su estudio y posteriormente en su implementación.

En este orden de ideas, en el ámbito internacional podemos citar a grandes juristas que luego de haber realizado un proceso investigativo han logrado darle fundamento sólido al proceso monitorio tales como: GARBERÍ LLOBREGAT (Francia), BONET NAVARRO (España), EDUARDO COUTURE (Uruguay)

En la tarea de darle cimientos e identidad propia a este proceso, Colombia ha realizado significativos aportes, y en este punto es importante resaltar la labor que ha abanderado el doctor Carlos Alberto Colmenares Uribe, quien ha expuesto entre otros temas, las numerosas ventajas que traería consigo la correcta aplicación de este proceso al ordenamiento jurídico colombiano.

Los estudiosos del proceso monitorio y en particular, de la imposición de éste dentro del Código General del Proceso, se han centrado en aspectos positivos para el acreedor pero que a su vez, desfavorecen al deudor. Desde esta deducción, hemos dirigido nuestro trabajo investigativo en aras de adentrarnos en esta temática con el fin de implementar un mecanismo de protección al deudor dentro del ámbito jurídico colombiano.

Para dar respaldo al fin propuesto, el semillero analizó la consagración del proceso monitorio en el Código General del Proceso, exponiendo una interpretación sistemática a los aspectos que la legislación consagra para posteriormente acoger aquellos que respaldan al deudor en el inicio, desarrollo y culminación del proceso monitorio.

1. El proceso monitorio en el Código General del Proceso

A raíz del éxito que ha tenido el proceso monitorio en algunos países, Iberoamérica acogió éste modelo de proceso por su eficacia, economía, y celeridad. La mayoría que han adoptado este modelo, han resaltado las ventajas que ha tenido su implementación. No obstante, en Colombia los redactores del Código General del Proceso en los debates del proyecto que finalmente conocemos hoy como ley 1564 del 2012, queriendo fortalecer la celeridad de todos los procedimientos judiciales, incluyeron dentro de los procesos declarativos especiales, el monitorio, el cual se ha instaurado para descongestionar la administración de justicia.

Dentro de la exposición de motivos referente a sus principales características se dijo:

“El código general del proceso es innovador. Trae nuevas instituciones y procedimientos verdaderamente novedosos en Colombia. Hay muchos ejemplos: el proceso monitorio para facilitar el acceso a la justicia a quienes no tienen un título ejecutivo, notificaciones y emplazamientos más ágiles y con menos tramites, carga dinámica de la prueba.”¹

La característica de la carga dinámica va en concordancia con el proceso monitorio ya que según CALAMANDREI,

"el proceso monitorio supone una inversión de la carga del contradictorio"²

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

² CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos aires. Ed. Bibliografías argentina. 1946. P.24.

El doctor Colmenares Uribe trae a colación la importancia de la celeridad en Colombia, con base en los resultados del estudio Doing Business 2012³, Colombia ocupa el puesto 177 entre los 183 países objeto de estudio, siendo la justicia colombiana considerada la más lenta, ocupando el sexto puesto en todo el mundo y el tercero en América.

En Europa la efectividad del proceso monitorio ha sido evidente ya que ha alcanzado índices de eficacia sobresalientes, y es oportuno mencionar que países como España tiene un total de procesos monitorios iniciados que sobrepasan el 50% que concluyen bien con el pago en un 13.8%, o bien con la creación del título ejecutivo en un 36.6%.

Colombia acoge este modelo de proceso porque a través de sus principios se puede potenciar la efectividad de la tutela del crédito, crear con rapidez títulos ejecutivos y reducir el número de juicios declarativos, logrando así la evolución en la administración de justicia.

1.1. Concepto y naturaleza jurídica

Según la real academia española, etimológicamente la palabra "monitorio" proviene del latín, "monitorius" y significa: "que sirve para avisar o amonestar", a su vez es igual a "persona que avisa o amonesta",⁴

Según BONET NAVARRO, dice que es:

“aquel proceso de declaración especial en el que el acreedor solicita al Juez que requiera al deudor para que pague totalmente o formule oposición, con la advertencia de que, en caso contrario, se despachará ejecución sin más trámites.”⁵

Por su parte, CARLOS ALBERTO COLMENARES, dice que:

“Es un instrumento procesal que le permite al órgano jurisdiccional pronunciarse de manera inmediata, con efecto de cosa juzgada, sobre la tutela reclamada sin oír previamente a la parte demandada, que, al notificarse, puede guardar silencio o formular

³ COLMENARES URIBE. Carlos Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso en Colombia Ley 1564 del 2012. p.3.

⁴ Wordreference.com.online language dictionaries. acceso al diccionario de la lengua española (RAE). Monitorio, ria. Disponible desde internet en: <<http://www.wordreference.com/es/en/frames.afp?es=monitorio>> (25 junio 2015)

⁵ BONET NAVARRO. José. La reclamación judicial de los gastos de comunidad (Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre el proceso monitorio con las especialidades previstas en la Ley de Propiedad Horizontal). Ed. Edisofer. S.L. Libros Jurídicos. Madrid. 2004. P. 43.

oposición. Si ocurre lo primero, el juez dicta sentencia, pero si sucede lo segundo, se inicia un proceso declarativo.

Este instrumento está destinado para que los acreedores que carezcan de título ejecutivo puedan hacer valer el derecho de crédito mediante un procedimiento expedito y fácil, incluso sin abogado, para obtener el pago de una suma líquida de dinero proveniente de una relación de naturaleza contractual.”⁶

GARBERÍ LLOBREGAT, lo define como:

“un proceso jurisdiccional carente de fase declarativa, destinado a tutelar aquellos derechos de crédito de índole pecuniaria y de mediana cuantía que se encuentren debidamente documentados, y cuya esencial finalidad radica en obtener, en el menor tiempo, con el menor coste posible y sin más garantía que la derivada de la propia intervención judicial, un título que permita abrir el procedimiento de ejecución forzosa del derecho de crédito impagado.”, o como un “juicio ejecutivo de los títulos no ejecutivos.”⁷

La naturaleza jurídica del proceso monitorio ha sido de gran controversia entre tratadistas, unos consideran que es un proceso voluntario, otros que es declarativo y otros que es ejecutivo, que es administrativo, jurisdiccional, etc.

Según el tratadista Joan Pico I Junoy:

El monitorio es un proceso declarativo plenario especial caracterizado por la inversión del contradictorio:

a) Es un proceso declarativo porque su finalidad es la obtención de un título de ejecución;

⁶ COLMENARES, Carlos Alberto. El proceso monitorio traerá muchos beneficios. En: ámbito jurídico. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be.asp> (25/06/2015- 10:22 a.m.).

⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María y CASERO LINARES, Luis; El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución dineraria, proceso monitorio y juicio cambiario. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona 2002. P. 1155. Según el autor, el proceso monitorios: “una especie de diligencia preliminar que pueden promover los acreedores de los créditos documentados de cuantía determinada, en la creencia cierta de que, si la misma finaliza con éxito por ser atendido el requerimiento de pago, se habrán ahorrado todo un previo proceso declarativo encaminado a obtener un título de ejecución jurisdiccional; mientras que si desemboca en fracaso por la oposición expresa del deudor, aquellos acreedores tan sólo habrán perdido un breve periodo de tiempo previo a la definitiva, ya ineludible, incoación del proceso declarativo que corresponda si es que se quiere hacer efectivo el derecho de crédito de que se trate.” P. 1158.

b) Es un proceso plenario porque la resolución que le pon fin, en caso de incomparecencia del deudor, produce plenos efectos de cosa juzgada;

c) Es especial por su ámbito material, pues sirve para la tutela del crédito.

d) Se caracteriza por la inversión del contradictorio, pues éste existe sólo en la medida en que haya oposición del deudor, en cuyo caso, obliga al actor a interponer una demanda.⁸

Según COLMENARES URIBE:

Sobre la naturaleza en el trabajo denominado “El Proceso de la Estructura Monitoria (Colmenares, 2011), señaló que el proceso monitorio no es un proceso declarativo ni ejecutivo, sino especial y que tiene por finalidad la creación de un título ejecutivo, siendo válidas las posiciones doctrinales según las cuales el proceso monitorio termina:

a) con el pago.

b) con el silencio (pues dicha actitud, como ya se ha dicho, da lugar a que se profiera sentencia que constituye cosa juzgada)

c) si se opone el demandado, el procedimiento monitorio termina y en su lugar se inicia la fase de un proceso declarativo.⁹

1.2. Clasificación del proceso monitorio

Para CALAMANDREI,¹⁰ existen dos tipos de proceso monitorio:

El proceso monitorio “puro”, denominado así por ser el que más se asemeja al histórico mandatum cum clausula iustificativa del que procede, donde la orden de pago emitida por el Juez surge con base en la simple afirmación unilateral y sin prueba alguna del acreedor.

⁸ JUNOY, JOAN PICÓ I. EL PROCESO MONITORIO - Una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, año 14, n° 1120, 25 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6458-el-proceso-monitorio-una-vision-espanola-y-europea-de-la-tutela-rapida-del-credito>

⁹ COLMENARES. Carlós Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso. Disponible en: < <http://myslide.es/documents/ponencia-monitorio-cartagena-2012-definitiva.html> > (25/06/2015)

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1946. P. 33 y ss.

La oposición no motivada del deudor vuelve ineficaz esta orden de pago, de forma que se inicia el contradictorio, donde se decide, no si la orden de pago ha de ser revocada o mantenida, sino sobre la originaria acción de condena, como si no se hubiese emitido la orden de pago.

El proceso monitorio “documental”, donde los hechos constitutivos del crédito han de ser probados indiciariamente mediante documentos. La oposición no motivada del deudor-requerido, a diferencia de lo que ocurre en el proceso monitorio “puro”, no produce la ineficacia del mandato de pago, sino que tiene el efecto de iniciar el contradictorio, donde el Tribunal deberá decidir si las excepciones opuestas por el demandado tienen la suficiente entidad como para dejar sin fundamento la orden de pago, o si, por el contrario, se ha de mantener.

1.3. Características del proceso monitorio

Según Carlos Alberto Colmenares Uribe:

“...Se caracteriza por una inversión de la iniciativa del contradictorio, y al demandado se le condena provisoriamente sin oírlo, emitiéndose en su contra una decisión que accede a las pretensiones del demandante o las niega y que queda en firme si no es objeto de una oposición. Esa oposición queda en cabeza del demandado, quien a su arbitrio la interpone o no, y si no lo hace queda en firme la sentencia provisoria dictada contra el demandado.

Los renglones anteriores permiten determinar los siguientes rasgos para saber que estamos frente a un proceso monitorio.

- *Que la relación jurídica esté única y exclusivamente circunscrita al derecho de crédito de naturaleza contractual. Se trata de un proceso destinado única y exclusivamente a la tutela efectiva del crédito.*
- *Que tenga como finalidad la creación de un título ejecutivo.*
- *Que los únicos sujetos de la relación procesal sean el acreedor y el deudor.*
- *Que se pretenda el pago de una obligación en dinero, determinada y exigible que sea de mínima cuantía.*
- *Es mixto: Puede ser documental o puro, es documental cuando se pueda acreditar la deuda con cualquier documento, siempre que*

provenza del deudor y que aparezca firmado por él, o con su sello o marca, o, en general, con cualquier documento que haga razonable la probabilidad de la existencia de la obligación o que el documento emane del acreedor. Es puro cuando el acreedor no tenga soportes documentales, bastando la mera afirmación en la demanda la cual se presume que es bajo la gravedad del juramento, debiendo por tanto siempre en todo proceso monitorio obrar el acreedor con base en los principios de lealtad procesal y buena fe.

- *Que, inicialmente, exista ausencia de contradictorio; por ello no se debe hablar de demandante ni demandado, sino de acreedor y deudor.*
- *Que se invierta la iniciativa de contradictorio. Es regla General y necesaria del derecho procesal que nadie puede ser condenado sin ser oído, conocido como el precepto *audiatur altera pars*, significando que es un principio inherente a la justicia misma, pero el hecho de que se invierta el contradictorio dada la naturaleza propia del proceso monitorio puede asegurar la violación al debido proceso o la bilateralidad de la audiencia, el deudor podrá hacer uso del contradictorio si lo considera necesario.*
- *Que el deudor exista. En esa clase de proceso no es posible el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem. La única notificación es la personal o la notificación por conducta concluyente que tiene los mismos efectos de la notificación personal.*
- *Que el deudor se encuentre presente en el país.*
- *Que el deudor sea notificado personalmente. En este proceso no es posible la designación de Curador Ad-litem.*
- *Que se le prevenga al deudor de las consecuencias jurídicas de la intimación.*
- *Que se configure la rapidez y eficacia del procedimiento.*
- *Que su fundamento sean la buena fe y la lealtad procesal.*
- *No es un proceso contencioso. La primera fase del proceso es la comunicación del acto procesal entre el acreedor y el Juez, sin oír al deudor, se ordena intimarlo. Por ello reclamamos que no se hable de demanda en el proyecto de Código General del proceso sino de petición.*
- *El nacimiento del proceso depende única y exclusiva del supuesto acreedor quien puede optar por preconstituir la prueba en la forma y términos del artículo 294 del C. de P. Civil, iniciar un proceso*

declarativo o sencillamente emanado de su poder facultativo para iniciar el monitorio.”¹¹

1.4. Consagración legal del proceso monitorio en Colombia

La ley 1564 del 2012 incluyó el proceso monitorio en el Capítulo IV del Título III a partir de los artículos 419 al 421.

Según el análisis hecho por la Corte Constitucional en cuanto a la exposición de motivos expresó:

“El proceso monitorio tiene como característica que va dirigido a pequeños comerciantes en obligaciones de mínima cuantía, que carezcan de título ejecutivo, que puedan hacerlas exigibles de manera celerе y eficaz, a través de un procedimiento informal, expedito y simplificado, en el que la orden de pago emitida por el juez surge con base en la simple afirmación del acreedor, sin que requiera necesariamente una prueba documental sobre la existencia de la obligación y en el que la oposición del deudor torna ineficaz la orden de pago.”¹²

2. Análisis del proceso monitorio

2.1. Análisis del artículo 419 C.G.P: “Procedencia. Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo”.

Si bien son muchos los aspectos positivos del proceso monitorio para el ciudadano de a pie, es importante establecer a la luz del artículo 419 unas características propias de éste, que marcan la diferencia con el proceso ejecutivo. Para el Doctor Carlos Alberto Colmenares Uribe, las principales diferencias entre el proceso monitorio y el proceso ejecutivo son entre otras:

- (i) *El proceso monitorio solamente se puede iniciar y seguir contra el deudor que sea posible notificar personalmente; en el ejecutivo es posible que el demandado esté representado por un curador ad litem.*

¹¹ COLMENARES. Carlós Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso. Disponible en: < <http://myslide.es/documents/ponencia-monitorio-cartagena-2012-definitiva.html> > (25/06/2015)

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

- (ii) *El monitorio solo es permitido para el pago de sumas de dinero de naturaleza contractual, que sean de mínima cuantía; el ejecutivo es para asuntos de mínima, menor y mayor cuantía sobre obligaciones de dar, hacer y no hacer.*
- (iii) *El proceso monitorio termina con el silencio del demandado; el ejecutivo termina con el pago.*¹³

Según la norma antes citada, solo procede el monitorio cuando se pretenda el pago de una obligación dineraria, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía. Respecto a ésta, podemos decir que es un proceso limitado al permitir la reclamación de una suma determinada de dinero.

Dentro del anterior acápite, resalta la característica que la relación debe ser contractual, lo cual no podemos pasar por alto y debemos destacar que las relaciones contractuales deben cumplir con principios que rigen los contratos, conforme lo estipula el artículo 1502 de código civil, y estos son:

1. *Que sea legalmente capaz.*
2. *Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*
3. *Que recaiga sobre un objeto lícito*
4. *Que tenga causa lícita*¹⁴

Por regla general, tienen que versar solo sobre obligaciones dinerarias ya que si son obligaciones de otra naturaleza, serían materia del proceso ejecutivo si existe el título o de un proceso declarativo en ausencia de este. Asimismo, las obligaciones deben ser exigibles, es decir, que si las partes pactaron un plazo éste debe haber vencido y si existe una obligación a cargo del acreedor ésta debe haber sido cumplida. Por último, se hace necesaria una cantidad determinada de dinero, para que exista la claridad del valor de la obligación y así poder determinar que el proceso es de mínima cuantía.

2.2. Análisis del artículo 420 C.G.P.

Para mejor comprensión se analizará por separado cada numeral de la norma.

¹³ COLMENARES, Carlos Alberto. El proceso monitorio traerá muchos beneficios. En: ámbito jurídico. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be.asp> (25/06/2015- 10:22 a.m.).

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (15 abril de 1887). Por el cual se expide el código civil. Art.1502.

Artículo 420: *El proceso monitorio se promoverá por medio de demanda que contendrá:*

1. La designación del juez a quien se dirige

Para el análisis de este punto se tiene como aspecto fundamental la competencia que al tratarse de mínima cuantía, solo corresponde a jueces civiles municipales según lo consagra el C.G.P:

Artículo 17 C.G.P: *Competencia de los jueces civiles municipales en única instancia: Los jueces civiles municipales conocen en única instancia:*

1. *De los procesos contenciosos de mínima cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria, salvo los que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa.*

UGO ROCCO, define la competencia como:

"Aquella parte de la jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella" ¹⁵

Partiendo de lo anterior, es preciso afirmar que todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos tienen la competencia para conocer determinado asunto; la competencia es la jurisdicción que en concreto está atribuida por la ley a cada juez.

2. El nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en su caso, de sus representantes y apoderados

Es facultativo de las partes la designación de apoderado, bien sea para la presentación de la demanda o en su defecto, para la respuesta de ésta. Para los casos en que se trate de persona jurídica o incapaz, es requisito que la demanda sea formulada por medio de su representante legal, por otra parte el proceso monitorio no admite el desconocimiento del nombre y domicilio del demandado.

3. La pretensión de pago expresada con precisión y claridad

¹⁵ ROCCO, Ugo. Tratado derecho procesal civil. tomo II. Buenos aires. Ed. Temis-depalma. 1970. P. 42.

Mantiene su unanimidad con una característica principal del proceso monitorio siendo esta la cantidad, la cual debe ser en dinero y precisa para determinar la procedibilidad por razón de cuantía.

4. Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, con la información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes.

Este inciso no amerita una explicación profunda ya que toda demanda debe llevar una narración inteligible de los hechos.

5. La manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor.

Este requisito es coherente, en el sentido que el acreedor en la obligación contractual debió haber cumplido con su parte para poder exigir al deudor el pago.

6. Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga. El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales.

De la lectura se puede deducir que el legislador si bien solicita documentos que respalden la obligación, también permite que bajo juramento se pueda iniciar dicho proceso, es decir, acogió un sistema mixto, que es principalmente “documental” y subsidiariamente “puro”.

7. <Numeral corregido por el artículo 10 del Decreto 1736 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones.

El código es enfático en decir que para el proceso monitorio necesariamente se debe hacer notificaciones personales y que no admite ninguna otra clase de notificación, por tanto es requisito principal el reconocimiento de la dirección física y/o electrónica donde el demandado recibirá las respectivas notificaciones.

Es de analizar que la piedra angular es la notificación, así que esta debe ser personal

8. <Numeral corregido por el artículo 10 del Decreto 1736 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los anexos pertinentes previstos en la parte general de este código.

Es decir, son todos aquellos documentos y datos de identificación que respalden la demanda. Respecto de este numeral el C.G.P. en su artículo 84 consagra que los anexos que deben acompañar la demanda son:

1. *Poder para iniciar el proceso, cuando se actué por medio de apoderado*
2. *La prueba de la existencia y representación de las partes y de la calidad en la que intervendrán el proceso, en los términos del artículo 85.*
3. *Las pruebas extraprocesales y los documentos que se pretendan hacer valer y se encuentren en poder del demandante.*
4. *La prueba del pago del arancel judicial, cuando hubiere lugar.*
5. *Los demás que la ley exija.*

2.3. Análisis del artículo 421 C.G.P.

El semillero dividirá el presente artículo para su mayor comprensión, pues este contiene gran interpretación la cual es relevante para el análisis del presente trabajo; toda vez que pretende mostrar los mecanismos de protección que posee el demandado a la vista de la jurisdicción colombiana.

Artículo 421. Trámite. Si la demanda cumple los requisitos, el juez ordenará requerir al deudor para que en el plazo de diez (10) días pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada.

Dentro de esta primera parte, es importante que el juez para requerir al deudor deba contar con una correcta demanda, para CARNELUTTI esta es:

"acto mediante el cual la parte pide al juez la decisión para la composición de la litis, narrando los hechos, ofreciendo las pruebas e indicando las normas que sufragan su pretensión"¹⁶

En el proceso debe cumplirse la notificación personal. Además permite que el deudor exponga razones del porque no ha cumplido con el pago de la obligación, si lo ha hecho parcialmente o totalmente. La Corte Constitucional en la Sentencia C-648 de 2001. Respecto a la notificación ha dicho:

"La notificación cumple dentro de cualquier proceso judicial un doble propósito: de un lado, garantiza el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, y de otro, asegura los principios superiores de celeridad y eficacia de la función judicial al establecer el momento en que empiezan a correr los términos procesales".¹⁷

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil. Tomo I. Edición de ciencias del proceso. trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires. Ed. Eje., 1971. P. 11.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C-648. 20 de junio del 2011. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

La sentencia C- 726 del 2014 ha tratado dentro de la demanda de constitucionalidad del proceso monitorio, con recelo, la carga probatoria que debe poseer el deudor ante lo cual ha manifestado:

“A su turno, si el demandado contesta con explicación de las razones por las cuales considera no debe en todo o en parte, de conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 421 del Código General del Proceso,” deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición”. Precisamente, esta es la oportunidad que el legislador estableció para que el deudor ejerza su derecho de defensa y contradicción. Al mismo tiempo, el sentido gramatical que surge de esta descripción normativa, da lugar a que siempre que el demandado quiera oponerse, solo lo pueda hacer con la presentación de las pruebas.

Para la Corte, este diseño procesal debe analizarse a la luz del principio de la igualdad probatoria, en la medida en que el demandante con la sola afirmación juramentada constituye el requerimiento de pago, pero el demandado para desvirtuarlo, debe aportar las pruebas en que sustenta su oposición, lo cual podría considerarse un trato con mayor carga probatoria para este último.”¹⁸

El segundo inciso refiere que:

El auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se notificará personalmente al deudor, con la advertencia de que si no paga o no justifica su renuencia, se dictará sentencia que tampoco admite recursos y constituye cosa juzgada, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la deuda. Si el deudor satisface la obligación en la forma señalada, se declarará terminado el proceso por pago.

El legislador es claro en decir, que tanto el auto como la sentencia, no admiten recursos teniendo en cuenta que cuando se refiere a recursos la ley es clara en determinar cuáles son, lo cual no admite interpretación. Según el artículo 27 del C.C. *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.*

El inciso tercero dice que:

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

Si el deudor notificado no comparece, se dictará la sentencia a que se refiere este artículo y se proseguirá la ejecución de conformidad con lo previsto en el artículo 306. Esta misma sentencia se dictará en caso de oposición parcial, si el demandante solicita que se prosiga la ejecución por la parte no objetada. En este evento, por la parte objetada se procederá como dispone el inciso siguiente.

El acreedor luego que el deudor responda la demanda, tendrá cinco (5) días para solicitar pruebas adicionales. Se interpreta que estas deben ser propiamente las que contradigan las solicitadas por el deudor, teniendo en cuenta que las pruebas concernientes a la obligación debieron ser aportadas en la demanda.

El inciso cuarto de la norma, nos dice:

Si el deudor se opone infundadamente y es condenado, se le impondrá una multa del diez por ciento (10%) del valor de la deuda a favor del acreedor. Si el demandado resulta absuelto, la multa se impondrá al acreedor.

Este es un medio de defensa frente a la administración de justicia, en el cual si la oposición del deudor es infundada se le impondrá una multa, a contrario sensu si la oposición es fundada el demandado resultara absuelto y la multa se le impondrá al acreedor.

Ahora, el párrafo nos indica:

PARÁGRAFO. *En este proceso no se admitirá intervención de terceros, excepciones previas reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem. Podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos. Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos.*

La ley es precisa en decir que no se admite la intervención de terceros como el coadyuvante o el llamamiento de oficio, tampoco se admiten excepciones previas, tampoco demanda de reconvencción, ni el emplazamiento del demandado pues como ya se dijo solo se admite la notificación personal, y en consecuencia no habrá lugar tampoco a la designación de curador ad litem.

Este párrafo permite que se dicte sentencia en la cual se declare el título ejecutivo, y una vez proferida procederán las medidas cautelares que correspondan a un proceso ejecutivo, con el fin de evitar que el deudor se despoje de sus bienes.

3. Medios de protección del deudor

A través de la investigación realizada, se logró establecer cuatro medios de protección que puedan ser usados a favor del deudor dentro de un proceso monitorio, de tal

forma podemos destacar: (i) la sanción del diez por ciento (10%) estipulada en el C.G.P. (ii) Denuncia por la comisión de tipos penales consagrados dentro de la ley 599 del 2000, según sea el caso (iii) la acción de tutela, consagrada en el art. 86 de la Constitución Política, y por último (iv) El recurso extraordinario de revisión contemplado en el artículo 354 y siguientes del Código General del Proceso.

El semillero justifica la procedibilidad de los medios propuestos anteriormente, basados en los siguientes argumentos:

La Corte Constitucional en Sentencia C-726 del 2014, centró su decisión en que el debido proceso no se veía alterado por la no procedencia de recursos, dijo en esta oportunidad:

“El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, está facultado para establecer modelos de procedimiento, que prescindan recursos, etapas, trámites o instancias, siempre y cuando obedezcan a Criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹⁹

Dentro del mismo pronunciamiento la Corte trajo a colación la sentencia C-319 del 2013, donde si bien el legislativo puede o no prescindir del recurso, ésta no es una regla general, al respecto dijo:

“El legislador está facultado para fijar modelos de procedimiento que prescindan de determinadas etapas o recursos, a condición que (i) la limitación no verse sobre una instancia procesal prevista específicamente por la constitución. (ii) La restricción correspondiente cumpla con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iii) la limitación no configura una barrera injustificada para el acceso a la administración de justicia”.²⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, el semillero concluye brevemente que la tutela no es un recurso sino una acción, y que por su carácter constitucional no puede ser limitado en la protección del derecho al debido proceso.

Ahora bien, con respecto a las acciones penales cabe destacar que ante la negativa de la jurisdicción civil en cuanto a excepciones previas y reconvenición, se puede hacer uso de la vía penal a fin de asegurar el acceso a la justicia de manera justa y equitativa. En cuanto a la sanción del diez por ciento (10%), destacamos que es una medida

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 319. 28 de mayo de 2013. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Expediente D-9341.

equitativa dentro del proceso monitorio, ya que si bien garantiza los derechos del acreedor, de igual forma lo hace con el deudor.

3.1. Igualdad de la sanción del diez por ciento (10%) artículo 421, inc. 6

El legislador en el Código General del Proceso, estipula en su artículo 421, inc. 6, lo siguiente:

*“Si el deudor se opone infundadamente y es condenado, se le impondrá una multa del 10% del valor de la deuda a favor del acreedor. Si el demandado resulta absuelto, la multa se impondrá al acreedor”.*²¹

Partiendo de este acápite, el legislador busca imponer una sanción dineraria a las personas para que al momento de incoar un proceso monitorio no se haga infundadamente, y se cuente con el material probatorio suficiente. Con esta norma se establece un mecanismo de protección al deudor, en el entendido que si el acreedor carece de material probatorio debidamente fundado, y por esta razón el deudor se opone con las suficientes pruebas para sustentar la inexistencia de la obligación, el acreedor sea multado con el diez por ciento (10%), a favor del deudor.

3.2. Denuncia por comisión de tipos penales

Si bien es cierto, el parágrafo del artículo 421 del Código General del Proceso dice que no habrá excepciones previas, ni reconvenición, el legislador hace referencia en cuanto a excepciones de la jurisdicción civil, en ningún momento puede negar el acceso a la justicia que contempla el artículo 228 constitucional dentro de la jurisdicción penal, es decir, que si el acreedor solicita el pago a través de un proceso monitorio y lo hace bien sea con un documento o un testimonio de los cuales el deudor pueda alegar su falsedad, éste tendrá acceso a la justicia penal, ya que el acreedor podría incurrir en los delitos tipificados en el Libro Segundo PARTE ESPECIAL, DE LOS DELITOS EN PARTICULAR, Título IX DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA, Capítulo Tercero “De la falsedad en documentos”, Título XVI DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICION DE JUSTICIA, Capítulo Tercero “Del falso testimonio” del Código Penal.

3.3. Acción de tutela

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (julio 12 de 2012). Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Art.421.

La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, se encuentra consagrada en la Constitución Política, exactamente en el artículo 86, el cual expresa lo siguiente:

“ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”²².

La legislación nacional por medio del Decreto 2591 de 1991, reglamentó este mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, en los cuales se describen los diferentes aspectos importantes de la acción de tutela, así como el procedimiento que se debe desarrollar para el mismo.

3.3.1 Sentencias de tutela o de amparo en la protección del debido proceso en el derecho comparado

Para ilustrar como se ha protegido el derecho al debido proceso, en el monitorio se trae a colación el recurso de amparo del Tribunal Constitucional Español.

La señora Gloria Llorente en representación de la Mercantil Ateneo de postgrado odontológico, S.L interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que constituyó título ejecutivo en contra de sus intereses representados, donde si bien la notificación por parte del

²² COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. (4 de julio de 1991). Art. 86.

*juzgado se realizó personalmente, la falta de capacidad de la deudora demandada para entender el escrito produjo que solicitara ante juzgado acta posterior, el juzgado tomó la respuesta como una forma de dilatar el tiempo y profirió el respectivo título a la parte demandante. El tribunal constitucional aceptó la violación del debido proceso y dejó sin efecto el auto. En dicho fallo se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.*²³

Igualmente en el proceso monitorio se han originado varios pronunciamientos. En América, un caso que cabe resaltar es el recurso de amparo promovido por Elio Enrique Castrillo Carrillo en representación de la importadora BELMENY C.A contra la decisión del 31 de Agosto de 2004, por el Juzgado Superior Noveno en lo civil, mercantil y del tránsito de la circunscripción judicial del área metropolitana de Caracas, que consideró extemporánea la oposición efectuada por la parte actora contra decreto intimatorio, con ocasión de cobro de bolívares que bajo procedimiento por intimación incoó en su contra SONY DE VENEZUELA S.A.²⁴

En el presente caso no existió una notificación formal escrita, ni orden expresa de pago ante lo cual manifestó el Tribunal Supremo de Justicia que en el proceso monitorio el demandado debe conocer ambos instrumentos, no puede haber intimación tácita, ya que se vulneró de esta forma el debido proceso.

3.3.2 Obligaciones de la Corte Constitucional en interpretación del proceso monitorio

En este aspecto, cabe resaltar el pronunciamiento de la Corte Constitucional²⁵ en lo referente a los criterios de interpretación, los cuales son:

- (i) *La importancia de la debida notificación en una misma línea con la carga probatoria del deudor que no debe ser mayor a la del acreedor y*
- (ii) *la justificación de la no procedencia de recursos por libertad legislativa sobre la base de que se trata de proceso de menor cuantía. Es importante señalar que no solo a través de demandas de exequibilidad se irá desarrollando la jurisprudencia sino también a través de demandas de tutela que presentarán un mayor desarrollo del proceso monitorio.*

²³ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sala segunda. sentencia 287. 7 noviembre 2005. M.P. GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

²⁴ VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala constitucional. 26 de mayo del 2004. M.P. JESÚS EDUARDO CARERA ROMERO.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

3.3.3. Acción de tutela contra providencias judiciales

Sin ánimo de profundizar en el tema, el semillero presenta las características fundamentales de la acción de tutela.

Son requisitos generales de procedencia:

1. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;*
2. *Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada;*
3. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez;*
4. *Que, ante una irregularidad procesal, el defecto tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia;*
5. *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y*
6. *Que no se trate de sentencias de tutela.*²⁶

Mientras que en el punto de las exigencias específicas, se han establecido las que a continuación se relacionan:

1. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.
2. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
3. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
4. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales (CC ST-522/01) o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;
5. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
6. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
7. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima de revisión. T- 429. 19 de mayo 2011. M.P. JOSE IGNACIO PRETEL CHALJW. expediente T- 2954560.

8. Violación directa de la Constitución.²⁷

La jurisprudencia de la corte constitucional en sentencia T-640 del de 2005, dijo lo siguiente:

“Ahora bien, atendiendo al carácter subsidiario y residual que la identifica, es menester aclarar que la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, no sólo exige que la conducta desatada por el operador jurídico sea arbitraria y afecte de manera grave los derechos fundamentales de algunas de las partes (defecto orgánico, sustantivo, fáctico, procedimental o por consecuencia). También es necesario establecer si la presunta afectación puede ser superada por los medios ordinarios de defensa instituidos para el efecto. Ciertamente, considerando que el desconocimiento de los derechos fundamentales tiene lugar dentro de un proceso judicial, se parte del supuesto que el mismo ha sido provisto de ciertos mecanismos de protección que pueden ser invocados por el afectado para lograr su reestablecimiento. Por ello, como quiera que la acción de tutela no está llamada a sustituir tales medios de impugnación, la misma sólo será procedente contra vías de hecho judicial, cuando se acredite que no existen otros recursos para proveer la defensa de los derechos afectados, o cuando éstos no sean lo suficientemente eficaces para obtener una protección integral y expedita, en caso que el requerimiento sea inmediato.

De este modo, puede concluirse que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional y está condicionada al cumplimiento de los siguientes tres requisitos, a saber: (i) que la actuación cuestionada, materializada en una providencia judicial, carezca de todo fundamento jurídico y sea el resultado de una valoración subjetiva y caprichosa del juzgador; (ii) que con dicha actuación se amenace, afecte o vulnere en forma grave los derechos fundamentales de alguno de los sujetos procesales y (iv) que no se encuentren previstos en la ley otros mecanismos de defensa judicial que se puedan invocar para precaver la amenaza o

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima de revisión. T- 462. 5 de junio de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETTSU. Expediente T-689211, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala tercera de revisión. T- 1625. 23 de noviembre del 2000. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. T-327952, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima de revisión. T- 1031. 27 de septiembre del 2001. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. expediente: T-454716.

*violación, o que de existir éstos, no resulten del todo eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.*²⁸

Tomando como referencia lo expresado por la corte constitucional, mediante la sentencia anteriormente mencionada, se puede indicar que la tutela es una acción a la cual puede recurrir el posible deudor que se encuentre inmerso en un proceso monitorio y que considere que dentro del mismo se le han vulnerado ciertos derechos. La corte constitucional ha sido clara al manifestar que la acción de tutela procederá contra vías de hecho judicial, cuando se habla de vías de hecho, esta misma corporación mediante la sentencia T-518 de 1995, ha manifestado que:

*“Las "vías de hecho" implican una decisión judicial contraria a la Constitución y a la Ley, que desconoce la obligación del Juez de pronunciarse de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y según las pruebas aportadas al mismo. Los servidores públicos y específicamente los funcionarios judiciales, no pueden interpretar y aplicar las normas en forma arbitraria, pues ello implica abandonar el ámbito de la legalidad y pasar a formar parte de actuaciones de hecho contrarias al Estado de derecho, que pueden ser amparadas a través de la acción de tutela. No toda irregularidad procesal genera una vía de hecho, más aún cuando quien se dice afectado tiene la posibilidad de acudir a los mecanismos ordinarios establecidos para solicitar la protección de sus derechos; pues no puede olvidarse que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir, que sólo es procedente a falta de otros mecanismos de defensa judicial”.*²⁹

Al establecer el legislador que contra la decisión emitida dentro de un proceso monitorio no procede ningún tipo de recurso, abre la posibilidad para que la persona vinculada a un proceso monitorio pueda recurrir a la acción de tutela, ya que según la misma jurisprudencia de la corte constitucional se podrá acudir a la tutela cuando no existan otros recursos para la defensa de los derechos de alguna de las partes, por lo tanto se hace viable la acción de tutela en el caso en que el deudor considere que se le han vulnerado sus derechos dentro de un proceso monitorio.

3.3.4. Precedente de tutela

²⁸COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala quinta de revisión. T- 640. 17 junio 2005. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. expediente T-1058087.

²⁹ COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sala novena de revisión. T- 518. 15 noviembre de 1995. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Expediente No. T-75.675.

El vínculo de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes, da una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.

La Sentencia T- 571 de 2007 consideró lo siguiente:

“Los límites a la autonomía. Sin embargo, también ha señalado que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado. Esos criterios objetivos son:

a). El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta;

b) El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir.

c) Si bien, ese criterio o precedente puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específico;

d) el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico;

e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución. El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución,

es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial".³⁰

En la Sentencia T- 260 de 1995 la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante de sus fallos proferidos en sede de amparo, ponderando el principio de autonomía judicial y el derecho que tienen los ciudadanos a ser juzgados de manera igual. En palabras de esta Corporación:

“En últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales”.

*Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido reiteradamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contenciosa administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”.*³¹

El anterior criterio fue seguido en Sentencia T-175 de 1997, insistiendo en las particularidades que ofrece la jurisprudencia constitucional en relación con aquella plasmada por la jurisdicción ordinaria:

“En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala tercera de revisión. T-571. 27 de julio del 2007. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Expediente T-1554355.

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala quinta de revisión. T- 620. 20 junio de 1995. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Expedientes acumulados T-53448, T-54740, T-54811, T-55817, T-59135, T-61483.

cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.

Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas”.³²

De igual manera, la Corte en sentencia T- 068 de 2000 reiteró que sus sentencias de amparo no resultaban equiparables con aquellas que profieren los jueces ordinarios, por cuanto se trata de interpretar la Constitución misma. En esta oportunidad la corte señaló:

“De aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de revisión llega tan solo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del artículo 13 de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás -la inmensa mayoría- debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T- 795. 8 abril de 1997. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Expedientes acumulados T-114880, T-117739, T-118295, T-116645 (...).

*superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferior de la jurisdicción”.*³³

Posteriormente, en sentencia C- 252 de 2001, la Corte Constitucional reiteró su postura en cuanto al carácter vinculante que presentan los fallos de tutela, los cuales trascienden la resolución del caso concreto:

*“Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”.*³⁴

De igual forma, cabe señalar que la esa alta corporación de lo constitucional ha considerado de manera constante, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal). Así, en sentencia T- 698 de 2004, decisión que ha sido reiterada de manera constante, consideró lo siguiente:

“En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas”.

En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos:

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala quinta de revisión. T- 068. 28 de enero del 2000. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Expediente T-254174.

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 252. 28 febrero del 2001. M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

i) referirse al precedente anterior y

ii) Ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad”

En suma, debido a las profundas transformaciones que en los últimos años ha conocido el sistema de fuentes colombiano se ha abandonado una concepción decimonónica de la jurisprudencia, fundada en postulados tales como:

(i) El juez es un mero aplicador de normas legales;

(ii) Los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes sólo tienen un carácter indicativo o ilustrativo acerca de la forma como debe entenderse la ley; y

(iii) Los jueces gozan de total libertad para apartarse de sus fallos anteriores (precedente horizontal) como aquel de sus superiores jerárquicos (precedente vertical).³⁵

3.4. Recurso extraordinario de revisión

Si bien es cierto, el Código General del Proceso en su artículo 421, inciso 2 establece:

“El auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se notificará personalmente al deudor, con la advertencia de que si no paga o no justifica su renuencia, se dictará sentencia que tampoco admite recursos y constituye cosa juzgada, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la primera deuda. Si el deudor satisface la obligación en la forma señalada, se declarará terminado el proceso por el pago”. Subrayado fuera de texto.

El semillero quiso aclarar a qué recursos hace referencia el legislador y se pudo establecer que hace alusión a los recursos ordinarios, siendo estos; reposición, apelación, queja y suplica. Dicho lo anterior no podemos desconocer el uso de los recursos extraordinarios consagrados en nuestra legislación.

El Código General del Proceso estipula como recursos extraordinarios la revisión³⁶ y la casación³⁷, teniendo en cuenta que este último no procede para las sentencias

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima de revisión. T- 698. 22 julio de 2004. M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES. expediente T-869246.

proferidas a través de un proceso monitorio por lo consagrado en el artículo 338 del C.G.P. que hace referencia a la cuantía en el cual dice, que esta debe superar los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv), es tema de estudio para el semillero encausar el recurso extraordinario de revisión como medio de protección del deudor vinculado dentro de un proceso monitorio.

El grupo de investigación en aras de fundamentar la procedencia de la acción de revisión dentro del proceso monitorio cuando se haya constituido un título ejecutivo, analizó lo siguiente:

La sentencia C-520 del 2009 contempló que el legislador tiene libertad de configuración en materia procesal al igual que para regular las acciones y demás aspectos dentro del derecho sustancial, así como de determinar los recursos que proceden en cada instancia contra decisiones judiciales. No obstante, en la sentencia referida se declaró inexecutable una norma del Código de Procedimiento Civil, en la cual pretendía excluir la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión de la sentencia dictada por jueces civiles municipales en única instancia, en este sentido, el semillero observó que tiene particularidades con el monitorio ya que se trata de un proceso de mínima cuantía en única instancia. La Corte Constitucional en lo pertinente dijo:

“El recurso de revisión fue instituido como un mecanismo excepcional contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, por la ocurrencia de hechos y conductas contrarias a derecho que una vez configurados desvirtúan la oponibilidad de la sentencia y por ende la seguridad jurídica que le sirve de fundamento al carecer de un elemento esencial: la justicia que debe inspirar toda decisión judicial. Su finalidad es (...) restablecer la buena fe, el debido proceso, el derecho de contradictorio y la cosa juzgada entre otros. Por esta razón se ha dicho que más que un recurso es un verdadero proceso.

*En segundo lugar, la corte examinó las distintas causales que hacían viable el recurso extraordinario de revisión en los procesos civiles y encontró que no existía justificación para excluir a las sentencias de única instancia dictada por los jueces municipales”.*³⁸

³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 (12 de julio del 2012) por medio de la cual se expide el Código General del proceso y otras disposiciones. Art. 354 y ss.

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 (12 de julio del 2012) por medio de la cual se expide el Código General del proceso y otras disposiciones. Art. 333 y ss.

³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-520. 04 agosto de 2009. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente D-7485.

De lo anteriormente examinado, el semillero fundamenta más a fondo la procedencia de la acción de revisión en el proceso monitorio analizando la Sentencia C- 269 de 1998 en la que expresa que uno de los factores determinantes para que no procediera la acción de revisión era la cuantía, lo cual, la Corte Constitucional determinó contrario a derecho, ya que se desconocían principios, valores, derechos y garantías constitucionales.

No obstante, habiéndose fundamentado la procedibilidad del recurso de revisión como un cuarto mecanismo de protección del deudor dentro del monitorio, se puede decir por ejemplo, que si dentro de un proceso monitorio el acreedor por medio de una prueba falsa hace constituir un título ejecutivo y el deudor accede a la justicia penal denunciando la respectiva falsedad del documento y se declara la responsabilidad del acreedor, el deudor puede a través de la acción de revisión acudir ante el Tribunal Superior respectivo, para que ésta invalide la sentencia que creó el título ejecutivo (Artículo 359 Código General del Proceso) al haber incurrido en una causal taxativa del Artículo 355 numeral 2 del Código General del Proceso que versa: “Haberse declarado falso por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida”.

Entonces, para efectos de dar claridad a las causales del artículo 355, a continuación mencionaremos las causales en las cuales podría estar incurso el acreedor y que facultarían al deudor para acudir en ejercicio de la acción de revisión.

Artículo 355 causales. Son causales de revisión:

- *(numeral 1) Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
- *(numeral 2) Haberse declarado por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.*
- *(numeral 5) Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.*
- *(numeral 7) Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.*
- *(numeral 8) Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.³⁹*

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 (12 de julio 2012) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Art. 355

Conclusiones

Desde hace décadas la administración de justicia en Colombia presenta una crisis general, determinada en muchas razones por la congestión de despachos judiciales, la tardía impartición de justicia y caracterizado mayormente por la falta de confianza del ciudadano hacia las instituciones judiciales.

Por los motivos anteriormente mencionados es que favorablemente en los últimos años se han plasmado muchos esfuerzos por superar esta crisis en Colombia, como la implementación de la oralidad en distintas ramas del derecho, la ley de descongestión judicial (ley 1395 de 2010) y el código general del proceso (ley 1564 de 2012), entre otras importantes modificaciones.

El proceso monitorio como innovación dentro del Código General del Proceso, requiere una serie de análisis acerca de los aspectos más relevantes y características sobresalientes del mismo, son muchos los aspectos objeto de análisis dentro de este proceso, pero para el tema específico de esta ponencia se estableció una serie de conclusiones sobre el tema de los mecanismos de protección con los que cuenta el demandado (deudor) dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Si bien es cierto que el proceso monitorio se encuentra reglamentado en el Código General del Proceso del artículo 419 al 421, esta regulación deja muchas dudas o vacíos sobre ciertos aspectos que la misma ley no especifica claramente, es el caso de cuáles son los mecanismos con los que cuenta el supuesto deudor para hacer defender sus derechos fundamentales, tema objeto de análisis dentro de esta ponencia, si se analiza el texto de la norma y la doctrina existente sobre el tema del proceso monitorio, difícilmente se encuentra contenido al respecto, por tal razón es importante entrar a analizar y proponer mecanismos efectivos para tal fin.

Es por esta razón, que dentro del trámite del proceso monitorio son escasas las posibilidades de defensa de los derechos del demandado, luego de notificado el auto que contiene el requerimiento de pago; se encuentra limitadas las actuaciones que puede cumplir el deudor, pues prácticamente la única opción que tiene es pagar el monto que reclama el acreedor junto con los intereses que se hayan causado.

De tal suerte, que si no comparece a la respectiva notificación o se opone parcialmente, se dictará sentencia ordenando seguir con la ejecución. Aunado a que si se opone

infundadamente puede ser condenado a pagar el diez por ciento (10%) del valor de la deuda a favor del acreedor.

Garantizarle los derechos de defensa y contradicción y en general el derecho al debido proceso al demandado, resulta ser una tarea bastante difícil para el operador judicial, dentro del proceso monitorio, habida cuenta que el legislador no le brinda las herramientas necesarias para conjurar todos los supuestos que podrían presentarse por parte del deudor al momento de hacer valer sus derechos.

Este semillero propone cuatro mecanismos de defensa que pueden ser utilizados por el deudor entre los que encontramos:

Igualdad de la sanción del 10 %, ya que según lo estipulado en el artículo 421 del C.G.P. el legislador impone que las personas al momento de solicitar el proceso monitorio no lo hagan infundadamente y tengan el material probatorio suficiente para que en llegado caso, el deudor se oponga, pueda vencerlo en el posterior proceso verbal sumario, igualmente, se pretende con esta norma como un mecanismo de protección al deudor que si es infundado o si no cuenta con el suficiente material probatorio el acreedor y el deudor se opone con las suficientes pruebas para sustentar que no tiene ninguna obligación se le multe el 10 % al acreedor dentro del proceso verbal sumario.

Denuncia por la comisión de tipos penales, basándonos en el parágrafo del artículo 421 del C.G.P, dice que no habrán excepciones previas ni reconvenición, el legislador se refiere es a excepciones dentro de la jurisdicción civil sin negar el acceso a la justicia que contempla el artículo 228 de la Constitución política dentro de la jurisdicción penal, es decir, que si el acreedor hace una solicitud de pago dentro del proceso monitorio y lo hace bien sea con documento o un testimonio ante el cual el deudor se opone diciendo que es falso, este tiene acceso a la justicia penal, los principales delitos en que puede incurrir el acreedor podrían ser falsificación en documento privado, falsas declaraciones, cohecho, haber existido con colusión u otra maniobra fraudulenta.

La procedencia de la acción de tutela se basa fundamentalmente en argumentos expuestos por la jurisprudencia de la corte constitucional, quien a través de diferentes sentencias ha manifestado los casos excepcionales en los cuales procede la acción de tutela contra providencias judiciales, como es el caso de cuando se configure una vía de hecho judicial, circunstancia en la cual el afectado con dicha configuración podrá recurrir a la acción de tutela como medio efectivo para la protección de sus derechos; es importante manifestar que no solo en el caso anterior procede la tutela, ya que el tribunal constitucional también ha expuesto que igualmente procede la tutela cuando no existan otro tipo de recursos que permitan garantizar los derechos de las partes dentro de un proceso, en este caso es relevante establecer que el proceso monitorio así

configurado en la legislación colombiana, no permite o admite ningún tipo de recurso, razón por la cual se materializa el hecho de que cualquiera de las partes, en especial el deudor, no pueda acceder a un recurso legal para defender sus derechos.

Al legislador disponer dentro del artículo 421 del C.G.P. que el auto que contiene el requerimiento de pago y la sentencia que se dicte dentro del proceso monitorio no admite recurso alguno, abre la puerta para que el posible demandado pueda recurrir a la acción de tutela como medio de protección, ya que este puede manifestar que acude a esta acción a falta de recursos que le permitan salvaguardar sus derechos.

En cuanto al recurso extraordinario de revisión, se aclara que aunque dentro del proceso monitorio no procede recurso alguno el semillero trae a colación este tema, basándose en lo siguiente. Cuando el legislador habla de los recursos que se suprimen dentro del proceso monitorio se refiere es a los recursos ordinarios mas no a los extraordinarios ya que la revisión es un recurso que no se puede suprimir porque existe cosa juzgada constitucional sobre ese aspecto, además el recurso de revisión se articula con el proceso monitorio dado que las causales que contempla la revisión pueden prosperar ante aquellas divergencias que se presentan en procesos diferentes cuando existe responsabilidad penal.

Estos cuatro mecanismos que se plantean como medidas de protección para el deudor se analizaron con el fin de que sean de utilidad para cuando entre en vigencia el proceso monitorio, viéndose la necesidad que existe de proteger los derechos del demandado cuando se encuentre inmerso en un proceso de estas características.

Referencias bibliográficas

Doctrina

BONET NAVARRO. José. La reclamación judicial de los gastos de comunidad (Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre el proceso monitorio con las especialidades previstas en la Ley de Propiedad Horizontal). Ed. Edisofer. S.L. Libros Jurídicos. Madrid. 2004.

CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos aires. Ed. Bibliografías argentina. 1946.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil. Tomo I. Edición de ciencias del proceso. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos aires. Ed. Eje., 1971.

COLMENARES URIBE. Carlos Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso en Colombia Ley 1564 del 2012

COLMENARES, Carlos Alberto. El proceso monitorio traerá muchos beneficios. En: ámbito jurídico. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be.asp> (25/06/2015- 10:22 a.m.).

COLMENARES. Carlós Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso. Disponible en: < <http://myslide.es/documents/ponencia-monitorio-cartagena-2012-definitiva.html>> (25/06/2015)

GARBERÍ LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María y CASERO LINARES, Luis; El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución dineraria, proceso monitorio y juicio cambiario. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona 2002.

JUNOY, JOAN PICÓ I. EL PROCESO MONITORIO - Una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, año 14, n° 1120, 25 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6458-el-proceso-monitorio-una-vision-espanola-y-europea-de-la-tutela-rapida-del-credito>

ROCCO, Ugo. Tratado derecho procesal civil. tomo II. Buenos aires. Ed. Temis-depalma. 1970.

Wordreference.com.online language dictionaries. acceso al diccionario de la lengua española (RAE). Monitorio, ria. Disponible desde internet en: <<http://www.wordreference.com/es/en/frames.afp?es=monitorio>> (25 junio 2015).

Jurisprudencia

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. C- 252. 28 febrero del 2001. M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

_____ Sala plena. C- 319. 28 de mayo de 2013. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Expediente D-9341.

_____ Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

_____ Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

_____ Sala plena. C- 726. 24 de septiembre del 2014. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

_____ Sala plena. C-648. 20 de junio del 2011. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

_____ Sala plena. Sentencia C-520. 04 agosto de 2009. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente D-7485.

_____ Sala quinta de revisión. T- 068. 28 de enero del 2000. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Expediente T-254174.

_____ Sala quinta de revisión. T- 620. 20 junio de 1995. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Expedientes acumulados T-53448, T-54740, T-54811, T-55817, T-59135, T-61483.

_____ Sala quinta de revisión. T- 640. 17 junio 2005. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. expediente T-1058087.

_____ Sala séptima de revisión. T- 429. 19 de mayo 2011. M.P. JOSE IGNACIO PRETEL CHALJW. expediente T- 2954560.

_____ Sala séptima de revisión. T- 462. 5 de junio de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETTSU. Expediente T-689211; Sala tercera de revisión. T-1625. 23 de noviembre del 2000. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. T-327952; T- 1031. 27 de septiembre del 2001. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. expediente: T-454716.

_____ Sala séptima de revisión. T- 698. 22 julio de 2004. M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES. expediente T-869246.

_____ Sala tercera de revisión. T-571. 27 de julio del 2007. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Expediente T-1554355.

_____ T- 795. 8 abril de 1997. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Expedientes acumulados T-114880, T-117739, T-118295, T-116645 (...).

_____ Sala novena de revisión. T- 518. 15 noviembre de 1995. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Expediente No. T-75.675.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sala segunda. Sentencia 287. 7 noviembre 2005. M.P. GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala constitucional. 26 de mayo del 2004. M.P. JESÚS EDUARDO CARERA ROMERO.

Leyes

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. (4 de julio de 1991).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 (12 de julio 2012) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 (12 de julio del 2012) por medio de la cual se expide el Código General del proceso y otras disposiciones.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (15 abril de 1887). Por el cual se expide el código civil.

DILEMAS Y REALIDADES DE LA ESTRUCTURA MONITORIA EN COLOMBIA*

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad
Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”**

*Jorge Eliécer Cuesta Guerrero, Samir Hendrix Guerrero Pino,
Angélica Pino Mena, Gustavo Murillo Cossio,
Juan Carlos Moreno Ibarquien, José Casildo Córdoba Ramos,
Zamir’s Zaith Buenaños Borja, Alexander Moreno Ramírez,
Yamileth Velásquez Mosquera, Wagner Rivas Ramírez*

Directores del semillero: *Mario José Lozano Madrid,
Héctor Manuel Hinestroza Álvarez¹*

Resumen

El proceso monitorio, es una institución jurídica introducida en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de descongestionar y garantizar el derecho de acceso a la justicia a ciudadanos que sin documentos que presten mérito ejecutivo, aspiren a hacer

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 23 de octubre de 2016.

Para citar el artículo: CUESTA, Jorge Eliécer; GUERRERO P, Samir Hendrix; PINO, Angélica; et al. Dilemas y realidades de la estructura monitoria en Colombia. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 203-235.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”

¹ Docentes de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” y Directores de los Semilleros de Investigación en Derecho Procesal.

efectiva una pretensión dineraria, de naturaleza contractual determinada, exigible y de mínima cuantía, así lo instituye el Código General del Proceso (CGP) en su artículo 419°. En esta oportunidad, el Semillero de Investigación de Derecho Procesal, en estudio acucioso y detallado de esta nueva institución, evidencia situaciones que son de suma importancia para el análisis, comprensión y aplicabilidad de este proceso declarativo y especial que hoy contempla el nuevo CGP

Palabras claves: Proceso monitorio, conciliación, prueba anticipada, mérito ejecutivo.

Abstract

Monitory Process is a legal figure introduced into our Judicial System to speed up the process and guarantee the right of access to justice for citizens who lack enforceable documents, seek to enforce a contractual monetary claim, of a minimum debt amount as is heralded by the new General Procedure Code (CGP) in its Article 419 °. The cited legal figure has become the bedrock of much dilligent and critical analysis by the Research Seed of Procedural Law in Colombia, which endeavors to understand the applicability of a process that is special and declarative in nature.

Keywords: Payment procedure, conciliation, early test, merit enforceable

Introducción

La Ley 1564 de 2012, conocida como Código General del Proceso, eliminó la multiplicidad de trámites o procesos por los cuales se tramitaban las pretensiones declarativas del demandante y las oposiciones del demandado en vigencia del Código de Procedimiento Civil, unificando dichas pretensiones en uno solo, el proceso verbal, cuyas modalidades se conservan en: verbal de mayor y menor cuantía y verbal sumario, y estableciendo una forma especial para algunas pretensiones entre las que se encuentra las pregonadas para el proceso monitorio, trámite que en apariencia es simple y sin mayores complicaciones (demanda-notificación personal-aceptación de la obligación por el deudor-demandado y pago), sin embargo, analizando cuidadosamente el contenido de los artículos 419, 420, 421 y sus remisiones, las dudas abundan y las limitaciones son injustificadas con los beneficios que se atribuyen a esta institución, entre ellas quizás, la de ser algo totalmente nuevo para nuestra legislación y tradición jurídica.

Nuestro escrito presenta el pasado y presente de la estructura monitoria en la legislación colombiana para hacer efectivas las obligaciones dinerarias, de naturaleza contractual, exigibles y determinadas sin límites de factores como la cuantía, a partir

del derogado pero todavía practicado Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), hasta la promulgación del Código General del Proceso; y de este modo proceder a la solución de los dilemas que se evidencian con la implantación y frente a la figura del proceso monitorio¹, en el acápite de proposiciones o conclusiones, dejaremos claro, cuál debe ser la manera de implementar esta institución, de cara a dos (2) de los problemas que aquejan a los colombianos como la congestión judicial y, la efectividad de los créditos sin o con documentos que no presten mérito ejecutivo.

1. Planteamiento del problema

¿Es el proceso monitorio una novedosa institución que resuelve el problema de la eficacia, eficiencia y celeridad en el acceso e implementación de la justicia para el cobro de las deudas dinerarias, partiendo de la realidad jurídica, social y cultural de nuestro país?

2. El proceso monitorio

Es un proceso judicial que sin previo contradictorio del demandado –inaudita parte– juzga de ciertas las afirmaciones crediticias del demandante, a menos que el intimado pruebe en contrario, so pena de que la obligación dineraria y exigible se constituya en una prueba que preste mérito ejecutivo. Es puro, si “...*la orden de pago que imparte el juez tiene por base la sola afirmación unilateral y no probada del demandante...*”², documental, si “...*el mandato de pago presupone que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos*”³, y, mixto, si el “*mandatum de solvendo*” que emite el “*iudex*” se basa en afirmaciones y en documentos del demandante-acreedor.

2.1. La estructura monitoria

El proceso judicial es la forma humanitaria y racional empleada por el hombre para la solución de sus controversias en la búsqueda de la paz social, de acuerdo al conflicto jurídico, tiene una estructura, objeto y finalidad; a partir de estos criterios, es conveniente determinar cuándo estamos realmente frente a esta institución.

¹ Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, artículos 419-421°.

² CALAMANDREI, Piero, Citado por: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 726 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014). Magistrado(a) Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Expediente D-10115.

³ Ídem.

El diccionario de la Real Academia Española (RAE), entre otras definiciones señala que el término o expresión, *estructura*, significa “*distribución y orden de las partes importantes de un edificio*”, que aplicado al proceso judicial, es la manera como están *distribuidos y ordenados* los actos procesales que constituyen el todo, al que llamamos, proceso jurisdiccional, como lo es el edificio, del concepto citado. Sin embargo, el proceso judicial o jurisdiccional no se reduce solo a actos procesales –a formalismos–, igualmente comprende elementos materiales probatorios que sustentan las pretensiones del demandante, como la declaración de parte o la confesión.

En este estado de cosas, denominamos estructura monitoria formal a aquel proceso judicial que con la admisión de una demanda y, la notificación personal al deudor-demandado, resuelve el conflicto jurídico *inter partes*, pues se expide una orden de pago, entendiendo que, la base ideológica del proceso monitorio es que el intimado acuda al despacho a aceptar –confesar– la existencia del crédito denunciado por el acreedor-demandante. La parte que tiene en cuenta la forma como se tramitan las pretensiones la llamamos estructura monitoria material, identificable, para el caso específico del proceso monitorio, a partir de las finalidades del mismo, es decir, obtener el pago del crédito previa constitución de título ejecutivo, que puede ser mediante una *declaración de parte* simplemente, o, sustentando con documentos o ambos simultáneamente, como anotamos anteriormente⁴. El objeto del proceso monitorio aunque resta señalar, es la paz social, como el de todo proceso judicial; pero para este caso en concreto, es evitar que los asociados accedan a las vías de hecho para solucionar los conflictos jurídicos que surjan por el préstamo de una suma de dinero.

2.2. Antecedentes históricos

El origen remoto del proceso monitorio data de la Edad Media, los italianos crearon el proceso monitorio para cobrar deudas dinerarias que habían sido constituidas a través de la mera palabra del hombre. El proceso monitorio consistía, entonces, en una simple afirmación que hacía el acreedor-demandante sin soporte probatorio alguno, que un particular le debía una cantidad determinada de dinero y, el *iudex* ante tal afirmación, inmediatamente emitía mandamiento de pago exigiendo una justificación al deudor-demandado, en caso de este plantear oposición. Esta etapa primigenia del proceso monitorio es la que se denomina *pura*, en oposición a la *documental* y, la *mixta* que aparecen posteriormente en las distintas legislaciones.

El proceso monitorio moderno en España, Italia, Francia y Austria es *documental*; en Alemania es *puro*.

⁴ Recordemos que el proceso monitorio puede ser puro, documental o mixto.

En el continente americano los primeros en introducir la estructura monitoria son los uruguayos. La usaron y la utilizan en sus nuevas legislaciones no solo para el cobro de deudas dinerarias exigibles. El proceso monitorio es general, declarativo y documental, con la particularidad especial que si procede la ejecución monitoria como la denominan, inmediatamente el juez decreta la medida cautelar de embargo hasta hacerse efectiva la ejecución: “...*Más que un proceso constituye una especie de medida cautelar (embargo y orden de ejecución inmediata) que se adelanta a petición del acreedor, sin darle noticia al deudor*”⁵. Después Uruguay, inicia a usar el proceso o la estructura monitoria Venezuela, con particularidades de documental, especial y de naturaleza ejecutiva; Brasil, que nombra a este proceso *acción monitoria* y, reúne las mismas características del proceso de intimación venezolano, sin querer decir que las reglas procesales sean las mismas para ambos, puesto que cada legislación emplea las que considera convenientes; Perú, usa el proceso monitorio en el área de derecho de familia, para la *filiación judicial de paternidad extrajudicial*; en Chile, emplean el procedimiento en el derecho laboral en la modalidad de declarativo y puro; en El Salvador, es especial y puro, igualmente para temas civiles; en Costa Rica, donde se desarrollaba de manera documental⁶ y Colombia, es uno de los últimos países en el continente americano en institucionalizar el proceso monitorio, con rasgos de especial, declarativo y puro⁷, se emplea solo para cobrar deudas dinerarias determinadas, exigibles y de naturaleza contractual (CGP Artículo 419°). A decir de GERARDO

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 726 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014). Magistrado(a) Ponente: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-10115.

⁶ Las normas Contentivas del Proceso Monitorio fueron derogadas por el art. 39 de la ley 8624 del 1° de noviembre del 2007, el cual entró a regir el 20 de mayo de 2008.

⁷ Tomado: Sentencia C-726/14. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ; MARTINEZ, José Oscar. “EL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA”. XIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL, México., 1993; REVISTA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. QUINTERO PÉREZ, Magda I, BONETT ORTIZ, Samir A. Panamericana Formas e Impresos S. A. Edición 2014. No. 40. Bogotá D.C. – Colombia, 2014., P. 352 (Cuadro comparativo). QUINTERO PÉREZ y BONETT ORTIZ manifiestan que el proceso monitorio colombiano es *puro*: “...*es presuncional como lo llamaría Barrios de Angelis o puro según Calamandrei, en lo que también se diferencia del proceso monitorio uruguayo*” (Pág. 360).

A nuestro juicio y observando las nociones y los antecedentes históricos del proceso monitorio, Colombia, no posee un proceso monitorio *puro* en todos los eventos. El artículo 420 del CGP, # 6, dispone: “*Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga.*

El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adendada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales”.

Así las cosas, consideramos que depende de cómo actué el acreedor-demandante con la presentación del proceso monitorio, para ahora sí, determinar su modalidad: *puro, documental o mixto*.

PAREJALES VINDAS, para el caso costarricense, *se cometió el grave error de considerar el monitorio como un proceso exclusivamente cobratorio, cuya finalidad era la de crear un título ejecutivo. Quizá por esa razón no tuvo el éxito que se pretendió.*⁸ Por ello, ha de ser considerado tal expresión del tratadista para el caso colombiano, en el que apenas se pretende su aplicación.

Sin embargo, antes del proceso monitorio existen en la legislación colombiana otras instituciones que con una estructura similar, tramitan la misma, al igual que un sin número de aspiraciones procesales.

El proceso monitorio por su estructura formal, material y finalidad, en el derecho comparado no es común que se diferencie en las legislaciones. No obstante, hay ordenamientos jurídicos que se alejan de la estructura tradicional y, aplican nuevas reglas y principios jurídicos, verbi gratia, a diferencia de Venezuela en el que se pueden usar otros medios de notificación si el demandado se encuentra dentro del Estado, en Colombia, ateniéndonos al tenor literal del artículo 421° inciso 2° del CGP, pareciera que la notificación del auto que contiene el requerimiento debe realizarse solo y exclusivamente de manera personal; sin embargo, interpretando dicho inciso en concordancia con el párrafo de la misma norma, encontramos vedada para dicho proceso la notificación por emplazamiento del demandado, de manera que no estando prohibidas en dicho párrafo las demás formas de notificación, podemos afirmar que es posible en algunas situaciones notificar el auto que contiene el requerimiento por los otros medios de notificación, tales como la conducta concluyente cuando habiéndose enterado del proceso por otros medios, acude directamente a él, presentando oposición o aceptando el requerimiento, y la notificación por aviso, para aquellos demandados remisos, como es el caso en el que el demandado habiendo sido citado para la notificación personal no acude al despacho para recibirla.

Así mismo el párrafo indicado peca por exceso al prohibir el nombramiento de curador ad-litem, si tenemos en cuenta que dicha figura podría presentarse sólo si se permitiera el emplazamiento, pues no creemos que el proceso monitorio pretenda prohibir la demanda contra un incapaz, ya que, de contera siendo una deuda dineraria de naturaleza contractual dicho contrato estaría viciado de nulidad. Por ello, consideramos que bastaba con que el párrafo sólo prohibiera el emplazamiento del demandado.

La Corte Constitucional se refirió en sentencia T – 088 de 2006 respecto a esta figura de la siguiente manera:

⁸ GERARDO PARAJELES VINDAS (2009), *Los procesos cobratorios (cobranzas de obligaciones dinerarias)*, edit. IJSA, Investigaciones Jurídicas S.A., pág. 42. “La naturaleza de este proceso era estrictamente documental, lo que implicaba una oposición en igualdad de condiciones.” Pág. 48.

“El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome”.

3. Antecedentes de la estructura monitoria en la legislación colombiana

CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE –notable jurista colombiano– señala en uno de sus múltiples aportes doctrinales, que en la legislación colombiana la estructura monitoria existe desde hace tiempo: *“Conviene establecer si ha existido proceso monitorio en nuestro país. Si entendemos que el monitorio es un instrumento procesal para obtener un título ejecutivo con efecto de juzgada, la respuesta es no, pero si se interpreta como un instrumento para la solución de distintas pretensiones, como en el caso de Uruguay, la respuesta es sí”*. En otro de sus escritos, reafirmó su posición manifestando que: *“...En la legislación Colombiana todos los procesos ejecutivos singulares, reales y coactivos son de estructura monitoria, en ellos el Juez, sin previo contradictorio, emite (inaudita parte) un mandamiento ejecutivo (que sirve para amonestar, para intimar, monitorio se deriva del significado de advertencia o intimidación) dirigido al demandado, señalando un término perentorio para pagar y excepcionar si lo desea (oponerse), o sencillamente guardar silencio, lo cual da lugar a seguir adelante la ejecución dejando en firme la orden de pago cuando el funcionario confirma la existencia del título ejecutivo y la ausencia de oposición¹⁰”*.

Desde nuestro Semillero de Investigación de Derecho Procesal, ampliamos algunos aspectos de las autorizadas afirmaciones del jurista colombiano COLMENARES

⁹ INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (ICDP): XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. EL PROCESO MONITORIO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA: LEY 1564 DE 2012. Formas e Impresos S. A. 1ª. Edición – Septiembre 2013. Bogotá D.C. – Colombia., 2013., P. 357.

¹⁰ INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (ICDP): XXXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. ESTRUCTURA MONITORIA Y LA HIPOTECA. Formas e Impresos S.A. Primera Edición - Septiembre 2012. Bogotá D.C. – Colombia. 2012., P. 1153.

URIBE: *¿Por qué?* La estructura monitoria –según COLMENARES URIBE–, es todo procedimiento en el cual el juzgador sin previo contradictorio –inaudita parte–, libra o emite mandamiento ejecutivo dirigido al demandado, señalando un término perentorio para pagar y/o excepcionar si lo desea (oponerse), o sencillamente guardar silencio, lo cual da lugar a seguir adelante la ejecución dejando en firme la orden de pago cuando el funcionario confirma la existencia del título ejecutivo y la ausencia de oposición.

Este concepto, a nuestro juicio, mira solamente la estructura monitoria formal, desconociendo de contera la material y finalidad del proceso monitorio. Así mismo, solo basa su afirmación en la orden de pago emitida por el juez, y no se detiene sobre la base probatoria de dicha orden, que siempre debe ser un documento con el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 488 del C. de P. C., sin los cuales es imposible librar el mandamiento de pago. Situación que de ocurrir en el proceso monitorio, no impide que el juez emita la orden de pago al demandado.

Sin embargo, existen otros institutos que se asemejan además de la estructura monitoria formal, a la material y a la finalidad de lo que conocemos hoy como proceso monitorio, de modo tal, que si observamos la estructura formal, material y finalidad del proceso monitorio, e hipotéticamente las aplicamos a estos institutos, la conclusión será que el monitorio, no es tan novedoso como pudiera asumirse, a primera impresión en nuestra legislación colombiana.

Estas instituciones que a nuestro juicio y discernir se asemejan total o parcialmente al proceso monitorio, son en primer lugar la *conciliación* –como trámite o procedimiento administrativo–, cuando el acreedor no cuenta con un documento que constituya pleno título ejecutivo. La conciliación, puesto que en la práctica se utiliza como medio no procesal –la conciliación extraprocesal previa a demandar–, para que el deudor confirme o niegue la existencia de una deuda dineraria exigible; en segundo lugar la *prueba anticipada del interrogatorio de parte* como medio procedimental para preconstituir una obligación dineraria en un documento judicial con efecto ejecutivo, normado en los artículos 294 y 488 del Código de Procedimiento Civil principalmente; en tercer lugar la *prueba anticipada del reconocimiento de documentos* contenida en la misma legislación en los artículos 295, 296 y 489, esta última como diligencias previas, en la demanda ejecutiva; en último lugar la *prueba anticipada de exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles* normada en el artículo 297 del Estatuto Procesal Civil.

Estos institutos son los antecedentes del proceso monitorio en Colombia entendiendo que los particulares antes de que el CGP, ofreciera este nuevo modelo de justicia, cobraban sus deudas monetarias exigibles y otras pretensiones constituidas

verbalmente o con documentos sin mérito ejecutivo, recurriendo a la administración de justicia a través de sus reglas y principios jurídicos. Los antecedentes citados igualmente son regulados por el CGP (artículos 184-186) prácticamente con la misma estructura del C.P.C., excepción hecha a la conciliación¹¹ y el ejecutivo con reconocimiento de documento previo, en los términos del presente acápite. Pueden existir otros, pero para el objeto de nuestro estudio solamente nos interesan estos – conciliación-prueba anticipada de interrogatorio de parte, reconocimiento y exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles, preferentemente–, que sirven o se prestan para responder o dar una solución a las siguientes hipótesis:

1. *¿Qué puede hacer un acreedor con documentos que no tienen la virtualidad ejecutiva?; y*

2. *¿Qué puede hacer un acreedor sin pruebas documentales para incoar acción ejecutiva?*

Las soluciones a nuestros juicios hipotéticos serán resueltas en las proposiciones o conclusiones que presentará el Semillero de Investigación de Derecho Procesal (UTCH), sobre el proceso monitorio, en el desarrollo de este artículo.

4. Medios para hacer efectivas las obligaciones dinerarias exigibles de naturaleza contractual antes y después del C. G. P.

Pueden presentarse tres (3) situaciones para el cobro de las deudas dinerarias exigibles, de naturaleza contractual:

- a) Que el acreedor conserve título que preste mérito ejecutivo¹²;
- b) Que el acreedor conserve documento que no preste mérito ejecutivo, y
- c) Que el acreedor no conserve prueba alguna de la existencia de la obligación dineraria exigible.

¹¹ Normada en la legislación colombiana a través de Ley 446 de 1998: Parte III: “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”, y la Ley 640 de 2001: “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”.

¹² El juicio o proceso ejecutivo aunque es citado por su clara estructura monitoria formal, no es objeto de nuestro estudio, pues quien acude a él, no tiene ningún problema en cuanto al reconocimiento de su obligación dineraria.

Para el cobro de las obligaciones bajo los supuestos b) y c), los particulares acudían y continuarán accediendo a la administración de justicia a través de:

Grafica No. 1

ANTES	ANTES Y DESPUÉS	DESPUÉS
C. P. C.	M.A.S.C. ¹³	C. G. P.
La prueba anticipada del interrogatorio de parte (C.P.C., artículo 294°), en concordancia con el artículo 488° del CPC ¹⁴ .	La conciliación extraprocesal (Ley 446/1998, Parte III y Ley 640/2001).	La prueba extraprocesal del interrogatorio de parte (C.G.P, artículo 184°), en concordancia con el artículo 422° del CGP ¹⁵ .
La prueba anticipada del reconocimiento de documentos (C.P.C., artículos 295°, 296°, 489°).		La prueba extraprocesal de declaración sobre documentos (C.GP, artículo 185°).
La prueba anticipada de exhibición de documentos (C.P.C, artículos 295°, 301°).		La prueba extraprocesal de exhibición de documentos (C.GP, artículo 186°).
El ejecutivo con reconocimiento de documento previo (C.P.C., artículo, 480°).		El proceso monitorio G.G.P, artículo 419°, 420°, 421°).

El CGP además de conservar los medios anteriores, agrega a este catálogo para el cobro de deudas dinerarias exigibles, al proceso monitorio y, como este es *facultativo*, el acreedor tiene la libertad de acceder a la administración de justicia a través del proceso verbal –que remplace el proceso ordinario consagrado en la legislación procesal del C.P.C., de este modo, entendemos que si bien es cierto en ninguno de los

¹³ Mecanismos alternativos de solución de conflictos.

¹⁴ “(...) La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294°”.

¹⁵ “(...) La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184°”.

antecedentes anotados, se da una orden directa de pago, sino que depende de la voluntad de las partes, no es menos cierto, que el resultado favorable por acuerdo, confesión en cualquiera de sus modalidades, o prueba pre-constituida, tiene la misma calidad de prestar mérito ejecutivo.

Similar al proceso monitorio, en el que pese al requerimiento para el pago establecido dentro del proceso que analizamos, dicha circunstancia también depende de la voluntad del demandado, quien puede oponerse a la orden, total o parcialmente o aceptar la obligación requerida; eventos en los cuales, si se opone totalmente presentando las pruebas respectivas, se tramita el monitorio con las características del verbal sumario, lo cual es similar a que si no se logra por ejemplo, la conciliación o no se constituye el título en el interrogatorio o no se reconoce el correspondiente documento; si lo hace parcialmente, evidentemente ocurre de igual manera que cuando se llega a un acuerdo de pago parcial en una audiencia de conciliación o se logra demostrar con un interrogatorio una parte de la deuda y, se deberá acudir con lo demostrado al proceso ejecutivo y con lo negado al proceso declarativo; finalmente, si acepta la obligación y paga, termina el proceso por pago, y si no lo hace se deberá dictar sentencia de condena, que presta mérito ejecutivo con la cual se puede seguir con la ejecución y acudir a las medidas cautelares dispuestas para los procesos ejecutivos. Lo cual es equivalente cuando se acude a cualquiera de las instituciones que se aluden como similares en este trabajo; si aceptaba la obligación en una conciliación, en un interrogatorio, en una prueba de exhibición o reconocimiento de documento por ejemplo, y el aceptante paga, no deberá agotarse fase judicial ulterior, con lo que se evita atiborrar los estrados judiciales de causas innecesarias, si por el contrario pese a su aceptación no paga, el acreedor puede acudir al proceso ejecutivo y los medios coercitivos cautelares para satisfacer su pago, o dictarse mandamiento de pago en el caso del artículo 488 del C.P.C.

4.1. La conciliación como trámite administrativo y auto-compositivo para el reconocimiento de las obligaciones dinerarias exigibles de naturaleza contractual. Aproximación al proceso monitorio

La conciliación es un mecanismo auto-compositivo para la solución de los conflictos jurídicos. Por medio de este instrumento son las partes, es decir, el acreedor y el deudor partiendo de los supuestos o hipótesis planteados en nuestro documento, acuerdan la solución de su conflicto dinerario, de naturaleza contractual y, aun cuando interviene un tercero, el conciliador, este para nada valora las declaraciones, las confesiones de las partes y los documentos que aportan estas en el procedimiento de trámite administrativo. Para la Corte Constitucional:

“La conciliación extrajudicial como mecanismo de resolución de conflictos se ha definido como un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral - el conciliador - quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian. Son características propias de la conciliación: es un mecanismo de acceso a la administración de justicia, sea cuando los particulares actúan como conciliadores o cuando las partes en conflicto negocian sin la intervención de un tercero y llegan a un acuerdo, a través de la autocomposición; constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal; promueve la participación de los particulares en la solución de controversias, bien sea como conciliadores, o como gestores de la resolución de sus propios conflictos; contribuye a la consecución de la convivencia pacífica; favorece la realización del debido proceso, en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto; y repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia¹⁶”.

4.1.1. Aproximación al proceso monitorio

La conciliación previa a demandar –como trámite o procedimiento administrativo–, puede solucionar el conflicto dinerario, determinado, exigible y de naturaleza contractual como lo haría el proceso monitorio colombiano, con distintas características. En otras palabras, las finalidades que cumple el proceso monitorio –constituir una obligación con mérito ejecutivo y el consecuente pago de la misma–, igualmente pueden obtenerse en la conciliación. La distinción de la conciliación con el proceso monitorio es de forma (estructura monitoria formal), pero coinciden en finalidad y contenido (estructura monitoria material).

Si, analizamos lo estipulado en el artículo 421 del CGP y, el concepto de conciliación citado (Corte Const., Sent. C-222/13), se puede observar que la voluntad de las partes manifestada en la acción u omisión de la oportunidad procesal ofrecida dentro del proceso monitorio, es la que determina el futuro, avance y desenvolvimiento del proceso en cuestión, situación similar que se evidencia en la conciliación, donde es el deudor quien en ejercicio del imperio de su voluntad reconoce o niega la presunta obligación, produciendo así, un acta de conciliación con un resultado positivo o negativo; antes de la institucionalización del proceso monitorio en caso de una conciliación fallida, el acreedor tenía la opción de iniciar un proceso ordinario y,

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 222 del diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013). Magistrado(a) Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente D-9317.

dentro de la *litis* con el debate probatorio convencer al juez, para de esta manera hacer efectivo su derecho de crédito.

Hoy, el proceso monitorio en el artículo 421 del CGP, señala expresamente que si la demanda reúne los requisitos legales, el juez ordenará requerir al deudor para que pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada, situación que beneficia ampliamente al acreedor, ahorrando un gran debate probatorio y desgaste judicial, por la sencilla razón de que si el deudor no paga, no hace uso de su derecho de defensa o se opone de manera infundada, se crea el título ejecutivo que se podrá ejecutar dentro del mismo proceso.

Así lo expuesto, observamos en los artículos 65 y 66 de la Ley 446 de 1998, dos situaciones importantes que le otorgan ventaja a la conciliación, frente al proceso monitorio:

1. La conciliación mediante un resultado positivo, es decir, cuando el deudor reconoce su obligación frente a su acreedor, ofrece la oportunidad de crear un título ejecutivo, no solo de naturaleza dineraria y contractual como ocurre en el proceso monitorio, sino, que también ofrece la oportunidad de crear un título ejecutivo a partir de todo asunto susceptible de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la Ley, concediendo de esta forma un margen de aplicabilidad más amplio que el proceso monitorio.

Frente a la naturaleza de la obligación exigible a través del proceso monitorio, uno de los mayores precursores –COLMENARES URIBE– de esta institución en Colombia nos dice:

“Naturaleza de la obligación. El Código General del Proceso señala expresamente que la obligación debe ser de naturaleza contractual”, infiriéndose que no es posible la utilización del proceso monitorio para obligaciones extracontractuales u obligaciones legales como los alimentos por ejemplo.

Según las fuentes de las obligaciones, ellas pueden ser contractuales o extracontractuales. Para saber que estamos frente a un contrato, necesariamente debemos recurrir a la bilateralidad representada en el concurso real de voluntades de dos o más personas encaminadas a la creación de obligaciones unilaterales o bilaterales. Para saber cuándo una obligación es de naturaleza contractual no existe ningún problema con lo afirmado anteriormente, pero cuando hablamos de una obligación de naturaleza extracontractual estamos hablando de obligaciones derivadas de otras fuentes de obligaciones, distintas a los contratos, como la gestión de negocios o el

enriquecimiento sin causa. La exigencia de naturaleza contractual se encuentra expresamente en el artículo 419° y se reitera en el artículo 420° cuando exige como requisito de la demanda “la manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor”¹⁷

2. La segunda ventaja de la conciliación tiene que ver con el factor cuantía, se observa que esta institución no tiene un límite para acceder al uso de este mecanismo, refiriéndonos exactamente al valor de la pretensión, contrario a el proceso monitorio que en el artículo 419 del CGP, el legislador consideró como buena la decisión de permitir que esta institución solo proceda para pretensiones dinerarias exigibles, de naturaleza contractual y de mínima cuantía, hecho que reduce el margen de aplicabilidad y efectividad del proceso monitorio.

En conclusión, observando las reglas y principios jurídicos del proceso monitorio colombiano, la conciliación previa a demandar presenta ventajas frente al proceso monitorio, como en aspectos de *cuantía*, que no está limitada, de *tiempo*, ya que las partes acuerdan la solución de su conflicto sin términos perentorios y si lo prefieren, de manera inmediata, además, en el evento de existir pago de la obligación no sería necesario acudir al proceso ejecutivo, aunque el acreedor conserva la seguridad de acudir a este, si el deudor no cumple con lo pactado y, las pretensiones se formulan verbalmente con audiencia de la contraparte. La libertad de presentarse a través de abogado es de reserva de las partes y, aún más, esta figura aporta a la descongestión de la administración de justicia.

4.2. La prueba anticipada como medio procedimental y hetero-compositivo para el cobro de deudas dinerarias exigibles de naturaleza contractual. Aproximación al proceso monitorio

La prueba anticipada no representa un medio o instrumento probatorio independiente o autónomo como los otros: el testimonio, el documento, la inspección judicial, la prueba pericial, etcétera. Es mejor decir que son todos los medios o instrumentos probatorios cuya práctica se solicita antes de iniciarse el respectivo proceso –si es anticipada, antes de–, pero que se pretende hacer valer en el futuro del mismo. Nosotros, nos referiremos a la prueba anticipada del interrogatorio de parte o absolución de oposiciones, el reconocimiento y exhibición de documentos preferentemente, normados en ambas codificaciones (C.P. C. y CGP).

¹⁷ Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP): XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012... p. 347.

Sin embargo, el CGP con los cambios que introdujo a la legislación procesal, no conservó a las pruebas anticipadas de manera autónoma, entendiéndose que las incluyó dentro del acápite de las pruebas extraprocesales y, como toda prueba anticipada es una prueba extraprocesal, pero no a la inversa, *verbi gratia*, la prueba trasladada, aclaramos, que solo nos referiremos a las pruebas extraprocesales reguladas por el CGP, señaladas en nuestro estudio.

4.2.1. La prueba anticipada del interrogatorio de parte¹⁸ es un “...instrumento de prueba, mediante el cual una parte o presunta parte –si el interrogatorio es anticipado– provoca la confesión de su contraparte, mediante la formulación de un interrogatorio que se surtirá en actuación judicial¹⁹”, y así –adicionamos–, obtener un título con mérito ejecutivo para demandar de esta manera, ejecutivamente

JAIRO PARRA QUIJANO –connotado autor del derecho procesal colombiano–, ha manifestado al respecto que: “*Cuando se absuelve el interrogatorio anticipado, se hace para obtener un título ejecutivo, sin necesidad de recurrir a un proceso ordinario. Pero no debe de pensarse que aquel presta mérito ejecutivo en todo caso, ya que puede suceder que de lo contestado por el absolvente no se deduzca la existencia de una obligación que llene las exigencias del artículo 488° del C. de P.C.²⁰*”. Es decir, que el cobro judicial de la obligación de manera ejecutiva para el caso *sub examine* depende del éxito o fracaso de la práctica de la prueba. Porque bien podría ser que las respuestas a las preguntas formuladas apunten a la veracidad de ciertos hechos periféricos y no precisamente lo que se ataca o pretende demostrarse, *per se*, atándolo a una obligación.

Igualmente y teniendo como punto de referencia las manifestaciones de la Corte Const., (Sent., C C-880/05; C-559/09), seguimos insistiendo desde nuestro Semillero de Investigación de Derecho Procesal, en la comparación de esta institución, con el proceso monitorio, pero antes de entrar en dicho análisis, es menester tocar el principio de autonomía de la voluntad privada: “*La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene*

¹⁸ El C. de Procedimiento Civil (artículo 294°) y el C. G., del Proceso (artículo 184°) estructuran el interrogatorio de parte prácticamente con el mismo contenido. Este así como el análisis comparativo con la institución proceso monitorio aplica idénticamente para ambas normas.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 880 del veintitrés (23) de agosto de dos mil cinco (2005). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-5760. Sentencia de constitucionalidad 559 del veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009). Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-7592

²⁰ PARRA QUIJANO. Jairo. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. Decimoctava Edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá D.C. – Colombia., 2011. P. 470.

de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad²¹”.

Desde esta perspectiva inferimos que en el interrogatorio de parte anticipado, lo que ofrece la posibilidad de crear el título ejecutivo es la manifestación de voluntad evidenciada en la respuesta que proporciona el deudor frente al cuestionario planteado por el acreedor. En el proceso monitorio ocurre una situación similar, con la diferencia que es el juez quien libra mandamiento para que en el plazo de diez (10) días el deudor pague o exponga en la contestación de la demanda, las razones concretas que sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada, en síntesis el juez a través del requerimiento de pago es quien pregunta al deudor si debe o no la pretensión formulada por el acreedor, facilitando así una oportunidad procesal para que demuestre su ausencia de responsabilidad frente a la obligación planteada; sin dejar al margen, que el deudor respaldado en la autonomía de la voluntad puede no oponerse o pagar la obligación reclamada, permitiendo de este modo crear un título ejecutivo, o en su defecto oponerse, dándose inicio a los trámites del verbal sumario, por último, también podrá dar por terminado el proceso monitorio por pago.

En el análisis comparativo se observa lo manifestado en acápites anteriores de este texto, en lo que obedece al valor de la *litis* y a la naturaleza de esta institución jurídica. El interrogatorio de parte no plantea un límite en los términos de cuantía, como sí ocurre en el proceso monitorio, dejando así un margen de libertad a la hora de usar esta figura procesal, en cuanto a la naturaleza se deja ver que el interrogatorio de parte se puede utilizar no solo en cuestiones dinerarias exigibles y contractuales, sino en cualquier asunto o controversia que aqueje al ciudadano o miembro del Estado Social de Derecho (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 1).

4.2.2. La prueba anticipada del reconocimiento de documentos se practica en forma análoga con la ventaja que se parte de un documento, como medio de prueba, es decir, aquí no hay necesidad de construir el documento; es necesario dotarlo de la fuerza ejecutiva que necesita para hacer efectiva la obligación

ALVARO PEREZ RAGONE –jurista chileno– explica que “*para entender la prueba documental, es necesario examinar su concepto. Es así como podemos distinguir una*

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima. Sentencia de tutela 338 de agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y tres (1993). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-12.031

definición amplia y una restringida. La primera señala que la prueba documental es todo medio idóneo para manifestar una determinada idea o pensamiento (sentido amplio en tanto documento). La segunda expone que es todo escrito donde se deje constancia de un hecho. Bajo este concepto, no es necesario que el documento esté firmado o bien sea manuscrito. Pueden ser documentos, una carta, una servilleta o un papel firmado solo por una de las partes o un documento sin fecha o lugar de expedición. Este concepto asimila la prueba documental a la documental. Es el concepto vigente en el sistema continental, en este caso también en el CGP El documento es todo aquello donde se representa algún elemento para esclarecer un hecho o se efectúa una declaración de conocimiento o de voluntad que produce efectos jurídicos: por ello, son documentos las fotografías y las grabaciones audiovisuales. Los documentos son documentos escritos que constan en un soporte material o desmaterializado (documento electrónico o digital) que contienen una declaración de voluntad otorgado (especie de documento). Todo escrito por el cual se consigna un hecho o se deja constancia de un hecho. Así, documento es el género y el instrumento la especie”²².

Después de conocer la evolución y el margen tan amplio a que obedece la prueba documental, miraremos a manera de ejemplo una de las situaciones que se pueden presentar en la relación acreedor *vs* deudor, es del caso en el que el acreedor tiene un documento suscrito por el deudor, el cual pretende hacer efectivo, para de esta forma proteger su derecho de crédito, pero este documento no contiene los requisitos establecidos en el artículo 488 del C.P.C., es decir, que la obligación, sea expresa, clara y exigible, pero que además conste en documento escrito que provenga del deudor o de su causante y constituya plena prueba contra él: *¿Cuál es el camino a seguir por parte del acreedor?*

El C.P.C., en su artículo 295 establece para casos como el mencionado anteriormente, el reconocimiento espontáneo de documentos, el cual instituye que *“el reconocimiento de un documento privado puede hacerse ante juez o notario, con la debida identificación del otorgante. La respectiva atestación se pondrá en documento, suscrito por el funcionario que de fe del acto, quien sellará y rubricará todas las hojas de aquel, y por el otorgante”*; en el artículo 296 el reconocimiento a solicitud del interesado, permitiendo *“...pedir que se cite a las personas indicadas en el artículo 272, para el reconocimiento de documentos privados, manuscritos o firmados. La diligencia se practicará como disponen los artículos 273 a 275 del mismo, después de lo cual se entregará la actuación original al solicitante, dejando en el juzgado copia auténtica de*

²² PEREZ RAGONE, Álvaro. “La prueba documental en el código general del proceso de Colombia.”, En: Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP): XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª. Edición – Septiembre 2014. Bogotá D.C. – Colombia., 2014. P. 192

ella y del respectivo documento”. El CGP norma ambas situaciones enunciados por el C.P.C. en dos artículos, en uno, manifestando así:

“Declaración sobre documentos. Quien pretenda reconocer un documento privado deberá presentarlo e identificarse ante la autoridad respectiva.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, cualquier interesado podrá pedir que se cite al autor de un documento privado, al mandatario con facultades para obligar al mandante, o al representante de la persona jurídica a quien se atribuye, para que rinda declaración sobre la autoría, alcance y contenido del documento.

El reconocimiento del documento por parte del mandatario producirá todos sus efectos respecto del mandante si aparece probado el mandato.

La declaración del citado será recibida previo juramento. Si el documento está firmado a ruego de una persona que no sabía o no podía firmar, esta deberá declarar si se extendió por su orden, si el signatario obró a ruego suyo, y si es cierto su contenido; cuando el citado no pudiere o no supiere leer el juez deberá leerle el documento. En los demás casos bastará que el compareciente declare si es el autor del documento, o si se elaboró por su cuenta, o si es suya la firma o el manuscrito que se le atribuye. El reconocimiento de la autoría del documento hará presumir cierto el contenido.

Si el citado no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia el citado podrá probar al menos sumariamente que su inasistencia obedeció a causa justificada; si así lo hiciera, el juez señalará, por una sola vez, nueva fecha y hora para el reconocimiento, por medio de auto que se notificará por estado.

En el proceso en que se aduzca un documento previamente reconocido en legal forma, ya sea expresa o tácitamente, no procederá la tacha en cuanto al autor jurídico, ni el desconocimiento²³”.

Es de resaltar además, la figura que consagra el artículo 489 del C.P.C., y es aquella mediante la cual en el cumplimiento de diligencias previas al mandamiento de pago en la demanda ejecutiva, se podrá pedir que inicialmente y antes de dictar la orden

²³ Ley 1564 de 2012, C. G., del Proceso, artículo 185.

ejecutiva de pago, se ordene el reconocimiento del documento presentado, por parte del accionado, para lo cual se podrá surtir el reconocimiento mediante un interrogatorio formulado en el momento mismo de la diligencia, o anexando sobre sellado, contentivo de las preguntas. La diligencia de reconocimiento se practicará como disponen los artículos 273 a 275 *ibídem*, de suerte tal, que la renuencia a asistir del convocado, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento, a declarar, o da respuestas evasivas, el documento se asumirá procesalmente reconocido, y se dictará en consecuencia la orden de pago, dándose inicio de esta forma al proceso ejecutivo. Y si el citado desconoce el documento se procederá a verificar su autenticidad en la forma establecida para la tacha de falsedad, si el interesado lo pide dentro de los tres días siguientes a la diligencia, o el juez considera que se trata de prueba fundamental para su decisión. Nótese como esta herramienta procesal, guarda una relación de analogía con el proceso monitorio, pues cuando el citado reconoce el documento de manera expresa o ficta, se dará inicio y dentro del mismo *continuum*, al proceso ejecutivo sin necesidad de impulso de parte.

En la nueva codificación del CGP respecto del reconocimiento de documentos, ahora, declaración sobre documentos, si se generan cambios sustanciales, como eliminar la posibilidad del reconocimiento de documentos ante notario, entendiendo que de la lectura del artículo, la norma solo se refiere al juez. Sin embargo, ante juez o notario ambas conservan la estructura normativa que nos interesa.

De este modo, las normas del C.P.C. o del CGP citadas, otorgan plena relevancia a esta forma de constituir un título ejecutivo, entendiendo que como se puede observar es el imperio de la voluntad o la omisión del deudor, frente a estipulaciones del legislador las que permiten crear el título ejecutivo a partir de un documento que no reúne los requisitos mencionados en el artículo 488 del C.P.C.

De lo anterior se puede hacer un análisis comparativo de esta figura con el proceso monitorio y así, evidenciar dos (2) situaciones:

1. El reconocimiento de documentos o declaración sobre documentos al igual que el proceso monitorio permiten crear título ejecutivo o una prueba con prosperidad de acierto y convicción, con la diferencia que el primero permite no solo sobre cuestiones dinerarias y de naturaleza contractual exigible, sino para toda clase de documentos y obligaciones, hecho que no se observa ni es permitido en el proceso monitorio (CGP, artículo 419).
2. La institución del proceso monitorio deja ver una restricción del legislador frente al factor cuantía, que es bastante limitante para la aplicabilidad y funcionalidad de un proceso judicial. Así circunscribir el proceso monitorio

solo a procesos de mínima cuantía, cuando las demandas del ciudadano requieren de instituciones jurídicas que realmente presten una solución a los conflictos de forma amplia, pronta y eficaz, es desconocer la realidad en que deben surgir las normas jurídicas y el servicio que deben prestar los funcionarios judiciales a los particulares cobijados por el Estado Social de Derecho del ordenamiento jurídico colombiano²⁴.

Una de las justificaciones que nos ofrece el Profesor CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE, es el estudio Doing Business 2012, donde se evidencia que Colombia ocupa en el contexto mundial el puesto 177 entre 183 países, siendo la justicia colombiana, la sexta más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe²⁵.

Según el estudio, en Colombia resolver una controversia tipo tarda 1.346 días, que equivale al doble del tiempo promedio que tardan los países de América Latina y del Caribe (708 días) en hacer lo propio, al igual que el doble del promedio de los países del África Subsahariana. De esta manera, según dicho informe, Colombia supera tan solo a la India (1.420 días), Bangladesh (1.442 días), Guatemala (1.459 días), Afganistán (1.642 días), Guinea-Bissau (1.715 días) y Surinam (1.715 días)²⁶.

Siendo esa la realidad colombiana, los justiciables pueden afirmar que los principios constitucionales de tutela efectiva y plazo razonable son meros enunciados, pues en la práctica se le desconocen todos los derechos otorgados por la Constitución Política como son: a) exigir ante los jueces el amparo o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos; b) recibir de los jueces la atención oportuna de sus pretensiones en condiciones de igualdad; c) gozar, en condiciones de igualdad, del tratamiento procesal adecuado con sujeción a los ritos preestablecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procesales previstas en la Constitución y en las leyes; d) obtener, en un tiempo razonable, un pronunciamiento judicial que resuelva sobre su reclamación; y, e) alcanzar, en cuanto sea posible, el cumplimiento efectivo de la decisión judicial²⁷.

El citado estudio, como referente meramente estadístico es un punto de partida plausible para dimensionar el fenómeno de la congestión judicial en Colombia y en el mundo. De otro lado, tomando además la realidad jurídica y social de nuestro país, es

²⁴ C. Pol., de 1991, artículo 1°.

²⁵ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. EL PROCESO MONITORIO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA: LEY 1564 DE 2012. En: Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP): XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. p. 342.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem. Pp. 342-343.

necesario cuestionarnos si el proceso monitorio cumplirá a cabalidad su cometido, en sentido contrario, afirmaremos que el proceso monitorio es bueno, pero que el legislador deberá adecuar el mencionado a la realidad colombiana y de este modo ajustarlo a los principios de tutela efectiva y plazo razonable de las decisiones judiciales, no solo para un grupo de asociados o determinados procesos, sino para todo un conglomerado que reclama del Estado la prevalencia de los principios constitucionales para la solución de las controversias. De este modo, ofrecer una mayor cobertura a esta institución jurídica será de grandes resultados para el órgano jurisdiccional del Estado colombiano.

4.2.3. La prueba anticipada de exhibición de documentos y de la inspección judicial. La institución del proceso monitorio evidencia las posiciones que puede adoptar el demandante (CGP, artículo 420-6), entre estas, cuando no posea la prueba, indicar donde se encuentra; situación esta, que ha estado regulada desde la vigencia del C.P.C. en el artículo 297: *“El que se proponga demandar o tema que se le demande, podrá pedir de su presunta contraparte o de terceros la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles...”*; estructura normativa reafirmada en la nueva codificación procesal en el artículo 186: *“El que se proponga demandar o tema que se le demande, podrá pedir de su presunta contraparte o de terceros la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles. La oposición a la exhibición se resolverá por medio de incidente”*

Así las cosas, las ventajas que hemos presentando *ad initio* en estos acápite, aplican idénticamente a este medio de conseguir un documento, que de no reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, ahora, 422 del Código General del Proceso, si es reconocido por quien lo exterioriza, o, por el deudor de la obligación, si es un tercero quien tiene el documento en su poder, permite hacerla efectiva ejecutivamente. De este modo, la exhibición de documento coincide con el proceso monitorio en la finalidad, si se utiliza para la consecución de un documento que preste mérito ejecutivo y en la posición que puede asumir el acreedor para iniciar el proceso monitorio, entendiendo que bien puede realizar la posición normada en las codificaciones señaladas, indicando que las pruebas están en poder del demandado, evento en el cual se justifica la inversión del contradictorio; en las formalidades solo se asemejan en el medio de notificación, que para ambos es personal, puesto que el documento solo puede hacerlo ostensible quien lo tiene en su poder, como el crédito en el proceso monitorio; el único que puede aceptar la obligación es quien denuncia el acreedor como su deudor.

En la inspección judicial (C.P.C., artículo 300 y, CGP, artículo 189) practicada anticipadamente, se puede encontrar el documento que el acreedor busca para hacer efectiva su obligación, no obstante, sirve al demandante la inspección judicial procesal,

bajo uno de los supuestos del CGP, artículo 420-6: *“Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga.*

El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales”.

4.2.4. El proceso monitorio en el Código General del Proceso Colombiano

Un estudio de la institución del proceso monitorio debe realizarse en el marco del nuevo paradigma procesal colombiano al que nos avoca el CGP, que tiene como propósitos fundamentales: la eficacia, la integración y sistematización de las normas procesales, la oportunidad y la des-formalización de los procesos²⁸, entre otros propósitos, pero consideramos estos los de mayor incidencia en el tema que nos concita. En este orden de ideas, nuestro análisis lo dividiremos de la siguiente manera: el proceso monitorio tal y como ha sido concebido en el actual régimen procesal colombiano (artículos 419, 420, 421 del CGP), haciendo hincapié en el trámite a seguir y las implicaciones procesales del mismo y, luego analizaremos las situaciones que surgen una vez se presenta la oposición y el trámite que de este proceso debe cambiarse, por el de un proceso verbal sumario, establecido en la codificación del CGP, en los artículos 390 y ss., aun sin cumplir con el lleno de los requisitos legales para dicho trámite.

Siendo así, partimos recordando que la naturaleza del proceso monitorio colombiano, a diferencia de la que existe en otros países de latino américa²⁹ como Uruguay, Chile, Costa Rica, etcétera, es distinta, entendiéndolo que ubican esta institución dentro de la clasificación de los procesos declarativos y, en la organización del CGP colombiano, está como un declarativo especial cuya finalidad se vislumbra de manera expresa en el artículo 419°, al consagrar que *“quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá*

²⁸ CANOSA SUÁREZ, Ulises. “Presentación del Código General Del Proceso, Ley 1564 de 2012”. Secretario General Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). Bogotá, Agosto de 2012.

²⁹ En la legislación procesal de estos Estados la clasificación que atribuyen a la institución proceso monitorio es esencialmente la de un proceso ejecutivo, para el cual se exige como resquicio indispensable para su trámite que se aporte el documento, en el que está consagrada la obligación que se pretende exigir (título ejecutivo) (Ver: MARTINEZ, José Oscar. “El procedimiento monitorio en el código procesal civil modelo para Iberoamérica”. XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México., 1993; Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP): XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. NICASTRO SEOANE, Gustavo. “Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo”. Formas e Impresos S. A. 1ª. Edición – Septiembre 2014. Bogotá D.C. – Colombia., 2014. Págs. 797-799.

*promover proceso monitorio...*³⁰; permitiéndonos entender que su finalidad no es otra más que la de conseguir que se exija el cobro de una obligación dineraria cuya fuente u origen sea un contrato, es decir, un acuerdo en el que la autonomía de la voluntad entendida como el poder que tienen los particulares para autorregular sus conductas, permite a una o más partes llegar a un acuerdo mutuo en torno a unos actos jurídicos y las consecuencias de los mismos, o como lo define MANUEL DE LA PUENTE: “*el acuerdo de dos o más partes sobre una declaración conjunta de voluntad común destinada a constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial*”³¹, definición que además aporta uno de los elementos distintivos del proceso monitorio, al establecer que la obligación de naturaleza contractual y exigible debe ser dineraria, es decir, una obligación de dar que en el caso *sub examine*, es de carácter monetario, resultando así como último elemento, pero no menos importante, la limitante de la cuantía a la cual nos referiremos con mayor profundidad adelante.

Reiteramos que el proceso monitorio es un proceso declarativo y especial en el que con la presentación de la demanda, el juez procede a dictar mandamiento de pago, acto jurisdiccional que debe ser notificado de manera personal al deudor-demandado quien podrá asumir las siguientes posturas con sus respectivas consecuencias:

Grafica No. 2

ACTITUDES DEL DEMANDADO ³²	CONSECUENCIAS JURÍDICAS ³³
No se presenta	El juez dictará sentencia por la totalidad de las pretensiones de la demanda.
Se presenta y paga	Termina el proceso por pago de la obligación.
Se presenta, niega la obligación parcialmente.	Continúa la ejecución con la parte de la obligación no objetada, en el evento de que no la cancele y, se adelanta el trámite del verbal sumario con la parte de la obligación objetada. NOTA: La parte vencida es multada con

³⁰ Ley 1564 de 2012, C. G., del Proceso, artículo 419°.

³¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Lima, 1983, T. I, p. 132-136.

³² Ley 1564 de 2012, C. G., del Proceso, artículo 421°.

³³ Ídem.

	el 10% de las pretensiones formuladas.
Se presenta, niega la obligación total.	Se adelanta el trámite del proceso verbal sumario por la totalidad de las pretensiones de la obligación objetada. NOTA: La parte vencida es multada con el 10% de las pretensiones formuladas en la demanda.

Prima facie, el proceso monitorio no ofrece novedades en la práctica procesal, sin embargo, al desentrañar el artículo 420 del CGP, que regula el contenido de la demanda, en su numeral 6°, referido a la carga probatoria de las partes, este expone que el demandante deberá allegar: *“Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga”*. Es decir, en principio y como regla general existe una obligación probatoria en cabeza del actor, no obstante, el mismo numeral se encarga de establecer una excepción a esta regla al continuar agregando: *“El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales”*; generando con esta situación una inversión del contradictorio³⁴, que desconoce el principio de *onus probando incunbiatore*, haciéndose necesario analizar si violenta o no el debido proceso y el derecho a la igualdad. Algo de lo que se ocupó la Corte Constitucional:

“La regulación acusada persigue una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de facilitar el acceso a la justicia, particularmente en relación con controversias de mínima cuantía, y de otra, que pese a que en este caso se haya invertido la secuencia que usualmente tienen los procesos judiciales, existen en la normatividad acusada suficientes garantías del derecho de defensa del demandado, entre ellas la imposibilidad de notificarle a través de curador ad litem, o la regla según la cual, en caso de oposición fundada por parte del demandado, el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual aquél podría ejercer plenamente

³⁴ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. EL PROCESO MONITORIO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA: LEY 1564 DE 2012. En: Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP): XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, pp 342- 343.

su derecho de defensa. Por ello concluyó que la aplicación de estas normas no rompe la igualdad entre las partes procesales, ni tampoco lesiona el debido proceso”³⁵.

En este aspecto estamos totalmente de acuerdo con el análisis realizado por la Corte Constitucional, por cuanto consideramos que la inversión del contradictorio en sí misma no afecta los postulados del debido proceso, ni la igualdad de partes, no obstante, esta jurisprudencia no realiza un análisis profundo de la violación del derecho de defensa del demandado; no en el entendido de la oportunidad de probar, sino en la posibilidad real de ejercitar el derecho a la defensa, a la luz de la oposición cualificada que exige el artículo 421°, inciso 4° del CGP: “*Si dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero el demandado contesta con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte, para lo cual deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición*”; este acápite merece nuestra especial atención, entendiendo que es bastante incierto el derecho del deudor-demandado por la carga que se le impone de presentar una oposición fundada, con pruebas que debe aportar en su escrito de oposición, no estableciéndose las excepciones contempladas para el acreedor-demandante de poder solicitarlas, indicar dónde están y, la más impórtate poder iniciar el ejercicio de su acción procesal –contradicción– sin aportar elementos probatorios que permitan al juez adoptar una decisión fundada, y es en estas condiciones que la inversión del contradictorio violenta los postulados fundamentales del debido proceso, igualdad real de las partes, igualdad de armas y ejercicio del derecho material a la defensa.

Es injustificable, reiteramos, que las excepciones contempladas para el accionante-acreedor cuando no existen pruebas, al no estar expresamente consagradas para el accionado-deudor genera una duda profunda respecto de la constitucionalidad del trámite del proceso monitorio, en virtud de que la inversión del contradictorio, ubica a la parte accionada en la obligación de defenderse con pruebas que pueden no existir, pero que debe aportar, para una oposición fundada; debería la norma ser clara en contemplar la excepción para ambas partes, en sentido contario estaría exigiéndosele a la parte demandada realizar imposibles para poder evitar ser condenado a una deuda de la cual no se tiene certeza, sumándose además que por ser un proceso de única instancia no podría hacerse uso de los recursos para impugnar una eventual sentencia en contra.

Ejemplo:

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 726 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014). Magistrado(a) Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente D-10115.

A demanda a B en un proceso monitorio sin aportar prueba, bajo el juramento de que no existen, puesto que según la declaración del actor el contrato se realizó sin testigos y sin dejar soportes físicos de la obligación. En este caso el proceso monitorio se presenta en su estado original o puro³⁶. Por su parte el accionado se opone a la prosperidad de las pretensiones de la parte accionante por cuanto manifiesta que nunca existió dicho contrato y en consecuencia no pudo surgir la obligación alegada por el demandante.

Lastimosamente, este no es el escenario en el que se concibe al proceso monitorio en Colombia, puesto que el CGP le exige al demandado fundamentación debida de esta oposición, es decir, basada en pruebas, desconociendo la posibilidad que la misma norma le brinda al demandante de comunicar que no existen pruebas documentales de la obligación exigida; la ley procesal (Ley 1564/2012), debería contener la misma excepción para el demandado, ya que resulta poco razonable entender cómo el CGP³⁷ exige al demandado el soporte probatorio de su oposición, atentando así contra principios constitucionales como la igualdad procesal, igualdad de armas y derechos constitucionales como el de la defensa, base esencial del debido proceso, por lo que creemos, debe hacerse una interpretación sistemática, teleológica y constitucional³⁸ de la norma y, entender que no ha de ser posible que en un caso como el planteado se pretenda aplicar el deber de fundamentar la oposición. De lo contrario la única manera de intentar salir adelante en el proceso monitorio a nuestro juicio sería realizar un interrogatorio de parte al actor, con el fin de que ante el juez se puedan desvirtuar las pretensiones crediticias contenidas en la demanda, mas esta no es una solución real y mucho menos definitiva, por cuanto solo constituye una alternativa de defensa que apela casi que a la suerte, a la hora de garantizar el debido proceso jurisdiccional.

Continuando con la estructura planteada en este acápite, debemos precisar que el proceso monitorio define su trámite con la contestación de la demanda, entendiendo que la actitud adoptada por la parte accionada es la que determina el rumbo del proceso, según lo contemplado en el artículo 421 del CGP si se presenta la oposición fundada por el demandado, el proceso se seguirá por los tramites del proceso verbal sumario, supuesto que a ojos de algunos doctrinantes permite inferir que se acaba el proceso monitorio y, se continúa con un verbal sumario, sin embargo, distamos profundamente de ese planteamiento por cuanto creemos que lo que se debe adoptar son los términos procesales y procedimentales de la audiencia del 392 del CGP, sin querer significar que el proceso monitorio termina por oposición fundada; dicho de

³⁶ CALAMADREI, Piero. El procedimiento monitorio. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1946.

³⁷ Ley 1564 de 2012, C. G., del Proceso, artículo 421.

³⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo. La interpretación constitucional. Tercera Edición, Corregida & Aumentada. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Tercera edición, 2013. Bogotá D.C. – Colombia., 2013. pp 55-75.

otra manera, lo que sucede es la realización de un proceso monitorio especial en el que habrá lugar a un debate procesal y, por ende, los términos se extenderán; discusiones como estas ya han surgido en torno a la real naturaleza de un proceso como lo fue en la pasada legislación procesal civil, y es el caso de los procesos ordinarios de menor y mínima cuantía, en los cuales dependiendo de la cuantía de las pretensiones, siendo un mismo proceso, el trámite variaba permitiendo que autores como el ilustre HERNANDO DEVIS HECHANDIA plantearan la existencia de un proceso ordinario abreviado y un proceso ordinario verbal para los procesos ordinarios de menor y mínima cuantía respectivamente.

Esta subdivisión en el trámite del proceso ordinario, dependiendo de la cuantía, generó el interrogante de si se cambiaba solo el procedimiento o si la naturaleza de la acción también se transformaba; discusión que a la postre terminó inclinándose, por mayoría, en sostener que lo que se adoptaba era simplemente el trámite procesal, es decir, como lo plantea el tratadista HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO: “*en el juicio deberían seguirse los pasos señalados para cada cuantía según el proceso verbal o el proceso abreviado pero la naturaleza de la acción seguía siendo la misma*”³⁹, la del proceso ordinario y, es a partir de esta estructura, que nos permitimos sostener, que el proceso monitorio no acaba con la oposición fundada del demandado, simplemente adopta un trámite procesal, para poder llevar a cabo el contradictorio a raíz de la oposición.

Conclusiones

1. *Adecuación del proceso monitorio o su estructura*: la institución del proceso monitorio muestra una estructura jurídico-procesal que a nuestro juicio, ningún proceso judicial en la legislación del Estado colombiano hasta la vigencia del CGP, (Ley 1564/2012) agrupaba, partiendo de la estructura formal, material y la finalidad del proceso monitorio consideradas todas al tiempo. No obstante, existen instituciones que conservadas aun en la legislación procesal vigente (como la conciliación extraprocesal y las pruebas extraprocesales practicadas anticipadamente para el cobro de deudas dinerarias), que con unas características similares y sin límites en factores como la cuantía y la materia, resuelven un sin número de aspiraciones procesales. De este modo, consideramos que el proceso monitorio o su estructura, debe extenderse a la solución de toda clase de conflictos jurídicos, que conforme a su estructura, sean

³⁹ LÓPEZ, Hernán. *Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo II, Parte Especial. Octava Edición. Dupre Editores. Bogotá – Colombia, 2004.

susceptibles de ser tramitados a través de este mecanismo; como ejemplo, citamos la aplicación de la estructura monitoria en la República de Uruguay.⁴⁰

2. *Ampliación de la materia:* en el transcurrir del tiempo y la historia del hombre, se ha devenido en la necesidad de crear estamentos o instituciones que ayuden a la regulación de la conducta humana, con el fin último de lograr una felicidad y una paz duradera de cada grupo social, es así cuando nace el Derecho con el ideal ambicioso de regular la conducta de los hombres que viven en sociedad. Es este el propósito del legislador, cuando crea instituciones jurídicas para dirimir ciertos asuntos o Litis surgidas entre dos o más sujetos, proporcionando como resultado un inventario bastante amplio de múltiples procesos con exigencias formales y materiales distintas, diversas y complejas. Situación que no es benéfica para aquel súbdito que reclama de su Estado premisas como el acceso a la justicia, protección de sus derechos, eficacia, prontitud de las decisiones judiciales, etcétera. Este fenómeno ha creado lo que hoy llamamos congestión judicial, donde poseemos un número determinado de jueces que deben resolver variedad de conflictos con distintos procesos que conservan procedimientos con elementos diversos y factores temporales en ocasiones elevados que no permiten alcanzar postulados como la pronta justicia. Debemos reconocer como Semillero de Investigación de Derecho Procesal, que la creación del proceso monitorio, es un avance para el reconocimiento de derechos por parte del órgano jurisdiccional, no solo por su prontitud, sino por la facilidad que ofrece al ciudadano para el reclamo y efectividad de su derecho, hecho que como Semillero aplaudimos y resaltamos, sin embargo, deben tenerse en cuenta principios y derechos constitucionales, para evitar desigualdades entre las partes inmersas en la contienda procesal.

3. Dicho lo anterior, es deber reflexionar sobre lo anunciado en el artículo 419° del CGP, que asigna tan maravilloso proceso, solo para obligaciones dinerarias exigibles, de naturaleza contractual y determinadas, dejando por fuera una variedad de asuntos, diferentes a los contractuales, que podrían tramitarse por esta institución. Consideramos, que el legislador desaprovecha una gran oportunidad que puede contribuir a descongestionar el aparato judicial, al no simplificar una serie de procesos que se pueden resolver por tan prodigiosa institución como lo es, el proceso monitorio. De este modo proponemos ampliar la naturaleza o asunto del proceso monitorio, con el objetivo que a través de él, se pueda dar solución a una variedad de asuntos, los cuales no enunciarnos en específico, por considerar que es tarea del legislador determinar que otros asuntos pueden resolverse a través de esta institución,

⁴⁰ NICASTRO SEOANE, Gustavo. “Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo”. En: Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP): XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. pp. 789-838.

que hoy tramitado por otros procesos solo congestionan nuestra jurisdicción obstaculizando así, alcanzar la verdadera bandera de cualquier nación, la justicia.

4. *Modificación de la competencia:* En el proceso monitorio colombiano el juez no resuelve el conflicto inter partes; las funciones que cumple se limitan a admitir la demanda y, ordenar la notificación personal al deudor-demandado para que pague una suma determinada de dinero; por disposición expresa del legislador no se admite la intervención de terceros, curador ad litem, emplazamiento, reconvencción..., es decir, el juzgador, no es juzgador a menos que se presente una contradicción. Es así, como consideramos adecuar esta institución a la realidad institucional del Estado, entendiendo que existen órganos que están menos congestionados y pueden aplicar este modo para la resolución de los conflictos jurídicos, que en caso de oposición, como cuando la conciliación es fallida, sea un juez natural quien resuelva al respecto. En conclusión, deberían de tramitar el proceso monitorio de mínima cuantía, los centros de conciliación, los consultorios jurídicos y los inspectores de policía, instituciones a las cuales están acostumbrados el común de los ciudadanos para resolver sus controversias. De modificarse la competencia y concedérsela a instituciones como estas, adecuaríamos la institución del proceso monitorio a la necesidad insatisfecha de muchos municipios donde el Estado no ha institucionalizado despachos judiciales y ampliaríamos así, el radio de acceso del derecho a la justicia. Así mismo, la virtud de descongestión que se le atribuye al proceso monitorio en nuestra realidad judicial, no quedaría como una mera ilusión, pues a más de miles de procesos que inician cada día, nuestros administradores de justicia deberán sumar el trámite de un proceso monitorio. Claro está que al haber oposición, se remitiría la actuación de manera inmediata al juez municipal competente, para que se surtiera el trámite del proceso verbal sumario.

5. El proceso monitorio, como institución jurídica es realmente una herramienta de grandes ventajas para el ordenamiento colombiano, puesto que constituye un instrumento rápido, eficaz; edificado bajo un esquema procesal especial, que procura garantizar la tutela privilegiada del crédito, esperando con esto aportar a la superación de la desconfianza del ciudadano hacia los despachos judiciales y en consecuencia acercar más la justicia a los ciudadanos.

6. Sin embargo, su regulación contiene aspectos cuando menos inquietantes, que han permitido gran variedad de apreciaciones muy diferentes, entorno a los mismos tres artículos regulatorios de esta institución jurídica, al punto de que la doctrina nacional no alcanza a conciliar ni siquiera en cuál es la verdadera tendencia de este instituto procesal en nuestro país; es decir, si es mixto, documental o puro, aspecto en el que debemos precisar que para nuestro Semillero, el monitorio tal y como está consagrado

en el ordenamiento jurídico colombiano es de carácter mixto, con tendencia documental puesto que en principio se le exige prueba documental a la parte accionante para poder dar lugar al inicio del trámite y lograr con esta la inversión del contradictorio, la excepción a esta regla general es la procedencia en aquellos casos en que bajo la gravedad de juramento se asegure que no existen pruebas documentales de la obligación, por cuanto el monitorio desde su concepción ideológica está diseñado casi que exclusivamente para escuchar la verdad del actor, brindándole al demandado la oportunidad procesal para defenderse, pero en ciertos escenarios impidiendo la posibilidad material de defensa, por cuanto la mencionada excepción contemplada en favor del accionante en el artículo 421, no está consagrada para el demandado, razón por la que consideramos que en caso de que se aplique dicha excepción a la regla de aportar los documentos en favor del demandante, debe, mediante vía de control constitucional de excepción, aplicarse el principio de igualdad procesal y concedérsele al demandado la posibilidad de oponerse sin presentar más elementos que su propia negación, entendiendo que un actuar diferente además de significar una sobre carga en ocasiones imposible de llevar por parte del accionado podría traducirse en condenas injustas por deudas inciertas. Riesgo latente, debido a la regulación procesal del monitorio en nuestro país con tendencia como ya lo mencionamos a privilegiar con celeridad al acreedor sin contemplar elementos de contrapeso para el demandado, supuesto deudor, quien se encuentra menos favorecido procesalmente por la falta de disposiciones que permitan un verdadero equilibrio procesal como los observados en otros ordenamientos jurídicos.

7. El artículo 421 del CGP, señala expresamente que si la demanda reúne los requisitos legales, el juez ordenará requerir al deudor para que pague o exponga en la contestación escrita de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada, caso en el cual el proceso adquiere la forma del proceso verbal sumario, en cuanto a la audiencia. Planteamiento que rompe con la finalidad oral del Código, puesto que se introduce un proceso netamente escrito, el cual sólo llega a la oralidad por vía de excepción y no por regla general, la audiencia –del trámite verbal sumario– sólo se celebrará en caso de oposición fundada, según análisis técnico y riguroso del juez..

Referencias bibliográficas

Doctrina

CALAMADREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina., 1946.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Lima, 1983, T. I, P. 132-136.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. 6ª Edición. Editorial Temis. S. A. Bogotá – Colombia., 2012. PP. 549-551.

LÓPEZ, Hernán. *Instituciones del Derecho Procesal Civil colombiano*. Tomo II, Parte Especial. Octava Edición. Dupre Editores. Bogotá – Colombia, 2004.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *La interpretación constitucional*. Tercera Edición, Corregida & Aumentada. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Tercera edición, 2013. Bogotá D.C. – Colombia., 2013. PP 55-75.

NIEVA FENOLL Jordi y Otros. *El procedimiento monitorio en américa latina: pasado, presente y futuro*. Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia 2013

PARAJELES VINDAS Gerardo. *Los procesos cobratorios (cobranzas de obligaciones dinerarias)*, edit. IJSA, Investigaciones Jurídicas S.A. 2009.

PARRA QUIJANO. Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Decimoctava Edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá D.C. – Colombia., 2011. p. 470.

Artículos Revistas:

Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. QUINTERO PÉREZ, Magda I, BONETT ORTIZ, Samir A. Edición 2014. No. 40. Bogotá D.C. – Colombia, 2014.

Capítulos de libros

XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. Estructura monitoria y la hipoteca. Formas e Impresos S.A. Primera Edición - Septiembre 2012. Bogotá D.C. – Colombia. 2012., p. 1153.

XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso en Colombia: ley 1564 de 2012. Formas e Impresos S. A. 1ª. Edición – Septiembre 2013. Bogotá D.C. – Colombia, 2013.

XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. PEREZ RAGONE, Álvaro. “La prueba documental en el código general del proceso de Colombia.” Formas e Impresos S. A. 1ª. Edición – Septiembre 2014. Bogotá D.C. – Colombia., 2014.

XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. NICASTRO SEOANE, Gustavo. “Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo”. Formas e Impresos S. A. 1ª. Edición – Septiembre 2014. Bogotá D.C. – Colombia., 2014. Págs. 797-799.

MARTINEZ, José Oscar. “El procedimiento monitorio en el código procesal civil modelo para Iberoamérica”. XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México., 1993

Leyes

COLOMBIA. Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil.

COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 446 de 1998, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 640 de 2001: “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”.

COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991.

VENEZUELA. Congreso de la Republica. Código de Procedimiento Civil, 1990.

Jurisprudencia colombiana:

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 726 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014). Magistrado(a) Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente D-10115.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 222 del diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013). Magistrado(a) Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente D-9317.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 880 del veintitrés (23) de agosto de dos mil cinco (2005). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-5760.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad 559 del veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009). Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-7592.

Corte Constitucional. Sala séptima. Sentencia de tutela 338 de agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y tres (1993). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-12.031.

Otros documentos

CANOSA SUÁREZ, Ulises. “Presentación del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012”. Secretario General Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). Bogotá, Agosto de 2012.

Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley No. 196 de 2011 - Cámara “*Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”.

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República, Gestión de la Administración de Justicia Año 2013.

**IMPEDIMENTOS DE EFICACIA DEL PROCESO MONITORIO COLOMBIANO:
RIESGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN***

Semillero de Derecho Procesal de la
Fundación Universidad Autónoma de Colombia**

*Nicolás Baquero Rairán, Ruben Dario Palacios Valoyes,
Yury Alejandra Ladino Ramírez, Benedicto Romero Barrera,
Leonardo Andrés Rodelo Ortiz, David Stivens Ríos Gonzales,
Nicolás Steven Jaramillo Varón, David Fabien Cifuentes Téllez,
José Alberto Barragán, Pablo David Rodríguez León.*

Director del semillero: Oscar Iván Garzón Guevara¹

*“Una cualidad de la Justicia es hacerla pronto y sin dilaciones;
hacerla esperar es injusticia”- Jean de la Bruyere*

Resumen

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 8 de noviembre de 2016.

Para citar el artículo: BAQUERO RAIRÁN, Nicolás; PALACIOS, Rubén David; LADINO RAMÍREZ, Yury Alejandra; et al. Impedimentos de eficacia del proceso monitorio colombiano: riesgos de inconstitucionalidad y propuestas de solución. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo* – ICDP. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 236-267.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

¹ Docente director del Semillero de derecho procesal 2015- Universidad Autónoma- Bogotá.

La adopción del proceso monitorio, como instrumento procesal destinado a garantizar la tutela efectiva del derecho de crédito de mínima cuantía, representa un reto para la doctrina colombiana y la administración de justicia; puesto que, sin perjuicio de la simpleza de su estructura, la naturaleza del proceso involucra un estudio profundo de sus efectos y necesidades dentro del sistema normativo. Este artículo de investigación, defiende y propone la existencia de tres (3) impedimentos de eficacia del proceso monitorio colombiano. Así, se ha propuesto revisar su origen y desarrollo, mediante la técnica de revisión de tema, además se ha propuesto el desarrollo de una investigación de campo, mediante la aplicación de encuestas que prueban la existencia de los impedimentos planteados. En la parte final de este documento, se exponen los resultados de investigación y se proponen soluciones jurídicas para la superación de dichos impedimentos, con el fin de garantizar su efectividad como respaldar su incorporación.

Palabras clave: Proceso monitorio, impedimentos, eficacia, propuestas de implementación, Colombia.

abstract

The adoption of order for payment procedure as a procedural instrument aimed to ensure the effective protection of the right to credit on small claims represents a challenge for the Colombian doctrine and the administration of justice because, notwithstanding the simplicity of its structure, the nature of this process involves a thorough study of their effects and needs. This paper defends and proposes the existence of four (3) hindrances of efficacy existing in the Colombian order for payment procedure. Thus, it has proposed to revise its origin and development, by using the technical of review of matter. In the same order, it has been proposed the development of a field research by applying surveys that prove the existence of the exposed impediments. Finally, in this paper the research results are presented and legal solutions are proposed to overcome such impediments, in order to ensure its effectiveness and support its incorporation within the Colombian legal system.

Key words: Order for payment procedure, hindrances of efficacy, implementation proposals, Colombia.

Introducción

I. Presupuestos dogmáticos del proceso monitorio colombiano

El movimiento de configuración material del derecho sustancial de un nuevo catálogo de derechos humanos, impulsado por el surgimiento de organizaciones y sistemas de orden



internacional, ha sido el derrotero para una época de evolución de la Doctrina Constitucional de los Estados.

De allí, que su influencia pueda ser evaluada en las cargas y principios que por vía constitucional se han impuesto a los órganos e instituciones que administran justicia. Ejemplo de ello, es el *derecho de acceso a la administración de justicia*, ampliamente reconocido y desarrollado en diferentes instrumentos internacionales como por la Constitución Política y la Corte Constitucional de Colombia.

Dichas cargas de naturaleza constitucional, no son en sí mismas sin fundamento, sino que corresponden a la ocurrencia y materialización de fenómenos jurídicos; como la *constitucionalización del derecho*¹, el cual ha obligado a la doctrina del derecho procesal a solucionar los impedimentos que representa el acceso a la administración de justicia en congruencia con el derecho de *tutela judicial efectiva*, como es la duración de los procesos judiciales y la satisfacción real del derecho reclamado; que confrontados con principios como el de celeridad y economía procesal, y conceptos tales como la *mora judicial* y corrientes dogmáticas como las *olas de justicia*, han retado la capacidad de la doctrina procesal respecto del diseño e implementación de nuevas formas y reformas procesales.

De las mencionadas olas de justicia, la tercera de ellas, la cual² busca garantizar la efectividad del acceso a la jurisdicción para la resolución de conflictos haciendo uso de “*vías judiciales realmente expeditas o de procedimientos alternativos*”, ha respaldado y promovido el origen de una corriente de reformas del procedimiento civil colombiano, como es el reconocimiento, inclusión y desarrollo del denominado *proceso monitorio*.

En el mismo sentido, son parte dogmática del proceso monitorio, los debates discutidos por la Doctrina procesal a lo largo de su desarrollo histórico, como: (i) el que pregunta si es proceso, procedimiento o estructura; (ii) el que cuestiona su naturaleza en relación con los derechos a la defensa y el debido proceso, (iii) el que respalda la inversión de la carga de la prueba en relación con el principio de contradicción; (iv) el más reciente, el que busca la armonización del proceso monitorio con el posterior nuevo juicio verbal sumario, en los casos donde hay oposición del deudor requerido.

¹ GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *M. Carbonell ed. Neoconstitucionalismo(s)*. 2005. Madrid. Trotta. pp. 49-73.

² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-1195/01 del 15 de Noviembre de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3519



II. Implementación eficaz e impedimentos del proceso monitorio

Sin perjuicio de los debates dados por la doctrina, no se ha creado un marco de criterios genéricos previos que permita evaluar la implementación eficaz del proceso monitorio en un ordenamiento jurídico; de allí, que la implementación de dicho proceso en muchos Estados latinoamericanos no sea la esperada y mucho menos la vista en los casos español o alemán. Significando esto, que los yerros de implementación en los sistemas de normativos deban apelar a la experiencia jurisprudencial externa, o sufrir su propio proceso de desarrollo, siempre tardío, para poder superar obstáculos e impedimentos que restan eficacia a este proceso, desvirtuando así su naturaleza e incumpliendo la promesa de su discurso.

Y es que las virtudes de la implementación del proceso monitorio no son objeto de controversia pues es una herramienta moderna, ágil y expedita que tiene repercusiones de orden social, político y económico, a pesar de la sencillez de su estructura. Lo que es objeto de estudio y discusión es la existencia de *impedimentos de eficacia del proceso monitorio* con atisbos de inconstitucionalidad, que han de ser identificados, estudiados y solucionados, con el fin de garantizar desde la configuración normativa su esperada eficacia.

De allí, que no sea lógico procurar la imitación de un modelo de éxito pretendiendo obtener el mismo resultado, pues es sabido que las realidades sociales propias de cada Estado, son las que impulsan la creación del derecho, y en consecuencia son estas las llamadas a provocar la producción de criterios de implementación diferentes.

Así, en congruencia con la función social de la doctrina y la academia, es evidente la necesidad de realizar procesos de evaluación y planeación profundos, para la implementación de nuevas instituciones jurídico-procesales, que permitan determinar cuáles son los retos e impedimentos, que contrastados con la realidad social y jurídica de cada Estado, representan la adopción de tal institución.

Con base en lo anterior se formulan para este trabajo de investigación las siguientes hipótesis: (i.) La Doctrina del Derecho procesal no ha configurado un marco de criterios genéricos y unificados, para la correcta implementación y desestancamiento del proceso monitorio, y (ii.) La regulación normativa que tiene el proceso monitorio en Colombia sufre de impedimentos de eficacia con atisbos de inconstitucionalidad que de no resolverse podrán entorpecer el derecho de acceso a la administración de justicia.

Establecidas las hipótesis son objetivos este trabajo: (i.) Identificar y clasificar los impedimentos que tiene el proceso monitorio en Colombia; (ii.) Apelar a la experiencia del derecho

comparado para solucionar los impedimentos de eficacia de este proceso; Y (iii.) exponer soluciones y propuestas para su correcta y eficaz implementación dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Para dar respuesta al problema con relación a la ausencia de un marco de criterios genéricos, que permita evaluar la implementación eficaz del proceso monitorio en un ordenamiento jurídico, como probar las hipótesis formuladas y dar cumplimiento a los objetivos propuestos, el presente trabajo se estructura así: En su primer parte se hará una breve aproximación teórica del proceso monitorio para luego, observar su regulación y adopción dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En la tercera sección, se hará la identificación y clasificación de los impedimentos de eficacia. Para finalmente, concluir con la exposición de los resultados de la investigación de campo y las propuestas de su solución del semillero a los impedimentos encontrados.

1. Acercamiento al proceso monitorio

Establecer el origen del proceso monitorio, ha sido una labor ardua y compleja de la doctrina procesal. De allí, que se pueda afirmar que su origen es una pregunta sin respuesta.

Si bien es cierto, que se han identificado posibles antecedentes de origen, algunos dispersos, se han encontrado como referentes históricos reconocidos por la doctrina, dos únicas hipótesis las cuales pretenden adjudicarse su origen, que son la germana³ y la italiana⁴.

Procedente es observar los antecedentes históricos dispersos, que son los que generan la discusión de origen. El primero de ellos, es el *Edicto de Rotario*, compilación de normas de los lombardos, ajena al derecho romano y al derecho conciliar católico⁵, en el cual se regulaba la condena para el demandado que había dejado suspendido un proceso por lapso de un año⁶. El segundo, la existencia de procesos abreviados del sistema romano, nacido de la necesidad de superar los problemas de lentitud e ineficacia del proceso ordinario en el marco del *solemni*

³ SKEDL, Arhur. Das Mahnverfahren. Leipzig. 1891. pp. 1 - 14.

⁴ CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1946, págs. 26 - 27. PERETTI-GRIVA, Domenico Riccardo, Il procedimento per ingiunzione nella legislazione italiana. Torino. 1937. pp. 8 - 9.

⁵ MORAN, Gloria M. Comunidad política y religiosa: claves de la cultura jurídica europea. La Coruña. Editorial Netbiblo. 2008. pp. 418.

⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. RIVERA MORALES, Rodrigo. COLMENARES URIBE, Carlos. CORREA DEL CASO, Juan Pablo. El procedimiento monitorio en américa latina: pasado, presente y futuro. Bogotá. 2013. pp 5.



*ordo iudiciarum*⁷. Y el tercero, el nacimiento del *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, en la Italia de siglo XIII⁸; que era un procedimiento en el cual se posibilitaba la creación del título ejecutivo, iniciado con la solicitud al Juez de pagar o hacer (*de solvendo vel trahendo*). La solicitud que generaba el *mandatum*, era emitida por el Juez sin cognición previa (*ante causa cognitionem*); y presentaba al requerido dos opciones: la primera no comparecer, y en virtud de su silencio tener por perfeccionado el título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada, requisito indispensable para la ejecución, o comparecer y pagar la deuda reclamada.

En definición, el proceso monitorio ha sido entendido por la doctrina italiana ⁹ como “una acción sumaria que constituye una declaración de certeza con predominante acción ejecutiva”.

Y como “un procedimiento especial destinado a la construcción de un título ejecutivo”, que “constituye la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución, (...) o la tarjeta sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso ejecutivo”¹⁰.

Para la doctrina española, es entendido como “aquel proceso especial plenario rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la Ley”¹¹.

En relación a sus clases, la doctrina procesal ha sido dinámica y prolífica al diferenciar varios tipos de proceso monitorio originados a lo largo de su historia. Así, la primera clasificación significativa fue la hecha por el profesor *Piero Calamandrei* quien lo clasificó en puro y

⁷ BALBUENA TÉBAR, Rafael I. “Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio”. Cuadernos de Estudios Empresariales. Número 9. 1999. Publicaciones Universidad Complutense de Madrid. Madrid. p. 304.

⁸ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”. Revista Iuris Actualidad y práctica del derecho. Número 37. 2000. Madrid. Wolters Kluwer editores. p. 35.

VESCOVI, Enrique. “El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina”. Revista del Supremo Tribunal del Estado de Durango. Números 24 y 25. 1986. Durango. p. 16.

⁹ CARRASQUERO HILL, Douglas. “Capítulo III: Del procedimiento por intimación”. El juicio por intimación como proceso de estructura monitoria. Caracas. Editorial Livrosca. 1999. Citando a: CHIOVENDA, José. Principios del Derecho Civil. Tomo I. p 268. Y a, CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el Proceso civil. Ediciones jurídicas Europa. Buenos Aires. 1973. Tomo III. p.118.

¹⁰ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel., BONETT ORTIZ, Samir. “El proceso monitorio. Tendencia del derecho procesal Iberoamericano”. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Número 40. Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP. 2014. Bogotá. pp. 347. Citando a CALAMANDREI, Piero. El procedimiento monitorio. Buenos Aires. Librería el Foro. 2006.

¹¹ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”. Revista Iuris Actualidad y práctica del derecho. Número 37. 2000. Madrid. Wolters Kluwer editores. p. 32.



documental¹². El primero, que es aquel en el cual la solicitud monitoria es hecha sin ningún tipo soporte de prueba documental que sustente la misma, sino que es suficiente la mera declaración o juramento de existencia de la obligación. Y el segundo, que *contrario sensu* obliga al interesado en iniciar la solicitud monitoria, a aportar documentos que prueben la existencia del hecho y obligación reclamada.

Por su parte el Profesor chileno *Pérez Ragone*, ha clasificado el proceso monitorio en modelos base de tradición como son los correspondientes a Alemania e Italia; en modelos base derivados correspondientes a países como Suiza o Austria; y modelos de recepción tardía como son los de los países de Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, España, clasificación última dentro de la cual se podría incorporar también a los países latinoamericanos que lo han adoptado desde el siglo pasado¹³.

En el mismo sentido, se conocen clasificaciones especiales, como la derivada del derecho de acción, que reconoce tres tipos: el proceso *monitorio obligatorio*, el *facultativo* que es la regla general y adoptada en la mayoría de los países, y el *de oficio* que es propio de la legislación de Austria que rige desde 1983¹⁴.

2. Proceso monitorio en Colombia

El proceso monitorio colombiano, tiene su origen con la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, la cual lo incorporó en sus artículos 419, 420 y 421 como un nuevo instrumento procesal clasificado dentro del título III, “*Procesos Declarativos Especiales*”. Este proceso fue demandado por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional por considerársele violatorio de los derechos a la igualdad, defensa y debido proceso, declarado por esta corporación como exequible, según la sentencia C-726/14.

En su artículo 419, se consagró la naturaleza contractual, determinada, exigible y de mínima cuantía de la obligación a reclamar. Por su parte, el artículo 420 reguló específicamente los

¹² CALVINHO, Gustavo. “Debido proceso y procedimiento monitorio”. Colección de Derecho Procesal Contemporáneo: El debido proceso. ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). 2006. Buenos Aires. Editorial Ediar. pp. 120 - 137.

¹³ NIEVA FENOLL, Jordi. RIVERA MORALES, Rodrigo. COLMENARES URIBE, Carlos. CORREA DEL CASO, Juan Pablo. El procedimiento monitorio en américa latina: pasado, presente y futuro. Bogotá. 2013. p. 110.

¹⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. “En Torno al Procedimiento Monitorio desde el Derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales”. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Volumen XIX, Número 1. 2006. Valdivia. p 220.

requisitos que deberá contener la demanda monitoria, como advierte de la promulgación del formulario de demanda que expidió la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PSAA13-10076 de diciembre 31 de 2013. Finalmente, el artículo 421 consagra el trámite del proceso, como el término de 10 días para el deudor demandado, a partir de la notificación personal del requerimiento de pago y previa admisión de la demanda monitoria, para que comparezca y pague, o se oponga.

3. Proposición impedimentos de eficacia

3.1. Derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso monitorio

De otrora, la Corte Constitucional colombiana como la doctrina procesal se han referido en relación al *derecho a la tutela judicial efectiva* como aquella ¹⁵posibilidad que tienen los asociados para acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, ante un Juez o Tribunal que sea independiente e imparcial; frente al cual, puedan desarrollar libremente la plena defensa de sus derechos o intereses *dentro de un plazo razonable*, con el fin de obtener la debida protección del Estado.

En desarrollo de lo anterior, la misma Corporación ha considerado el derecho a la tutela judicial efectiva como aquel ¹⁶*sistema de garantías* que conjuga derechos constitucionales como el de acceso a la justicia consagrado en el artículo 229, el de igualdad ante los tribunales de justicia regulado por el artículo 13, el de defensa en el proceso preceptuado en el artículo 29, la garantía de imparcialidad e independencia de los tribunales, como la efectividad de los derechos, reglada en los artículos 2 y 228 de la Constitución Política.

En Colombia, el tratamiento que se da al derecho a la tutela judicial efectiva es de derecho de naturaleza prestacional, al encontrar que este exige *“la puesta en obra del aparato estatal”*¹⁷, para su realización. Siendo en sí mismo, un derecho dependiente de la configuración legal que el legislador, en virtud de su amplia potestad de configuración legislativa, realice, para permitir su protección y ejercicio.

¹⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-318/98 del treinta de Junio de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1888.

¹⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-454/06 del siete de Junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-5978.

¹⁷ *Ibidem*



Dimanado de este debate surgió el concepto de “*Mora Judicial*”, que es definido como ¹⁸una forma de violar el derecho fundamental al debido proceso, la cual es imputable al Estado, la administración de justicia, y sus agentes. De allí, que la misma Corporación advierta las consecuencias de la mora judicial como son¹⁹: (i) la falta de confianza para el usuario, (ii) la deslegitimación de la labor de la rama judicial, (iii) y la desprotección del derecho acceso a la administración de justicia de sujetos de especial protección por condiciones de edad, discapacidad o debilidad manifiesta.

En contraste, la corriente jurídico-procesal conocida como “*olas de justicia*”, y en especial la tercera de dichas olas, la cual procura la efectividad del acceso a la administración de justicia para la resolución de litigios, y que apela a *vías judiciales expeditas y procedimientos alternativos*, ha gestado un ciclo de reformas al derecho procesal, entre ellas la adopción del denominado *Proceso Monitorio*.

Por lo anterior, se hace evidente, que el proceso monitorio y su adopción dentro del Código General del Proceso ha sido un resultado congruente con los presupuestos dogmáticos reconocidos por la Corte Constitucional, como son el derecho a la tutela judicial efectiva o las olas de justicia, en la medida en que se reconoce que a la par del derecho de acceso a la administración de justicia, constituyen los pilares del Estado social democrático y de derecho, cuyo cumplimiento debe ser imperativo en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.

No obstante, se advierten consecuencias negativas de la mora judicial que deben ser observadas siempre en la implementación de nuevos instrumentos procesales, al fin de ser evitadas y que concurren, cuando la promesa de aquel instrumento procesal no es cumplida o cuando su objeto es ineficaz.

3.2. El problema de reconocimiento de la naturaleza propia del proceso monitorio

Al observar con detenimiento el origen, historia y desarrollo del proceso monitorio, se debe reconocer que este proceso es uno de naturaleza especial y propia. Por lo que se critican todas aquellas posiciones que sólo reconocen que es un proceso especial, al tener como características la inversión del contradictorio, o porque es un proceso que recurre a la celeridad de su impulso

¹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala de revisión. Sentencia de Tutela. S-T-292/99 del 10 de Mayo de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-187857.

¹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia de Tutela. S-T-030/05 del veintiuno de Enero de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente D T-765622.



para solucionar el litigio, sea constituyendo el título ejecutivo reclamado mediante sentencia judicial, o mediante el inicio del proceso verbal sumario cuando ha habido oposición del deudor, en los casos donde no hubo pago ni reconocimiento del crédito.

El proceso monitorio es un proceso de naturaleza propia puesto que su estructura obliga al ordenamiento jurídico a adaptarse a él, con el fin de que sea bien implementado y utilizado por los usuarios de la administración de justicia.

Es decir, que su naturaleza obliga al legislador a estudiar de manera íntegra y exhaustiva la composición del proceso monitorio, sus efectos y necesidades dentro del ordenamiento jurídico, con el fin de evaluar si su implementación ha de ser exitosa, dado que si el sistema normativo en el cual se pretende implementar dicho proceso, no ofrece las garantías necesarias para su desarrollo, dicha implementación será una reforma destinada a fracasar.

Es imperativo reconocer el proceso monitorio como uno de naturaleza propia que obliga al legislador a estudiar su composición y que demanda que sean desarrollados procesos de planeación jurídico-normativa. De tal suerte, que deberán consistir en estudios profundos e integrales, que por factor funcional y orgánico deberían ser cumplidos a su cabalidad por el legislador. Así, y sin perjuicio de los estudios de planeación normativa del proceso monitorio hechos, su implementación y desarrollo normativo revisten algunas zonas grises que son las que permiten inferir la existencia *de impedimentos de eficacia*.

Al asumir la función social que corresponde a la academia, este semillero de investigación ha encontrado a partir de la experiencia internacional y el estudio del ordenamiento jurídico interno, evidencias de problemas de eficacia como atisbos de inconstitucionalidad del proceso monitorio.

Razón por la cual, posterior al estudio histórico de este proceso, su contexto global y su adopción al interior del ordenamiento jurídico local, adoptado mediante la Ley 1564 de 2012; en este capítulo se expondrán los que a criterio, son los tres (3) principales impedimentos de eficacia que tiene el proceso monitorio en Colombia.

3.2.1. Primer impedimento: la notificación

3.2.1.1. Presupuestos normativos y jurisprudenciales del sistema de notificaciones en Colombia

La justicia tardía no es verdadera, pero la expectativa de una justicia rápida no es prenda de garantía. Los artículos 420 y 421 del CGP, han establecido que el proceso monitorio en el formulario de demanda se deberá determinar el lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones; así mismo, establecen estrictamente la notificación personal del requerimiento de pago al deudor, prohibiendo su emplazamiento.

En Colombia, el Sistema legal de notificaciones se encuentra regulado en los artículos 289 a 291 del Código General del Proceso; y ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional.

En tratándose del sistema de notificaciones, la Corte Constitucional concibe a la notificación como “el acto mediante el cual se pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias que se produzcan dentro del proceso, con el fin de garantizar los derechos de defensa y contradicción”²⁰, como elementos integrantes del derecho constitucional al debido proceso. En el mismo sentido, esta Corporación ha dicho que la notificación judicial tiene un doble propósito, “el de garantizar el debido proceso al permitir ejercer los derechos de defensa y contradicción, y asegurar los principios superiores de celeridad y eficacia de la función judicial”²¹.

En relación con la notificación personal, la Corte Constitucional ha reconocido en sus providencias que este tipo de notificación cuenta con un tratamiento *especial* del legislador²², pues ella es la que ofrece mayor garantía al demandado para que tenga conocimiento de la existencia del proceso con total certeza, y de tal forma se garantice su derecho fundamental al debido proceso independientemente de la actitud que este asuma en dicho proceso. Sin embargo, la Corte reconoce que no es la única, pues las demás son modalidades subsidiarias, que de no existir harían difícil el normal desarrollo de la administración de justicia.

Como fue mencionado con anterioridad, el numeral séptimo (7) del artículo 420 del CGP, en relación con el contenido de la demanda se incluyó como forma de notificación la dirección electrónica, que en Colombia solamente había sido adoptada e implementada en materia administrativa y contencioso administrativa para asuntos tributarios, aduaneros y cambiarios.

²⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-648/01 del Veinte de Junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3365.

²¹ Ídem.

²² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-783/04 del Dieciocho de Agosto de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-5027.



Al respecto, el referente argumentativo de la Corte Constitucional se encuentra en la Sentencia C-016 de 2013, en la cual en congruencia con la línea jurisprudencial expuesta, también se reconoce a la notificación por correo electrónico como una forma subsidiaria ²³ “*para suplir trámites de notificación infructuosos*”, que no es violatoria del derecho de defensa ni del debido proceso.

3.2.1.2. El problema de la notificación del requerimiento de pago

Posterior al estudio del régimen jurisprudencial y legal de las notificaciones, corresponde estudiar en detalle los medios y formas de notificación personal que ha regulado el legislador en materia civil como requisito *sine qua non* para dar trámite a la demanda monitoria, siendo la notificación personal propiamente dicha y la notificación por correo electrónico.

Una de las primeras zonas grises encontradas del estudio de la regulación normativa, es el numeral séptimo (7) del artículo 420 del CGP, el cual tratando los requisitos de la demanda exige que dentro de la demanda monitoria se incluya “*el lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones*”.

Al observar el trámite de la notificación personal, el artículo 291 del CGP en su numeral segundo consagra que para la *notificación personal* de personas jurídicas de derecho privado y comerciantes, estos deberán estar inscritos en el registro mercantil en el cual proveerán la dirección física además de una dirección de correo electrónica donde recibirán notificaciones judiciales; siendo evidente que la notificación personal por correo electrónico opera únicamente para personas con dichas calidades, aislando de dicha oportunidad a las personas naturales.

En complemento de lo anterior, el legislador creó la posibilidad de notificar personalmente a una *persona natural*, cuando estas mismas la hayan suministrado al Juez. Dicha posibilidad, crea otra zona gris dentro de la regulación normativa del proceso monitorio, puesto que el primer acto de notificación personal es el del requerimiento de pago, por lo cual no se encuentra posible de qué forma el futuro demandado podría proveer con anterioridad a la admisión de la demanda monitoria y de forma voluntaria, de dicha dirección electrónica al Juez, siendo que hasta ahora el proceso no existe y que no se le es reconocida su calidad de parte. Siendo así,

²³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S- C-016/13 del Veintitrés de Enero de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-9091.

que de entrada, se observa inoperante la notificación de personas naturales por vía correo electrónico en el proceso monitorio.

En la misma norma, consagró el legislador que “*cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico*”. Para lo cual se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo, caso, en el cual se dejará constancia de ello en el expediente y se adjuntará una impresión del mensaje de datos, la cual es prueba sumaria de la notificación al demandado y reconociéndose en ella fe pública del procedimiento realizado.

Esta norma, crea una hipótesis en la cual el legislador introdujo la notificación personal por correo electrónico sin la autorización del demandado, que en la misma medida será insuficiente al observar la realidad social, económica y cultural del país que muestra que los principales beneficiarios de este proceso son ciudadanos con créditos de mínima cuantía, sus condiciones sociales y económicas hacen que su acceso a internet sea restringido²⁴ y que posean conocimientos insuficientes sobre medios tecnológicos, provocando que muchos de ellos ni siquiera sean poseedores de una cuenta de correo electrónico.

Sin duda, la incorporación de tecnologías de la información y la comunicación como herramientas subsidiarias del mejoramiento de la función jurisdiccional es un hecho cierto y necesario en el aparato judicial colombiano. Sin embargo, dicho proceso ha sido mal implementado en Colombia, pues no ha sido debidamente adoptado y regulado.

Para probar esta afirmación, es suficiente observar a nivel administrativo como no ha sido implementado el Plan de Justicia Digital debido a la carga prestacional de dichos programas, como a actuaciones extrajurídicas de corrupción. En el mismo sentido, es evidente como han sido infructuosas las normas que han pretendido regular la materia, y como dicha legislación no ha sido organizada²⁵, ni suficiente, existiendo vacíos en relación a la seguridad informática necesaria para implementar tales estructuras tecnológicas.

Finalmente, debemos referirnos al párrafo segundo del artículo 291 del CGP, el cual consagra que el interesado, para este caso el demandante del proceso monitorio, “*podrá solicitar al juez que se oficie a determinadas entidades públicas o privadas que cuenten con bases de datos para*

²⁴ Según cifras del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la República de Colombia, publicadas en el segundo boletín trimestral de las TIC, en Colombia existen 4.732.554 suscriptores de internet, de los cuales 3.393.973 pertenecen a los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3; que representan el 64.6% de la población activa y con acceso a internet según GlobalCollect y Newzoo.

²⁵ NISIMBLAT, Nattan. Relaciones jurídicas y TIC'S: tensiones, implicaciones y desafíos en la administración de justicia. Bogotá. Universidad de los Andes. 2013. pp. 142.

que suministren la información que sirva para localizar al demandado”. Si se observa, este extracto representa una novedad normativa dentro del trámite de la notificación, en comparación con el Código de Procedimiento Civil el cual no lo consagraba.

Así, no obstante reconocerse su inclusión la cual permite una redistribución justa y reclamada de antaño de la carga del proceso de notificación entre el usuario y la administración de justicia, genera dudas respecto a su aplicabilidad, puesto que se impone una función más al Juez, que podría significar un mayor atraso dentro del trámite del proceso, como consecuencia de las numerosas solicitudes que tendría que conocer.

El proceso monitorio enfrenta como primer impedimento de eficacia la notificación personal del requerimiento de pago, puesto que es esta la que permite el desarrollo del mismo, y al observar su regulación por vía legal y jurisprudencial, se encuentra que esta es oscura e insuficiente para satisfacer las necesidades que el proceso monitorio en virtud de su naturaleza propia demanda.

Es de recordar, que este proceso dependerá de la oportunidad de notificar personalmente al deudor para que el Juez pueda darle trámite; hecho que de ser contrario será una mera solicitud la cual permanecerá archivada en el despacho judicial, en tanto sea posible dar cumplimiento a tal requisito; siendo así incumplida la promesa de efectividad del proceso, como trasgredidos los derechos de acceso a la administración de justicia y tutela efectiva del derecho de crédito.

Hasta aquí, se encuentran que el problema de la notificación del *proceso monitorio* no es un problema en sí mismo, sino del ordenamiento jurídico colombiano, enmarcado en obstáculos de derecho y de sistema. De manera tal, que problemas como la naturaleza prestacional del derecho a la administración de justicia que dejan a la dinámica y voluntad del legislador traer nuevas formas procesales que solucionen los problemas de la notificación, la equivocada implementación de medios de notificación “más expeditos” pero menos utilizados y por fuera de la realidad social, como la notificación personal por correo electrónico. O, el problema de la concepción rígida y vetusta de la notificación personal que impera en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional; permiten evidenciar que de entrada el proceso monitorio sufre de un impedimento de eficacia en torno a la notificación que va en detrimento de su naturaleza propia, como de su utilidad y eficacia.

3.2.2. Segundo impedimento: la demanda

3.2.2.1. Presupuestos normativos de la demanda dentro del proceso monitorio colombiano

Es sabido que la *demanda*, es aquel instrumento mediante el cual los asociados activan el aparato jurisdiccional en aras de ejercitar una acción de parte; cuya estructura tripartita, como acto introductorio del proceso, como instrumento para formular la pretensión y como objeto del proceso²⁶, configura el acto procesal que permite *prima facie*, el ejercicio del derecho de ingreso a la administración de justicia.

En Colombia, la demanda se encuentra regulada en los artículos 82, 83 y 84 del Código general del proceso. En el primero se exponen los requisitos genéricos de toda demanda, en el segundo se regulan requisitos especiales según la naturaleza del asunto, y en el tercero se determinan sus anexos.

En ejercicio de la libertad constitucional de configuración normativa, el legislador en el artículo 420 del CGP consagró que el proceso monitorio se promoverá mediante demanda, como sus requisitos, algunos del citado artículo 82. De igual forma, consagró la existencia del formulario de demanda que expidió la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PSAA13-10076 de diciembre 31 de 2013.

3.2.2.2. Zonas grises que configuran la demanda como impedimento de eficacia del proceso monitorio

La adopción de formularios base para la presentación de demanda, representa una expresión de la voluntad del legislador por proveer instrumentos que garanticen a todos los ciudadanos, el ingreso a la administración de justicia. En este sentido, el formulario de demanda cumple con dos fines: el primero, democratiza el ejercicio del derecho mencionado, en la medida en que la facilidad que su contenido y forma proveen a los ciudadanos, es suficiente, para que ellos mismos puedan redactar su petición. Y el segundo, da cumplimiento al principio de gratuidad de la administración de justicia, puesto que lo regula para procesos que por la rapidez de su estructura y el nivel de complejidad del asunto, a criterio del legislador, no imponen la obligación al accionante de ser representado mediante apoderado judicial, como lo son el *proceso monitorio* clasificado como proceso declarativo especial y los procesos *verbales sumarios*.

Al estudiar el contenido del formulario de demanda y contrastarlo con los fines del mismo anteriormente descritos, se encuentra que este adolece de yerros de forma y de derecho.

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del Proceso. Tercera edición. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1997. p. 385.

En relación a los yerros de forma, y posterior al análisis del contenido del formulario de demanda monitoria, lo primero es observar como su redacción y estructura, presumen el conocimiento de normas jurídicas de los sujetos objeto del proceso monitorio, que como se ha dicho son personas titulares de derechos de crédito de mínima cuantía y con características culturales y socioeconómicas especiales.

Al respecto, se podría refutar este argumento con el simple hecho de observar que en Colombia el legislador impuso una obligación cívica a todos los ciudadanos, cuando adoptó mediante el artículo 9 del código civil, el siempre vigente principio de “*ignorantia juris non excusat*”. No obstante, la Corte Constitucional en un ejercicio de observación de realidad social, encontró que tal principio no es absoluto ni imperativo, puesto que “*no hay siquiera un jurista especializado en una disciplina jurídica particular que pueda responder por el conocimiento cabal de las que constituyen el área de su especialidad. Mucho menos puede esperarse que un ciudadano corriente conozca todas las normas que se refieren a su conducta*”²⁷.

Por lo anterior, los yerros de forma del formulario de demanda monitoria, son:

- (i). Dentro del punto de la identificación personal de las partes, no existe la anotación del párrafo segundo del artículo 291, expuesta en el punto de la notificación, en virtud de la cual, la persona podría en el mismo formulario solicitar al Juez que al no conocer la información suficiente de su deudor a demandar, se oficie a entidades para así obtenerla.
- (ii). Dentro del punto de las pretensiones se le hace mención al sujeto de los intereses y se le exige liquidarlos, hecho que puede representar confusión pues podría no conocer que clases de intereses son los que es procedente solicitar (legales y de mora), ni el momento desde el cual se causaron.
- (iii). Dentro del punto de la descripción de hechos, se le exige al sujeto que diga la clase de contrato que originó la obligación y los componentes de la misma, hecho que exige un conocimiento de la nominación y clases de contratos (civiles, estatales, laborales, comerciales) que podría el sujeto no poseer.
- (iv). Dentro del punto de las pruebas, se exige que el accionante describa las que solicita y las que pretende que el demandado allegue, y se mencionan de manera restringida

²⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S- C-651/97 del tres de Diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1698.



solamente tres de los medios de prueba, como de forma genérica “documentos”, sin enlistar los que el legislador reconoce como tal.

(v) Dentro de la solicitud de medidas cautelares se da la opción de ser solicitadas sin mayor información, hecho que podría representar confusión entre el accionante y el Juez, puesto que no se describe que solamente son procedentes las medidas cautelares propias de los procesos declarativos o las medidas cautelares innominadas²⁸, puesto que no se les menciona.

Así, es evidente que el legislador ha incurrido en un *excesivo formalismo jurídico* al no observar la realidad social de los sujetos objeto del proceso monitorio. Por lo cual, se advierte a los Jueces, que no podrán exigir tecnicismo jurídico a los formularios de demanda monitoria, por lo que deben de ser cuidadosamente solidarios de la realidad del accionante, evitando siempre caer en el *exceso de ritual manifiesto* y específicamente en la causal que lo configura, al “*exigir el cumplimiento de requisitos formales de manera irreflexiva, aunque en algunas ocasiones puedan consistir en cargas imposibles de cumplir para las partes*²⁹ (...)”.

Es de mencionar, que en relación a la obligatoriedad del uso del formulario de demanda monitoria como es el caso de países como Alemania, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Inglaterra, Gales, Escocia o Gibraltar³⁰, al respecto el legislador no hizo mención alguna dentro del Código general del proceso, no obstante el artículo cuarto del Acuerdo PSAA13-10076, menciona que el formulario de demanda representa una guía sin perjuicio de que el accionante decida utilizar su propio formato, siempre respetando los requisitos del artículo 420. Hecho que no libera al legislador de proveer un formulario completo y sencillo, pues se estaría dejando al ciudadano en la carga de proveerse de ayuda jurídica deslegitimizando así los fines del formulario como su utilización.

Corresponde ahora, exponer los *yerros de derecho* que configuran zonas grises dentro de la regulación normativa del proceso monitorio colombiano, consistentes en:

²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. “Medidas cautelares innominadas”. Memorias del XXXIV Congreso Colombiano De Derecho Procesal. Universidad Libre de Colombia. 2013. Bogotá. pp. 300 - 318.

²⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia de Tutela. S- T- 950/11 del quince de Diciembre de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-3.200.240.

³⁰ Información obtenida de la página web de la unión europea que recopila información sobre el proceso monitorio: https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order41-es.do



(i). *El campo de acción cognitivo del Juez*: Como fue expuesto, una de las características principales de este proceso es su nivel de cognición mínimo y limitado, hecho que el legislador colombiano no reguló y en consecuencia genera espacios oscuros para el Juez y su campo de acción al estudiar la admisión de la demanda monitoria.

Por lo anterior es procedente preguntarse, ¿cuál es la tarea del Juez dentro de la valoración del contenido de la demanda monitoria como de los documentos allegados? ¿Qué debe hacer el Juez en función del control de legalidad del proceso si observa violación de derechos, por ejemplo la existencia de cláusulas abusivas dentro del contrato o documentos con que prueben título valor prescrito?

Siendo así, que el hecho de no delimitar el campo de cognición que el Juez colombiano tiene de la demanda monitoria podría generar o una falta de intervención o una intervención excesiva.

(ii). *Validez del documento creado unilateralmente por el acreedor*. En el mismo sentido, el legislador al no regular y delimitar el campo de acción cognitivo del Juez en la demanda monitoria, creó un vacío jurídico en relación a la validez del documento creado unilateralmente por el acreedor para iniciar el proceso monitorio.

Al respecto, surge la inquietud sobre qué tipos de documentos creados unilateralmente por el deudor tienen validez para iniciar la demanda monitoria, o si todos los documentos sin importar su origen y contenido deben ser valorados por el Juez como procedentes, no teniendo facultad ni oportunidad para pronunciarse sobre la legitimidad procesal de los mismos, en el entendido, que debe ser obligación del presunto deudor demandado oponerse y pronunciarse sobre la validez de los mismos, como de la obligación que dicen probar.

Así, en la medida en que sean reconocidos todos los documentos creados unilateralmente por el acreedor, una simple carta podría servir de indicio de prueba documental, hecho que de ser inexistente, es decir que la obligación reclamada sea una creación ficticia del acreedor dirigida a defraudar el patrimonio del presunto deudor, es obligación de este oponerse alegando dichas circunstancias.

No obstante, dado que puede haber ocasiones en las que exista una indebida notificación o de haber fraude en la misma, estos hechos cercenan la única oportunidad de oposición del presunto deudor, dejándolo en un estado de indefensión jurídica puesto que el proceso termina con la sentencia que crea dicho título ejecutivo con efectos de cosa juzgada. Y la procedencia de recurso alguno como medio de

impugnación, fue negada por el legislador; siendo así evidente, que de darse tales circunstancias el proceso monitorio podría ser un medio para vulnerar derechos fundamentales y patrimoniales; razón por la cual se hace necesario un desarrollo normativo dirigido a evitar la ocurrencia de tal circunstancia, o aun ocurriendo, que le permitan al sujeto accionado protegerse de tal acción temeraria.

(iii). *Ausencia de requisitos de inadmisión específicos de la demanda monitoria*: Dentro de la regulación normativa del proceso monitorio, el legislador reguló los requisitos de la demanda, pero no los de su inadmisión. Así, por interpretación sistemática se entienden aplicables entonces las causales de inadmisión para toda demanda, consagradas en el artículo 90 del CGP. De la aplicabilidad de dichos requisitos, genera duda y configura zona gris el numeral sexto de dicha norma, en relación a la exigibilidad del juramento estimatorio, puesto que el legislador no se pronunció si es exigible o no para el caso del proceso monitorio.

El artículo 206 del CGP, reguló el juramento estimatorio como aquel requisito de la demanda para “*quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras*”. No encontrándose precedente, para el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible, como se predica de la procedencia del proceso monitorio. No obstante, ha hecho práctica, que la exigibilidad del juramento monitorio opera como regla general, en todos aquellos procesos donde las pretensiones sean de dinero.

Al respecto, surge la inquietud si el legislador consideró precedente el juramento estimatorio de la demanda según los requisitos genéricos de inadmisión, pero lo olvidó en la estructura del formulario. O si por el contrario, no lo incluyó dentro del formulario de demanda, pero olvidó excluirlo como requisito de inadmisión.

Y es que sin duda, los efectos de despejar tal interrogante, tienen relación directa en el proceso, puesto que de ser aceptado, se deberá resolver también la duda si operan conjuntamente las dos sanciones previstas: la del artículo 206 del 10% de la diferencia, y la del artículo 421 del 10% de la pretensión en contra del acreedor temerario y a favor del demandado absuelto. O si por el contrario, se excluye para el proceso monitorio, no será entonces precedente la inadmisión por falta de este requisito.

(iv). *Oposición del deudor*: Sin duda, uno de los temas de mayor discusión y conflicto por la falta de regulación suficiente del legislador es el de la oposición al requerimiento de pago y sus efectos en la debida armonización del proceso monitorio y el proceso



ordinario o nuevo proceso verbal sumario³¹. En Colombia, el legislador adopta la solicitud monitoria como una demanda, y en esa medida su oposición como una contestación; según se observa del contenido del formulario expedido para tal fin, donde se estructura la aceptación y la negación de hechos, como es propio de los requisitos para la contestación de toda demanda. En relación a la oposición, el artículo 421 del CGP exige que esta sea fundada mediante “razones concretas”, exigiéndose aportar las pruebas en que se sustenta la oposición.

En esta medida, son presupuestos normativos de la oposición al requerimiento de pago: (i) Que debe hacerse mediante contestación de demanda siguiendo las reglas generales para la misma. (ii) Que debe de hacerse fundamentando razones concretas por las que se niega total o parcialmente la deuda. (iii) Que debe ir respaldada mediante aporte de pruebas.

Al observar el derecho comparado, la Jurisprudencia española ha sostenido acertadamente que la solicitud monitoria *no* debe ser equiparada a una demanda, como su oposición no debe ser entendida como contestación, puesto que tal institución jurídica es plenamente desarrollada y procedente en el posterior juicio ordinario³², en el cual la naturaleza de dichos instrumentos procesales garantiza el normal desarrollo del debido proceso.

Así, el primer problema se deriva de la adopción de la doble naturaleza del proceso monitorio es decir, como puro y como documental. Sin observar, que como ocurre en la mayoría de los países se adopta una de las dos formas, puesto que dependiendo la que se adopte dependerá el trámite de la oposición y el equilibrio de las cargas y actuaciones procesales dentro del mismo monitorio como dentro del posterior proceso ordinario. Por ejemplo, el proceso monitorio alemán “*Mahnverfahren*”, regulado en los párrafos 688 a 703d de la ZPO “*Zivilprozessordnung*”³³, adopta el proceso monitorio puro por lo que no obliga a que la oposición sea motivada, sino que esta es suficiente para desactivar el requerimiento de pago y para dar trámite al juicio verbal sumario.

³¹ PICÓ I JUNOY, Joan. “Nuevas perspectivas sobre la debida armonización del proceso monitorio y el posterior juicio ordinario”. Justicia: Revista de Derecho Procesal. Número 1. J. M. Bosch Editor. 2013. Barcelona. pp. 41 - 106.

³² *Ibidem.*, p. 51. Citando la AP de Madrid: su sec. 25ª, la sentencia de 12 de abril de 2012 (La Ley 63414/2012), en su f.j. 1º.

³³ Cfr. <http://dejure.org/gesetze/ZPO> (fecha última de consulta: 1 de Junio de 2015).



Por lo anterior, se observa como dentro de la regulación colombiana existe un vacío normativo al no regular los requisitos de la oposición según sea el proceso monitorio iniciado mediante juramento o con aporte de prueba documental. Sino que equipara las dos oposiciones y obliga por ejemplo, al presunto deudor a aportar pruebas para dar trámite a su oposición dentro de un proceso puro, hecho que representa un desproporción en la carga de la prueba y en consecuencia un trato desigual e injustificado de las partes procesales que vulnera el derecho de igualdad procesal y coloca el proceso monitorio en un estado de *inconstitucionalidad*.

3.2.3. Tercer impedimento: la sentencia

En relación a la sentencia, el aspecto que más duda genera es la declaración expresa del legislador en el artículo 421 del CGP, en relación a la prohibición de proponer recursos contra las dos providencias que estructuran el proceso monitorio que son: el mandamiento o requerimiento de pago y la sentencia de condena³⁴.

Como elemento integrante del derecho constitucional al debido proceso, el principio de la doble instancia es reconocido por instrumentos internacionales de derechos humanos en dos posiciones: la primera, como una garantía judicial y la segunda, como una obligación de los Estados el desarrollar su posibilidad³⁵ en todo proceso judicial.

En Colombia, este principio es reconocido en la Constitución Política en los artículos 29, 31 y 86. No obstante, la Corte Constitucional al reconocer la libertad de configuración legislativa del legislador, valora la posibilidad de prohibir la oportunidad de impugnar una sentencia judicial, y específicamente en los procesos de mínima cuantía como el proceso monitorio, al encontrar que tal prohibición está *“esencialmente orientada a fomentar la economía procesal y la eficacia de la rama judicial, y busca materializar un objetivo constitucionalmente legítimo”*³⁶.

Los anteriores presupuestos constitucionales y legales que respaldan la negativa de permitir la procedencia de medios de impugnación contra la sentencia de condena, que como se ha dicho surte efectos de cosa juzgada, crea y perfecciona un título ejecutivo y lo prepara para la etapa

³⁴ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. “El proceso monitorio en el Código general del proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012”. Memorias del XXXIII Congreso de Derecho Procesal. Universidad Libre. 2012. Bogotá. p. 1172.

³⁵ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. Pacto de san José. Artículo cinco, literal b.

³⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Tutela. S-C- 103/2005 del ocho de Febrero de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-5350.

de ejecución; deben ser contrastados con situaciones en las cuales se vulneren los derechos fundamentales y patrimoniales del demandado, con el fin de considerar constitucional su adopción en el caso del proceso monitorio.

Por lo anterior, la primera de ella, puede presentarse cuando por error el Juez expida equivocadamente el requerimiento de pago y la parte demandante no evidencie dicho error, o simplemente en relación a él callare. La segunda, cuando dentro del proceso de ejecución se notificó de forma equivocada al sujeto demandado. Y la tercera, cuando por circunstancias extraordinarias u ocurrencia del caso fortuito y fuerza mayor, el demandado y notificado no pudo desarrollar en su oportunidad los actos de oposición contra el requerimiento de pago. Situaciones todas que terminan con la ejecución de las pretensiones económicas incluidas en el requerimiento de pago.

Es evidente que estas circunstancias vulneran el derecho de defensa, de contradicción y debido proceso, como a su vez podrían llegar a perjudicar patrimonialmente al sujeto demandado, puesto que en ellas es común el factor de indefensión, traducido en la imposibilidad legítima del demandado de hacer una oposición oportuna y razonada contra el requerimiento de pago.

En suma, la prohibición de proponer recurso alguno contra la sentencia de condena derivada del proceso monitorio vulnera el parámetro tercero que la Corte Constitucional mediante sentencia C-103 de 2005, impuso al legislador su observancia obligatoria, al momento de fijar excepciones al mandato constitucional de la doble instancia, consistente en el deber de examinar que en ese proceso “*existen otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia*”³⁷; y que no existen en la estructura del proceso monitorio; en consecuencia configuran una zona gris por falta de regulación normativa, para la oportunidad de impugnación o recurso en estas circunstancias específicas. Hechos que en conjunto, posicionan el proceso monitorio en un evidente estado de *inconstitucionalidad*.

4. Informe de trabajo de campo

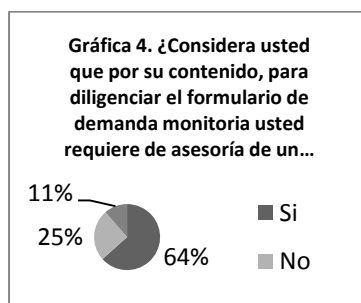
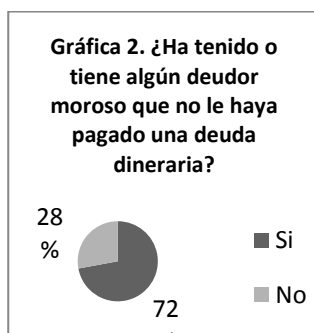
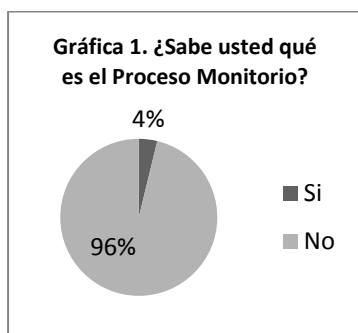
Con el fin de medir y cuantificar: (i) El nivel de conocimiento y recepción del proceso monitorio, (ii) su oportunidad e intención de uso, (iii) el conocimiento del trámite para la notificación y el cobro de deudas, (iv) la recepción, facilidad y oportunidad del formulario, (v) la percepción y entendimiento del marco normativo, y (vi) la posibilidad de congestión de la

³⁷ *Ibidem*



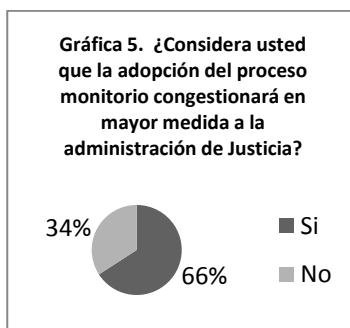
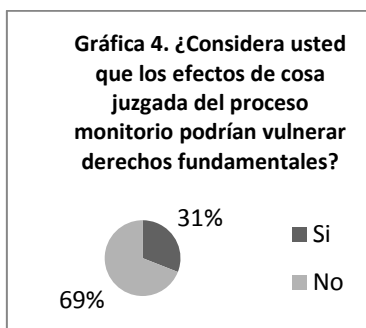
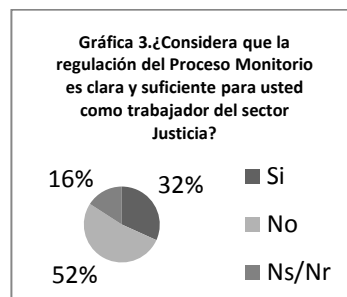
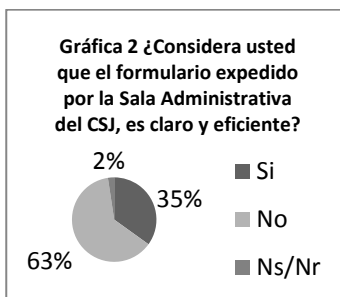
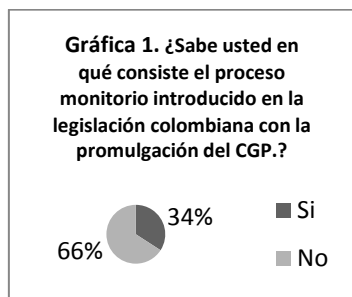
administración de justicia; el semillero desarrolló dos instrumentos para aplicación de encuestas a personas naturales y comerciantes y a jueces, abogados y funcionarios de la administración de justicia del circuito judicial de Bogotá, con una muestra de 495 personas y cuyos resultados se exponen a continuación:

PERSONAS NATURALES Y COMERCIANTES³⁸



JUECES Y ABOGADOS

³⁸ Las personas entrevistadas como personas naturales y comerciantes, corresponden a pequeños comerciantes de los sectores comerciales de San Andresito, San Victorino, y Ricaurte de la ciudad de Bogotá, entrevistados durante el mes de Junio de 2015.



Conclusiones

Posterior al estudio del origen y desarrollo del proceso monitorio y las normas que lo regulan al interior del ordenamiento jurídico colombiano; haber hecho un ejercicio de realidad social mediante la investigación de campo reseñada, y haber encontrando como impedimentos de eficacia la *demandas*, la *notificación* y la *sentencia*, en los términos expuestos, se puede concluir que:

1. La adopción del proceso monitorio en el ordenamiento procesal colombiano, es oportuna y congruente con principios constitucionales y fenómenos contemporáneos del derecho procesal, que pretenden la *desformalización* y rapidez del proceso.
2. Las normas que regulan el proceso monitorio colombiano son oscuras e insuficientes, puesto que no regulan sus necesidades y efectos, creando en consecuencia, zonas grises que justifican la configuración de impedimentos de eficacia con sombras de *inconstitucionalidad*.

3. La no solución de dichos impedimentos, profundizará la existencia de las consecuencias negativas de la *mora judicial* en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, llamadas a evitar por la Corte Constitucional.
4. Es menester, que antes de dar inicio al necesario proceso de reconfiguración y producción normativa del proceso monitorio, se reconozca la *naturaleza propia* del proceso monitorio, en virtud de la cual el legislador deberá observar sus necesidades y efectos en detalle, con el fin de no desvirtuar su naturaleza y obtener su esperada eficacia.
5. La notificación dentro del proceso monitorio se configura como impedimento de eficacia en tanto que su concepción dentro del sistema normativo, es limitada, desproporcionada y desactualizada de la realidad social.
6. La demanda es impedimento de eficacia del proceso monitorio, en tanto que el formulario creado no cumple con los fines de su utilización, y es el reflejo de un excesivo formalismo jurídico, que configura *exceso ritual manifiesto* trasgresor del debido proceso.
7. La demanda dentro del proceso monitorio se configura como impedimento de eficacia, en tanto que la carencia de producción normativa no le permite el Juez conocer su rango de cognición, al conocer la solicitud de demanda monitoria.
8. La demanda dentro del proceso monitorio se configura como impedimento de eficacia, al ser necesario regular la validez del documento creado unilateralmente por el acreedor, en aras de limitar si son procedentes todos los documentos sin importar su origen “*numerus apertus*” y aceptando el principio de no formalidad documental, o si existe la obligación del juez en virtud del control de legalidad observar el “*fumus boni iuris*” del documento y conservando el “*numerus clausus*” del artículo 243 del CGP.
9. Es evidente que al adoptar la solicitud monitoria como demanda, y esta con unos requisitos específicos, es necesario determinar si se regirá en términos de inadmisión por los mismos de toda demanda, o si lo hará por unos propios según su naturaleza, con el fin de evitar confusión al Juez al momento de admitir o inadmitirla.
10. La falta de regulación normativa del proceso monitorio crea una carga desproporcional, desigual e injustificada en el demandado puesto que el legislador impone la obligación de aportar pruebas para dar trámite a su oposición en el proceso monitorio puro, en el cual el demandado con su sola declaración juramentada de la existencia dio trámite al proceso.

11. Es imperativo, regular y permitir un medio de impugnación contra la sentencia que cree o perfeccione el título ejecutivo, en los casos en los cuales el demandado se encuentre en evidente imposibilidad justificada de presentar oposición contra el requerimiento de pago que son: cuando error el Juez expida equivocadamente el requerimiento de pago, cuando dentro del proceso de ejecución se notificó de forma equivocada al sujeto demandado y cuando concurren caso fortuito y/o fuerza mayor.

12. De la investigación de campo realizada es evidente, la investigación de campo realizada refleja que el formulario de demanda monitoria es complejo y difícil de diligenciar, hecho que genera que el usuario piense que debe recurrir a un abogado, desvirtuando así la naturaleza del proceso.

13. La investigación de campo realizada, en relación al proceso de notificación refleja que los usuarios de la administración de justicia están de acuerdo con la redistribución de la carga del proceso de notificación, al permitirse que el Juez previa solicitud del interesado oficie entidades para obtener información que permita la notificación del demandado; como se encuentra que en su mayoría están de acuerdo con la inclusión de la notificación vía mensaje de texto como forma rápida y económica, no obstante al entender que podría ser el demandado la aceptación de esta forma desaparece, perpetuándose así la cultura de informalidad y fraude de las formas procesales.

14. Finalmente, , el desconocimiento de la existencia del proceso monitorio que tienen los abogados y jueces como la población en general; siendo necesario un proceso masivo de divulgación y capacitación que informe e involucre a la administración de justicia y la academia, con el fin de que este nuevo instrumento procesal sea eficazmente utilizado.

Propuestas

Al encontrar impedimentos de eficacia del proceso monitorio colombiano, el semillero propone: (i) La reconfiguración del formulario de demanda expedido por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que permita un diligenciamiento sencillo y garantiza el derecho de ingreso a la administración de justicia y en consecuencia el de tutela efectiva del derecho de crédito. (ii) Una reforma legislativa en la cual el legislador solucione de fondo los vacíos normativos o zonas grises expuestos, reconociendo que el proceso monitorio es uno de *naturaleza especial y propia* que requiere de una configuración especial, es decir, de una producción normativa suficiente. De allí, que en países como España se haya reformado en diferentes ocasiones o que el reglamento europeo número 1896 de 2006 de la unión europea regule este proceso en treinta y tres (33) artículos. Razón por la cual, el legislador no debe temer

un proceso de reforma, pues como se ha observado la ocurrencia de modificaciones normativas de este proceso es inherente a la naturaleza especial y propia que este tiene.

Referencias bibliográficas

Doctrina

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del Proceso. Tercera edición. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1997.

SKEDL, Arthur. Das Mahnverfahren. Leipzig. 1891.

CALAMANDREI, Piero. Il procedimento per ingiunzione nella legislazione italiana. Torino. 1937.

MORAN, Gloria M. Comunidad política y religiosa: claves de la cultura jurídica europea. La Coruña. Editorial Netbiblo. 2008.

NIEVA FENOLL, Jordi. RIVERA MORALES, Rodrigo. COLMENARES URIBE, Carlos. CORREA DEL CASO, Juan Pablo. El procedimiento monitorio en américa latina: pasado, presente y futuro. Bogotá. Temis. 2013.

NISIMBLAT, Nattan. Relaciones jurídicas y TIC'S: tensiones, implicaciones y desafíos en la administración de justicia. Bogotá. Universidad de los Andes. 2013.

Artículos de revistas

BALBUENA TÉBAR, Rafael I. "Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio". Universidad Complutense de Madrid Cuadernos de Estudios Empresariales. Número 9. 1999. Publicaciones Universidad Complutense de Madrid. Madrid. pp. 301 - 315.

BONET NAVARRO, José. "La Pluralidad subjetiva en los Procesos Civiles caracterizados por la llamada << técnica monitoria >>". Revista jurídica de Castilla y León. Número 9. 2006. Valladolid. pp. 93 - 146.

BRIZUELA, V., ÁVILA PAZ DE ROBLEDO R. "El proceso monitorio en los códigos procesales civiles provinciales y los principios procesales de economía procesal y de concentración". Revista UNLar Ciencia. Volumen 2. Número 2. Publicaciones Universidad Nacional de La Rioja. 2011. La Rioja. pp. 8 - 12.



CALVINHO, Gustavo. “Debido proceso y procedimiento monitorio”. Colección de Derecho Procesal Contemporáneo: El debido proceso. ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). 2006. Buenos Aires. Editorial Ediar. pp. 120 - 137.

CARTEAU A, Carlos. “El Proceso monitorio”. Derecho procesal civil y comercial: revista jurídica argentina la ley. Tomo III. 2011. pp. 973 - 988.

CASADO ROMÁN, Javier. “La notificación edictal en el juicio monitorio”. Boletín del Ministerio de Justicia de España: Estudios Doctrinales. Año 59, Número 2003. 2005. Madrid. pp. 5049 - 5066.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”. Revista Iuris Actualidad y práctica del derecho. Número 37. 2000. Madrid. Wolters Kluwer editores. pp. 32 - 43.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. “El proceso monitorio en el Código general del proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012”. Memorias del XXXIII Congreso de Derecho Procesal. Universidad Libre de Colombia. 2012. Bogotá. pp. 1141 - 1176.

GARROTE, Ángel Fermín. “Los procesos ejecutivo y monitorio en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”. La Ley Litoral. Año 11. Boletín Diciembre. 2007. Buenos Aires. pp. 1227 - 1233.

GLASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: El Proceso europeo de escasa cuantía”. Revista Ius et Praxis: Derecho en la región. Año 14. Número 167. 2008. Talca. pp. 167 - 197.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther. “El juicio monitorio en España tras las últimas reformas procesales”. Revista de Estudios de la Justicia. Número 17. Publicaciones del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2012. Santiago. pp. 53 - 81.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa. “El juez competente para conocer del procedimiento monitorio: cuestiones prácticas”. Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria. Número 87 - 88. Vitoria-Gasteiz. 2010. pp. 493 - 519.

LOUTAYF RANEA, Roberto G. “El Proceso Monitorio”. Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. 2004. La Plata. Librería Editora Platense. pp. 495 - 516.



MARILENA GHEORGHE, Cristina. “The european order for payment procedure”. *Agora International Journal of Juridical Sciences*. Número 2. Publicaciones Universitatea Agora. 2013. Oradea. pp. 95 – 100.

MORAHAN, Mariano. “La hora del procedimiento monitorio. La bienvenida implementación en la provincia de los ríos de una estructura procesal con siglos de vigencia”. *Revista la Ley Editorial*. Número 8. 2011. Buenos Aires. La Ley editorial. pp. 834 – 844.

NAVARRO ALBIÑA, René David. “Importancia del Juicio monitorio laboral en Chile”. *Revista Vis Iuris*. Número 1. Volumen 1. Facultad de Derecho Universidad Sergio Arboleda. 2013. Santa Marta. pp. 23 – 33.

NOGUERA SÁNCHEZ, Abdón. “Las medidas cautelares en el procedimiento por intimación”. *Anuario de Derecho*. Año 29. Número 29. Publicaciones Universidad de los Andes de Venezuela. 2012. Merida. pp. 13 – 40.

PALOMO VÉLEZ, Diego. “Reformas de la ejecución civil del proceso monitorio: La apuesta chilena por la Tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso”. *Revista Estudios constitucionales*. Año 12. Número 1. Publicaciones Centro de estudios constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. 2014. Talca. pp.457 – 500.

PARRA QUIJANO, Jairo. “Medidas cautelares innominadas”. *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano De Derecho Procesal*. Universidad Libre de Colombia. 2013. Bogotá. pp. 300 – 318.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J. “En Torno al Procedimiento Monitorio desde el Derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Volumen XIX, Número1. 2006. Valdivia. pp 205 – 235.

PICÓ I JUNOY, Joan. “El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Número 37. Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP. 2011. Bogotá. pp. 505 – 539.

PICÓ I JUNOY, Joan. “Nuevas perspectivas sobre la debida armonización del proceso monitorio y el posterior juicio ordinario”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. Número 1. J. M. Bosch Editor. 2013. Barcelona. pp. 41 – 106.

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel, BONETT ORTIZ, Samir. “El proceso monitorio. Tendencia del derecho procesal Iberoamericano”. *Revista del Instituto Colombiano de*



Derecho Procesal. Número 40. Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP. 2014. Bogotá. pp. 345 - 363.

SALAS CARCELLER, Antonio. "Monitorio: competencia territorial y pluralidad de deudores. El TS acaba con las dilaciones". Revista Economist & Jurist. Volumen 17. Número 138. Editores Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. 2010. pp. 14 - 19.

SÁNCHEZ GIMENO, Sergio. "La modificación de la Ley de enjuiciamiento civil operada por la Ley 37 de 2011, de 10 de Octubre, de medidas de agilización procesal". Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Número 31. Dykinson Editores. 2012. Madrid. pp. 39 - 52.

SILVOSA TALLÓN, José Miguel. "La respuesta jurisprudencial ante los problemas surgidos en el proceso monitorio". Revista Internauta de Práctica Jurídica. Número 21. 2008. Valencia. pp. 31 - 70.

SILVOSA TALLÓN, José Miguel. "Las costas en el proceso monitorio". Boletín del Ministerio de Justicia de España: Estudios Doctrinales. Año 63. Número 2082. 2009. Madrid. pp. 941 - 959.

VEGAS TORRES, Jaime. "La reforma procesal civil española: Criterios inspiradores y principales innovaciones de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000". Hacia una nueva justicia civil. Ed. Jurídica de Chile. 2008. Santiago de Chile. pp. 1 - 21.

VESCOVI, Enrique. "El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina". Revista del Supremo Tribunal del Estado de Durango. Números 24 y 25. 1986. Durango. pp. 10 - 36.

GUASTINI, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En M. Carbonell ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2005. Madrid. Trotta. pp. 49-.

Capítulo de libro

BONET NAVARRO, José. "Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica". Modernización de la Justicia civil. Primera Edición. Montevideo. Publicaciones Universidad de Montevideo. 2011.

CARRASQUERO HILL, Douglas. "Capítulo III: Del procedimiento por intimación". El juicio por intimación como proceso de estructura monitoria. Caracas. Editorial Livrosca. 1999.



PICÓ I JUNOY, Joan. “Capítulo II: El Proceso Monitorio”. La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario. Barcelona. J.M.Bosch Editor. 2005.

Boletín electrónico

ICDP. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. “Proceso monitorio”. Informativo virtual del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Número 6. Noviembre. 2014. Bogotá. pp. 3 – 5. Consultado en: <http://www.icdp.org.co/publicaciones/informativos/006.html>. Fecha de consulta: 01 de Enero de 2015.

ICDP. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. “Proceso monitorio”. Informativo virtual del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Número 7. Noviembre. 2014. Bogotá. pp. 3 – 7. Consultado en: <http://www.icdp.org.co/publicaciones/informativos/007.html>. Fecha de consulta: 01 de Enero de 2015.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad. S-C726/14 del veinticuatro de Septiembre de 2014. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Expediente D – 10115.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia de Tutela. S-T-030/05 del veintiuno de Enero de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente D T-765622.

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-454/06 del siete de Junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-5978.

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-318/98 del treinta de Junio de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1888.

Corte Constitucional. Sala de revisión. Sentencia de Tutela. S-T-292/99 del 10 de Mayo de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-187857.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-1195/01 del 15 de Noviembre de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3519

Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-648/01 del Veinte de Junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3365.



Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S-C-783/04 del Dieciocho de Agosto de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-5027.

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S- C-016/13 del Veintitrés de Enero de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-9091.

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad. S- C-651/97 del tres de Diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1698.

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia de Tutela. S- T- 950/11 del quince de Diciembre de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-3.200.240.

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia de Tutela. S- C-103/2005 del ocho de Febrero de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-5350.

EL PROCESO DE ESTRUCTURA MONITORIA EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA: ¿UNA POSIBLE ALTERNATIVA EN EL ESCENARIO DE REPARACIÓN A VÍCTIMAS POR DESPLAZAMIENTO FORZADO?*

Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la
Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta**

*Yalitza Paola Jaimes Ibáñez, Linda Johana Reyes Moreno,
José Mario Santos Ibarra, Omar Tadeo Bayona Araque,
Margarita Rosa Ramírez Duarte, Hernán Darío Villamizar Silva,
Carlos Alfredo Pérez Fuentes, Oscar Hernán Hernández Amaya,
Luisa Fernanda Flórez Sanabria, Sandra Katherine Cano Alfonso*

Director de semilleros: *Diego Armando Yáñez Meza*¹

Resumen

El monitorio se formula a partir de una realidad social propia del pequeño comerciante y de relaciones dinerarias informales, siendo diversos los desafíos que se plantean a partir de la forma de concebir su estructura respecto del proceso tradicional, y aunque

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 12 de diciembre de 2016.

Para citar el artículo: JAIMES IBÁÑEZ, Yalitza; REYES MORENO, Linda; SANTOS IBARRA, José; et al. El proceso de estructura monitoria en el contexto del conflicto y la responsabilidad del estado en Colombia: ¿Una posible alternativa en el escenario de reparación a víctimas por desplazamiento forzado? *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 268-309.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

¹ Director de Grupo de Investigación. Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Especialista en Derecho Público y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Magister (C) en Derecho Procesal Contemporáneo, Doctor (C) en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente en Pregrado y Posgrado. Autor de distintos libros y artículos científicos. Abogado Asesor y Litigante. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

en exclusiva se proyecta al ámbito civil, dado el contexto colombiano y sus características tan propias, se hace necesario examinar la concepción de su esencia para otras hipótesis de procedencia, en particular para ciertos y precisos casos donde se comprometen los derechos humanos y donde el Estado puede resultar responsable por los daños causados en el contexto del conflicto, siendo consecuentemente obligado a reparar.

La configuración de una estructura monitoria podría postularse como una posible solución a la ineficacia de las perspectivas judicial y política de la reparación de estas víctimas, en particular de un hecho victimizante concreto, el desplazamiento forzado y el contenido propio a la tipología del perjuicio no pecuniario. Teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación pretende determinar los presupuestos de procedencia para un proceso de estructura monitoria en Colombia desde el derecho de la responsabilidad y la reparación de las víctimas por el hecho del desplazamiento forzado, a partir del Código General del Proceso, los antecedentes de los procesos de estructura monitoria en Colombia, la Constitución Política de 1991 y el derecho desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

Palabras clave: proceso monitorio, estructura monitoria, responsabilidad del Estado, reparación, perjuicio no pecuniario, desplazamiento.

Abstract

The payment procedure is formulated from a social reality that is typical of small business owners and informal money relationships, and several challenges arise from the way its structure is conceived, with respect to the traditional process, and even though it is exclusively civil in scope, given the Colombian context and its very singular features, it is necessary to examine conceiving its essence for other origin hypotheses, particularly for certain specific cases where human rights are compromised, and where the State can be deemed responsible for the damages caused within the context of the conflict, and therefore be mandated to make reparations.

Configuration of a payment procedure structure can be posited as a possible solution to the inefficacies of the judicial and political perspective regarding reparations for these victims, particularly in the concrete victimizing fact that is forced migration and the contents typical of non-pecuniary damages. Considering the aforementioned, this

* Artículo inédito. El presente artículo de investigación e innovación hace parte del proyecto de investigación “El proceso de estructura monitoria en el contexto del conflicto y la responsabilidad del Estado en Colombia: ¿una posible alternativa en el escenario de reparación a víctimas por desplazamiento forzado?” desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta.

research seeks to determine the budgets of origin for a process of payment procedure in Colombia, based on the right of liability and reparations for victims due to the forced migration, argued from the General Process Code, precedents for payment procedure processes in Colombia, the Political Constitution of 1991 and the rights from the Inter-American System of Human Rights

Key words: monitory processes, monitory structure, state responsibility, reparation, non pecuniary injure and force displace.

Introducción

En el contexto del proceso judicial, la expresión “monitorio” en Colombia tiene como primera fuente el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) (en adelante CGP). Ciertamente, si se realiza una búsqueda detallada en la Ley y la jurisprudencia de todas las jurisdicciones señaladas en la Constitución, el único referente sobre el vocablo se encuentra en identificación con aparatos de sistemas o centro de computadoras y control: “...los 10 últimos de los 36 informes que a la fecha han sido enviados por parte del centro de monitorio (sic) electrónico donde se advierte el incumplimiento...” (Sentencia 64538, 2013), “...así como establecer las redes de monitorio respectivo (artículo 5 del Acuerdo 109 de 2009), por lo que el accionante también cuenta con otro medio de defensa...” (Sentencia 01964, 2015). En una regulación corta comprendida de los artículos 419 a 421 se reguló la procedencia, contenido de la demanda y trámite del proceso monitorio, sin duda a partir del estudio de un segmento de la realidad propia al Estado y la sociedad colombiana.

En la actualidad la aplicación de las disposiciones, y en general sobre casi la totalidad de la Ley, ha quedado como una prolongada promesa por varias razones: i) no fue una institución que entrara en vigencia a partir de la promulgación de la Ley misma, 12 de julio del año 2012; ii) no fue una institución que entrara en rigor en virtud de la vigencia diferida establecida en el numeral 4° del artículo 627, 1° de octubre del año 2012, iii) no fue una institución que entrara en rigor en virtud de la vigencia diferida establecida en el numeral 6° del artículo 627, 1° de enero del año 2014; y iv) es una institución que navega en la vigencia diferida establecida en el numeral 6° del artículo 627, la cual contempló la implementación gradual a 3 años contados a partir del 1° de enero del 2014, es decir que encuentra límite para su vigencia y aplicación plena al 31 de diciembre del año 2017.

En el interregno, es el Consejo Superior de la Judicatura a quien le ha correspondido gestionar, programar y definir esa implementación gradual que se espera sea total, siempre y cuando a) se ejecuten los programas de formación de funcionarios y

empleados, b) se disponga de la infraestructura física y tecnológica, c) se disponga del número de despachos judiciales requeridos al día, y d) se disponga de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias. En la actualidad son pocas las instituciones que se encuentran en plena vigencia, salvo para el proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa y arbitral, donde el CGP se aplica a cabalidad.

La disposición sobre la procedencia de la garantía establece que “Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de *naturaleza contractual*, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio...”. Como se observa su ámbito de acción es en cierta medida limitado; en primer lugar, al circunscribirse a asuntos de naturaleza contractual y, en segundo lugar, al comprender exclusivamente *asuntos de mínima cuantía*, es decir, conforme al artículo 25 del CGP, solo procede frente a aquellos casos que “versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 SMLMV)”, en otros términos, para el año 2015, que no superen los veinticinco millones setecientos setenta y cuatro mil pesos (\$25.774.000) pesos.

Frente a esta realidad se plantea la disertación entorno al presente y futuro del proceso monitorio y de estructura monitoria respecto a pretensiones distintas a las contempladas en el artículo 419, en particular frente a la posibilidad de su procedencia en temas de *naturaleza extracontractual*, en el ámbito de las distintas especialidades del derecho como lo es en el derecho administrativo y en particular en el derecho de daños y la reparación y sobre *cuantías sin limitación* alguna, conforme a referentes teóricos y de experiencias equivalentes en el derecho comparado y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ciertamente se parte del presupuesto en el cual el proceso monitorio es mucho más de lo definido en las disposiciones reseñadas del CGP, dado que lo dispuesto en ellos es el inicio de una institución que con el transcurso del tiempo involucrará numerosas hipótesis de vida de los colombianos.

A partir de este presupuesto, en el contexto del conflicto armado interno colombiano las inquietudes se expanden a fin de analizar el alcance de la tutela efectiva de los derechos de las víctimas desde la naturaleza del proceso monitorio y de estructura monitoria para el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado y la reparación de los perjuicios no pecuniarios sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado, dada la ineficacia de los medios de defensa de esta pretensión en los medios ordinarios de control y lo definido por la jurisprudencia nacional e internacional a través del derecho de los jueces¹.

¹ La presente investigación se encuadra dentro de un enfoque de investigación cualitativo, propio a un tipo de investigación descriptivo, por cuanto se identifican los contenidos esenciales de la institución objeto de estudio conforme a las disposiciones vigentes; explicativo, por cuanto no solo se dan

Problema jurídico

¿Cuáles son los presupuestos de procedencia para un proceso de estructura monitoria en Colombia desde el derecho de la responsabilidad y la reparación de las víctimas por el hecho del desplazamiento forzado en la tipología del perjuicio no pecuniario, a partir del Código General del Proceso, la Constitución Política de 1991 y el derecho desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Esquema de resolución

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado se abordará i) la vigencia del proceso monitorio en el CGP, ii) el proceso monitorio en el CGP y su estructura, iii) las diferencias entre el proceso monitorio y el proceso de estructura monitoria y antecedentes de este último en Colombia y en el derecho comparado, iv) la condición de las personas víctimas de desplazamiento forzado y los medios de reparación del daño desde la perspectiva política y judicial de la reparación, v) el monitorio frente a la pretensión de responsabilidad extracontractual, vi) propuesta de un proceso de estructura monitoria para la reparación del daño sufrido por víctimas de desplazamiento forzado; finalmente, se formularán las vii) conclusiones.

1. La vigencia del proceso monitorio en el Código General del Proceso CGP

Las directrices para alcanzar la implementación total de la concepción del proceso en el que predomina la oralidad han sido variadas (Acuerdo PSAA13-9810, 2013), (Acuerdo PSAA13-10071, 2013). Sin duda ha sido un asunto que ha girado principalmente entre las mejores intenciones en pro de la descongestión, ajustes y prórrogas (Acuerdo PSAA13-9927, 2013), y la suspensión de las medidas adoptadas (Acuerdo PSAA14-10155, 2014), lo cual ha generado un escenario en el que se presentan numerosas críticas² a la forma como se ha recorrido ese andurrial hacia la

afirmaciones sobre lo que dicen las disposiciones sino que se asume una postura crítica en referencia del sistema normativo de la Constitución y la realidad del contexto al que se dirige la garantía; correlacional, por cuanto se contrastan con juicios de valor dos modelos de garantías de una pretensión y se formulan propuestas y se alcanzan conclusiones desde un método inductivo.

El instrumento de investigación que se empleó fue la ficha de análisis jurisprudencial, específica sobre las providencias de tutela (Yañez Meza D. A., 2014), utilizando la técnica de análisis de contenidos. En relación a la forma en la que se construye la línea jurisprudencial se tomó como referencia el método de análisis dinámico en la obra *el derecho de los jueces* (López Medina, 2008).

² En evidencia de lo expuesto la Ministra de Justicia Ruth Stella Correa, en relación a algunos ajustes realizados por el Consejo Superior de la Judicatura respecto al plan de inversión en tecnología para el año 2013 manifestó: “El mes pasado, la ministra de Justicia, Ruth Stella Correa, le reclamó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la inversión “oportuna y atinada” del presupuesto

vigencia plena del CGP, previéndose serios desafíos de cara al presente y futuro. Sin duda el proceso oral, cuya hoja de ruta se estableció en el “Plan de Acción para la Implementación del Código General del Proceso” (Acuerdo PSAA13-9810, 2013), ha tenido múltiples barreras para su implementación en Colombia, de ahí las medidas de aplazamiento que desde el legislativo se han definido (Ley 1716, 2014) y los numerosos Acuerdos que desde el Consejo Superior de la Judicatura persiguen alcanzar la descongestión, sin avizorarse aún solución definitiva³.

En punto del proceso monitorio la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura exhibió los formatos para presentación y contestación de la demanda en los procesos verbal sumario y monitorio y los formatos de acta de presentación y contestación de la demanda en los procesos verbal sumario (Acuerdo PSAA13-10076, 2013), iniciativa seguramente importada de la normatividad aplicable en la Comunidad Económica Europea (Reglamento 1896, 2006) en la cual se implementaron también formatos y modelos.

La no entrada en vigencia del CGP desde el momento de su promulgación, 12 de julio del año 2012, tiene un férreo soporte práctico: el no acondicionamiento de la infraestructura física para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, dado que es posible que el proceso monitorio tome los cauces del proceso verbal sumario; por ello no ha sido posible su vivencia y desde esta perspectiva la vigencia diferida al año 2017 fue una visión inteligente del legislador que reconoció los retos colosales que implica el proceso oral y el cambio de concepción en la inteligencia de los jueces sobre el significado del proceso y sus etapas, el asunto propio a la capacitación de los jueces y el estudio de los abogados.

2. El proceso monitorio en el Código General del Proceso CGP en cuanto a su contenido y estructura

El análisis de las disposiciones en los artículos 419, 420 y 421 permite formular el siguiente núcleo esencial del proceso monitorio en Colombia:

correspondiente a la Rama Judicial para el 2013. La ministra aseguró que en la última reunión de seguimiento al Código General del Proceso, la Judicatura informó que **los 147.000 millones de pesos que se iban a destinar para la puesta en marcha del plan tecnológico serían utilizados para la digitalización de las tutelas.** “Digitalizar las tutelas en lugar de cumplir con plan tecnológico es como una inapropiada ejecución de recursos. En estas condiciones no vamos a lograr que los códigos sean implementados adecuadamente”, concluyó Correa.” (ambitojuridico.com, 2013).

³ Al respecto pueden consultarse, entre otros, los siguientes documentos: (Acuerdo PSAA11-8910, 2011), (Acuerdo PSAA12-9509, 2012), (Acuerdo PSAA12-9528, 2012), (Acuerdo PSAA13-9936, 2013), (Acuerdo PSAA13-9979, 2013).

1. El reducido ámbito de aplicación del proceso monitorio al contemplar su exclusividad para los casos de naturaleza contractual.
2. El reducido ámbito de aplicación del proceso monitorio al contemplar su exclusividad para los casos de mínima cuantía.
3. Se reguló como un proceso declarativo especial.
4. Es un proceso que no requiere de abogado para su iniciación y trámite, aún para el momento en que se convierte en verbal sumario o se prosiga con la ejecución⁴
5. Es un auténtico proceso, el cual se inicia con una demanda que debe cumplir con una serie de requisitos mínimos, razón por la cual puede ser objeto de inadmisión y rechazo⁵.
6. El silencio del demandado, cuando el deudor notificado no comparece, no significa el allanamiento del demandado, ni su confesión frente a los hechos de la demanda, ni constituye indicio en contra de la pretensión. La consecuencia del silencio se deriva de la estructura misma que la Ley definió para el proceso monitorio.
7. La efectividad del proceso depende de la notificación personal, y exclusivamente de la notificación personal del deudor⁶. No es procedente la notificación por aviso cuando no sea posible realizar la notificación personal ni el emplazamiento al demandado.

⁴ Al respecto pueden consultarse: artículo 28, numeral 2° (Decreto 196, 1971); artículo 24 (Ley 1564, 2012); artículo 13 (Ley 472, 1998).

⁵ En este sentido, se plantea un aspecto crítico del proceso monitorio. Si bien es cierto es un proceso que puede iniciarse e impulsarse sin la intervención de un abogado, resulta profundamente discutible que “Cualquier persona” tenga la solvencia académica para afrontar un proceso cuyo inicio encuentra unos requisitos que debe cumplir, que posteriormente y dependiendo de la actitud del demandado se torna verbal sumario o de ejecución, y que si se satisface en parte se queda cierto monto en ejecución y lo restante en verbal sumario, etc. En el punto, es posible que ocurra lo mismo en semejanza a la acción pública de inconstitucionalidad, donde a partir del artículo 40 y 241 constitucional se señala que “Todo ciudadano...puede...6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley”, viéndose ilusorio el mandato en la práctica dadas las exigencias que como “requisitos sustanciales” (Sánchez Baptista, 2012) ha desarrollado la Corte Constitucional a partir del Decreto 2067 del año 1991 como “mínimas exigencias”, entre otras, al deberse determinar en la demanda el carácter cierto, específico, claro, pertinente y suficiente de las razones de inconstitucionalidad, lo cual ha llevado a que la Corte se declare inhibida en numerosas oportunidades, lo cual plantea la necesidad de una técnica que no poseen quienes no son abogados para este proceso, dado lo elevado de estos parámetros (Marcos Torres, y otros, 2014), lo cual ha configurado el conocido inhibicionismo constitucional (Gómez-Pinto, 2011). Sin embargo, no es posible dejar de lado la otra postura frente a lo indicado al siguiente tenor: “El proceso monitorio será el proceso “estelar” del CGP, por su masiva utilización. Concederá acceso a la justicia a personas que hoy, por las dificultades procesales, prefieren abandonar sus derechos.” (Canosa Suárez, 2014); “...Ante esto, qué mejor que guardar la esperanza en el proceso monitorio, ya que el clásico procedimiento ordinario no fue del todo eficaz” (Quintero Pérez & Bonett Ortíz, 2014).

⁶ Este es un punto que ha sido destacado por la Doctrina con particular acento: “...Entre los requisitos exigidos cabe resaltar la indicación del lugar y las direcciones donde el demandado recibe notificaciones, pues en caso de ignorarse esa información se desvanece la posibilidad de promover proceso monitorio” (Rojas Gómez, 2012).

8. No es posible la iniciación del monitorio si el deudor fallece. El monitorio no es procedente contra los herederos del deudor. Si se inicia el proceso monitorio y antes de la notificación personal del requerimiento el deudor fallece, debe proferirse auto que declare terminado el proceso.
9. Es un proceso para obligaciones cuya prestación es de DAR: entregar una suma líquida de dinero⁷. El monitorio en Colombia tal como se configuró de los artículos 419 a 421 no es procedente para obligaciones de hacer o no hacer.
10. La carga de la prueba de la obligación contractual se somete a tres (3) hipótesis distintas: en la primera se presenta PLENA PRUEBA, en la segunda se presenta FALTA DE PRUEBA, y en la tercera se presenta INEXISTENCIA DE PRUEBA. Estos casos son:
 - a) Cuando el demandante aporta los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentran en su poder. Caso en el cual la carga de la prueba la ejerce el acreedor.
 - b) Cuando el demandante no aporta los documentos de la obligación contractual adeudada pero señala dónde están. Caso en el cual la carga de la prueba la asigna el juez.
 - c) Cuando el demandante no aporta los documentos de la obligación contractual adeudada pero manifiesta bajo la gravedad de juramento que no existen soportes.

Por esta última razón el proceso monitorio en Colombia es puro y no documental o mixto, dentro de las clasificaciones existentes que han sido formuladas por la doctrina.

11. Su finalidad es la creación *rápida*⁸ (Colmenares Uribe, 2013) de un título ejecutivo⁹, de aquí que en el CGP se le haya denominado en la titulación del Capítulo IV “Proceso Monitorio”.

⁷ Al respecto pueden consultarse: “...Las anteriores reflexiones son aplicables al incumplimiento de las obligaciones dinerarias, pecuniarias o monetarias, esto es, aquellas obligaciones de género que tienen por objeto prestaciones de dar o entregar sumas de dinero...” (Sentencia 17214, 2010); “...Cuando el deudor incumple obligación de dar o entregar al acreedor suma de dinero...” (Ospina Fernández, 2014, pág. 52); “...a.2) Obligaciones de dar una suma de dinero y su incumplimiento contractual. El pago de una suma de dinero es, por esencia, una obligación de género y, por ende, lo descrito precedentemente es aplicable para este tipo de situaciones...” (Santa María, 2011).

⁸ Esta característica ha sido destacada por la más autorizada doctrina en la materia (Colmenares Uribe, 2013) y por la Corte Constitucional en la decisión que declaró exequibles las disposiciones del CGP (Sentencia C-726, 2014). De otra parte, debe hacerse una aclaración, si se acude a la definición del vocablo (Diccionario Real Academia Española, 2014), la expresión “rápida” se define, de una parte, como “Que se mueve, se hace o sucede a gran velocidad, muy deprisa” y, de otra, como “Que se hace a la ligera, sin profundizar. Sin embargo, es necesario señalar que el sentido “a la ligera” y “sin profundizar” no significa la inexistencia de un debido proceso, por cuanto se trata de una forma diferente -estructura- de llegar a la sentencia. Todo proceso busca -al margen de las formas anormales de terminación del proceso- conseguir una sentencia, y ésta en todos los casos, constituirá un título

12. Es un proceso al que le interesa el cumplimiento de la obligación y la tutela efectiva del derecho sustancial de crédito. Por esta razón contra el requerimiento de pago que profiere el juez no procede recurso alguno.
13. Es un proceso que termina dependiendo de la actitud del demandado: i) si no hay pago o no hay contestación de la demanda termina con la sentencia que se profiere inmediatamente, caso en el cual se inicia con ella el proceso ejecutivo a continuación; ii) si hay oposición parcial respecto a lo no objetado termina con la sentencia que se profiere inmediatamente, caso en el cual se inicia con ella el proceso ejecutivo a continuación; iii) si hay oposición parcial respecto a lo objetado o si existe oposición total a la pretensión de pago, podría sostenerse que termina en alguno de dos momentos: a) con el auto que cita a la audiencia propia al trámite verbal sumario, o b) con la sentencia que se produzca como resultado del trámite verbal sumario, caso en el cual se inicia con ella el proceso ejecutivo a continuación. Se considera que en este caso el monitorio termina con la sentencia, no con el auto, dado que solo en aquella se construye el título ejecutivo. La conversión al trámite verbal sumario no agota el monitorio.
14. Es un proceso facultativo o “meramente opcional” (Jaramillo Castañeda, 2013), en el entendido en que la persona puede elegir frente a su pretensión el cauce del proceso monitorio; o someterla al proceso ejecutivo si cuenta con plena prueba de la obligación; o acudir al proceso verbal sumario que también sirve para obtener el reconocimiento de las obligaciones que se pueden cobrar por el proceso monitorio, aunque a través de un rito distinto (Rojas Gómez, 2012); o acudir al proceso declarativo con el procedimiento verbal; o acudir al interrogatorio de parte del deudor como prueba anticipada; o a la conciliación como mecanismo alternativo al proceso (Colmenares Uribe, 2013).

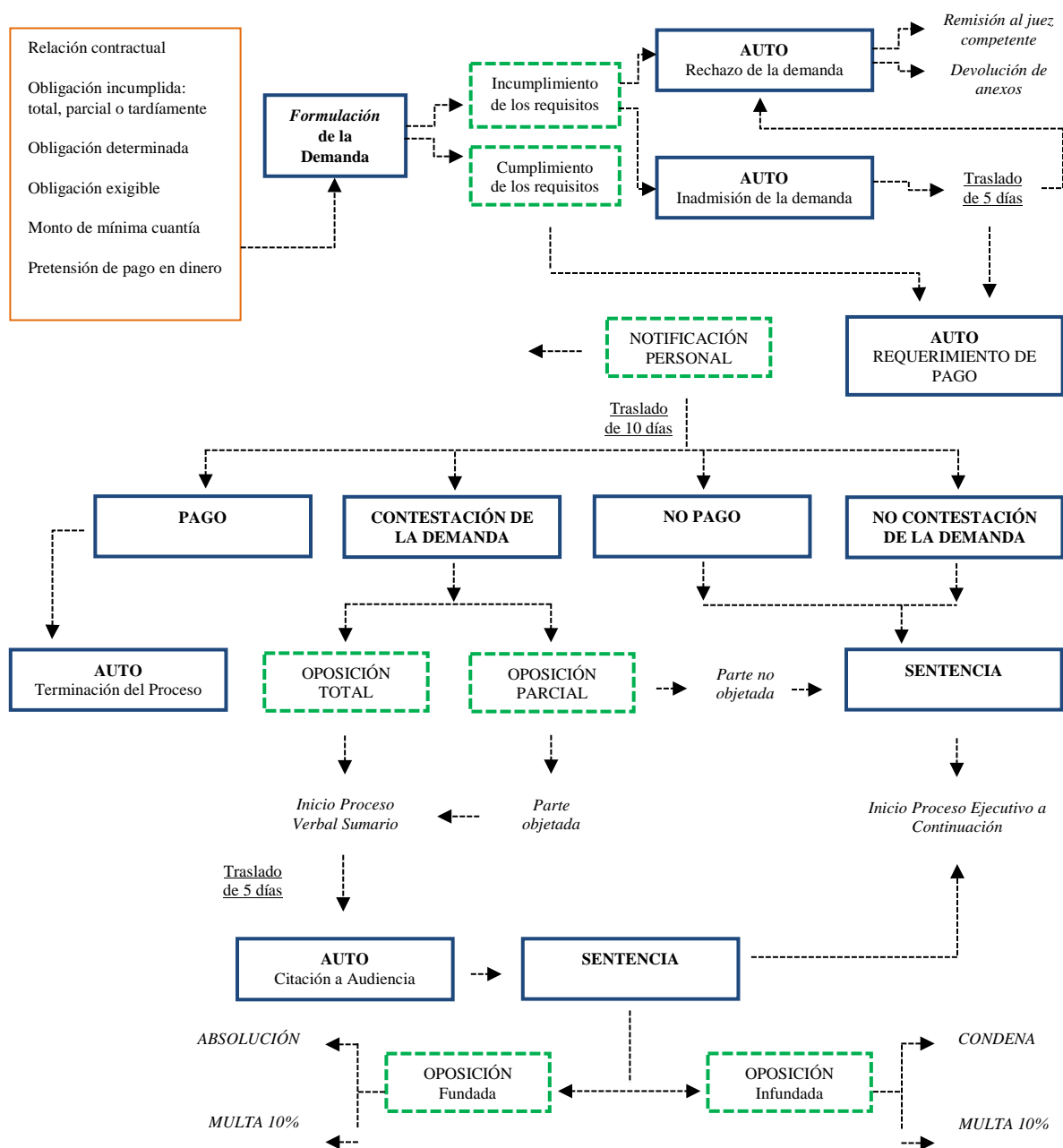
Enrostrados estos aspectos puntuales, la estructura del proceso monitorio en el CGP colombiano se ilustra en el siguiente esquema:

Figura 1. Estructura básica del proceso monitorio en el CGP

Fuente: Semillero de Investigación en Derecho Procesal - Universidad Simón Bolívar
Sede Cúcuta

ejecutivo de definirse una condena en concreto, de tal forma que lo que cambia es la forma de llegar a ella alterando la estructura del proceso.

⁹ Esta propiedad es indiscutible si la persona se encuentra en la hipótesis de la Inexistencia de Prueba o Falta de Prueba, dado que efectivamente lo que se pretende es la creación del título ejecutivo a través de la sentencia; sin embargo, si existe Plena Prueba, caso en el cual la persona podría acudir al monitorio con un título ejecutivo por ejemplo, la finalidad del proceso cambia, y no podría ser otra distinta a la de alcanzar el pago de la obligación, no el de la creación de un título ejecutivo.



De tal forma que el monitorio trata de un proceso en el que no existe certeza sobre el derecho que se discute y pretende reconocimiento ante el juez, aún bajo la hipótesis de plena prueba sobre la existencia de la obligación, de ahí su ubicación dentro de los procesos declarativos, e independientemente de la conversión del proceso en la

ejecución de providencia judicial o en el trámite propio al proceso verbal sumario, a partir de la actividad que despliegue el demandado como estrategia de defensa.

3. El proceso monitorio y el proceso de estructura monitoria en Colombia y en el derecho comparado: postura de investigación

Estas denominaciones no son distantes en forma trascendental, dado que encuentran puntos comunes. Se procede a sustentar la idea a partir de algunas consideraciones doctrinales: “A decir verdad, el proceso monitorio tiene una estructura similar a la del proceso ejecutivo, pero comparte caracteres con el proceso declarativo en tanto se abre camino sin necesidad de un título ejecutivo...” En lugar de auto admisorio de la demanda, en el proceso monitorio hay un requerimiento de pago, similar al mandamiento de pago del proceso ejecutivo, pues consiste en una orden para que en un término perentorio el demandado realice el pago de la obligación invocada en la demanda, pero no admite recursos...” (Rojas Gómez, 2012).

En Uruguay el monitorio involucra hipótesis más amplias de procedencia que las contempladas en el CGP tales como: i) entrega de la cosa, ii) entrega efectiva de la herencia, iii) pacto comisorio, escrituración forzada, iv) resolución de contrato de promesa, v) separación de cuerpos y divorcio, vi) cesación de condominio del origen contractual (Ley 15982, 1988), titulándose respectivamente “Procedimiento Monitorio” -art. 354- y “Otros procesos monitorios” -art. 364-370-.

En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica estableció “Este proceso o, más precisamente, la estructura monitoria...” (CPCMI, 1988) “...no sólo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias). Y no sólo para este juicio, sino para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, tales como el desalojo (desahucio), entrega de la cosa, entrega de la herencia, escrituración judicial (derivada de promesa de compraventa, por ejemplo, etc.).”

A partir de este escenario es posible encontrar que el monitorio se puede caracterizar, de una parte, por tener como finalidad la creación del título ejecutivo, como actualmente se creó en Colombia, al igual que España, caso en el cual se le conoce como “proceso monitorio” (Quintero Pérez & Bonett Ortíz, 2014) y en oposición a como se concibió en Uruguay donde, de otra parte, y al concebirse no solo para la creación de un título ejecutivo se le podría clasificar como “proceso de estructura monitoria”.

Ciertamente y por encima de esta clasificación doctrinal, la ilusión que orienta el monitorio se centra en que “La utilización en Estados Sociales y Democráticos de derecho desde mucho antes que el nuestro donde (sic) el debido proceso y el derecho de defensa se protege eficazmente, permite afirmar que este instrumento procesal no solamente puede servir para obtener rápidamente un título ejecutivo sino atender otras pretensiones...” (Negrilla fuera de texto original) (Colmenares Uribe, 2013).

De tal forma que si el propósito es la creación de un título ejecutivo se hablará de un proceso monitorio, por otro lado, si el propósito es diferente a aquel se considerará como un proceso de estructura monitoria. Al respecto ha afirmado la doctrina que “en la legislación colombiana todos los procesos ejecutivos singulares, reales y coactivos son de estructura monitoria...”, al igual que “en el régimen especial del lanzamiento por ocupación de hecho, en relación con predios urbanos, regulado por la ley 57 de 1905, artículo 15, y por el Decreto 992 de 1930, se regula un auténtico proceso monitorio” (Colmenares Uribe, 2013).

Sobre lo anotado en este capítulo y los obstáculos que puede generar esta clasificación para una comprensión clara de la institución, debe formularse la siguiente postura de investigación: i) lo que realmente le importa al monitorio es su clasificación en puro o documental. En virtud de ella se identifica al proceso monitorio a partir de la inexistencia o existencia de documento que pueda ser incorporado al proceso al momento de la presentación de la demanda, y nada más que eso; ii) la distinción entre proceso monitorio y la estructura monitoria no resulta angular dado que el sentido de fondo frente a la institución es que una vez presentada la demanda, independientemente a que se profiera una decisión que se titule Sentencia o Requerimiento, se trata de una providencia que otorga el derecho o acoge la pretensión sin la previa comparecencia del demandado.

4. La condición de las personas víctimas de desplazamiento forzado y los medios de reparación del daño desde la perspectiva política y judicial en Colombia: Consejo de Estado, CORIDH, Reparación por vía administrativa

Una vez se dan las situaciones que exige la Ley y la jurisprudencia para que se configure el desplazamiento forzado, es decir, causada la *coacción* que se materializa en la masacre, el homicidio de un ser querido, la amenaza sobre la vida, etc., y que posteriormente impulsa el traslado a otro lugar del territorio dentro de las fronteras del país, la víctima se enfrenta a dos alternativas para obtener la reparación del daño sufrido: I) la perspectiva judicial de la reparación, y II) la perspectiva política de la reparación.

Previamente debe afirmarse que la Constitución Política de 1991 desarrolla referencia entorno a la *reparación* desde el deterioro ambiental -artículo 80-, desde la responsabilidad patrimonial del Estado -artículo 90-, respecto a la imposibilidad en el ejercicio de la función pública y la celebración de contratos con el Estado cuando éste haya sido condenado patrimonialmente por la conducta dolosa o gravemente culposa con ocasión de aquellas -artículo 122- y, desde la responsabilidad civil que se causa con ocasión del delito -artículo 250 numeral 6º-. En consecuencia, pasando por los 380 artículos de la Constitución, los 67 transitorios y las reformas realizadas a ésta a través de Acto Legislativo, no es posible encontrar un fundamento constitucional directo de la reparación desde la perspectiva política. Desde la perspectiva judicial la víctima puede encauzar su pretensión de reparación a través de distintos medios procesales:

- a) Reparación directa. Medio de control consagrado en el artículo 140 (Ley 1437, 2011) y 86 (Decreto 01, 1984), con fundamento constitucional en el artículo 90 (Constitución Política, 1991).
- b) Grupo. Medio de control consagrado en el artículo 88 (Constitución Política, 1991) y con desarrollo legal en el artículo 3 y s.s. (Ley 472, 1998).

Desde la perspectiva política la víctima puede encauzar su pretensión de reparación a través de un medio procesal:

- c) Vía administrativa.

Sobre el particular debe indicarse que han sido varias las medidas que desde este enfoque se han implementado: i) reparación administrativa, desde la disposición en la que “se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”, en sus artículos 5, 9, 27, 178 numeral 6º, 191, 195, entre otros, conocida como Ley de Víctimas (Ley 1448, 2011), y su reglamentación (Decreto 4800, 2011); ii) reparación administrativa, desde la disposición en la que “se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, en su artículo 55, numeral 56.3, conocida como Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005) y su reglamentación (Decreto 1290, 2008).

4.1 Reparación del daño desde la jurisprudencia del Consejo de Estado

Las subreglas definidas por el Consejo de Estado en las sentencias que integran este nicho citacional -(Sentencia AG-062, 2002), (Sentencia AG-00213B, 2006), (Sentencia 00614, 2006), (Sentencia AG-01472, 2006), (Sentencia AG-00004, 2007), (Sentencia

00385, 2007), (Sentencia 18436, 2010), (Sentencia 31093, 2011), (Sentencia 23594, 2012), (Sentencia 25675, 2012), (Sentencia 32274, 2013)¹⁰- **entorno a la determinación de la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado cuando acontece un desplazamiento forzado de personas puede ilustrarse a partir de la siguiente línea jurisprudencial:**

Casos en los que el Estado colombiano ha sido condenado patrimonial y administrativamente por desplazamiento forzado		
Responsabilidad del Estado por el desplazamiento forzado	<ul style="list-style-type: none"> ● (5 diciembre, 2002) (C.P. Ortiz) AG-62 ● AG-00213B (C.P. Correa) (2006, enero 26) ● (16 marzo, 2006) (C.P. Giraldo) AG-01472 ● 00004 (C.P. Correa) (2007, agosto 15) ● 00385 (C.P. Fajardo) (2007, agosto 15) ● 18436 (C.P. Fajardo) (2010, febrero 18) ● (21 febrero, 2011) (C.P. Santofimio) 31093 ● 23594 (C.P. Valle) (2012, julio 18) ● (3 octubre, 2012) (C.P. Zambrano) 25675 ● 32274 (C.P. Rojas) (2013, mayo 3) 	Irresponsabilidad del Estado por el desplazamiento forzado

¹⁰ Debe señalarse que en la actualidad se encuentran en trámite otros procesos por decidir bajo esta pretensión. Al respecto puede consultarse: “Consejo de Estado ordenó estudiar demanda por desplazamiento forzado de familia en Antioquia” (ElEspectador, 2015), proceso (Reparación Directa 50187, 2013), entre otros. Otros referentes sobre las sentencias indicadas puede consultarse en “Desplazados no deben acreditar propiedad para ser reparados: Consejo de Estado” (ambitojuridico.com, 2015), para el caso de la sentencia radicado 32274.

El juicio de responsabilidad que realiza la jurisdicción contencioso administrativa desde la primera instancia -Tribunales Administrativo de Distrito Judicial- y hasta la resolución del recurso de apelación o dado el grado jurisdiccional de consulta - Consejo de Estado- revela dos aspectos críticos puntuales, los cuales se erigen como elementos consustanciales a este tipo de pretensión y trámite del proceso:

- i) Son dos los medios de control que utiliza la víctima para pretender la responsabilidad del Estado y posterior reparación del daño sufrido. La línea jurisprudencial permite identificar las siguientes particularidades:

El 50% de las sentencias -5- que conforman la línea corresponde al ejercicio del medio del control de reparación directa¹¹. El 50% de las sentencias -5- que conforman la línea corresponde al ejercicio del medio del control de grupo¹².

- ii) La definición judicial entorno a la reparación del daño tarda desde la ocurrencia del hecho dañino hasta que el Consejo de Estado se pronuncia en decisión definitiva, dependiendo del medio de control que se utilice¹³:

Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de grupo la providencia del Consejo de Estado llega transcurridos, en promedio 6,2 años. Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de reparación directa la providencia del Consejo de Estado llega transcurridos, en promedio 12,5 años.

- iii) El perjuicio moral es un hecho notorio (Sentencia AG-00213B, 2006)¹⁴.
El perjuicio por alteración de condiciones de existencia es un hecho notorio (Sentencia 00385, 2007)¹⁵.

¹¹ Estas son: (Sentencia 18436, 2010), (Sentencia 31093, 2011), (Sentencia 23594, 2012), (Sentencia 25675, 2012), (Sentencia 32274, 2013).

¹² Estas son: (Sentencia AG-062, 2002), (Sentencia AG-00213B, 2006), (Sentencia AG-01472, 2006), (Sentencia AG-00004, 2007), (Sentencia 00385, 2007).

¹³ El promedio temporal de duración de cada uno de los procesos se obtuvo a partir de las fechas de ocurrencia del hecho dañino en cada uno de los casos, la fecha de presentación de la demanda, la decisión de primera instancia y la sentencia del Consejo de Estado.

¹⁴ Señaló el Consejo de Estado: “En efecto, constituye un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen. No es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional”. Esta postura ha sido reiterada (Sentencia AG-00004, 2007), (Sentencia 00385, 2007), (Sentencia 18436, 2010).

La cualidad de hecho notorio de estos perjuicios implica, en términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo siguiente:

“Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. Según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba”. (Sentencia C-145, 2009).¹⁶

iv) La línea jurisprudencial en las decisiones en las que el Estado ha sido declarado responsable permiten establecer la doctrina probable aplicable a las cuantías en las cuales se reconocen estas dos tipologías del perjuicio, la cual dependerá del medio de control que se utilizó en cada caso:

Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de grupo la condena del perjuicio moral se establece en 50 SMLMV. Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de reparación directa la condena del perjuicio moral se establece en 100 SMLMV. Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de grupo la condena del perjuicio por alteración de condiciones de existencia se establece en 25 SMLMV. Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de reparación directa la condena del perjuicio por alteración de condiciones de existencia se establece en 50 SMLMV.

v) Las subreglas definidas por el Consejo de Estado para definir la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado se identifican en la siguiente *ratio decidendi*, correspondiente a la sentencia hito de la línea jurisprudencial:

“(…) En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se

¹⁵ Señaló el Consejo de Estado: “Atendiendo al caso concreto considera la Sala que para los eventos de desplazamiento forzado, tal como se ha sostenido respecto del daño moral, resulta ser un hecho notorio que cuando una persona contra su voluntad se ve impelida a abandonar sorpresivamente el lugar en el cual había decidido realizar su proyecto de vida, sea cual fuere, resulta ostensible que quien en esa situación se encuentra, por la misma migración, por las nuevas condiciones deplorables, por el desarraigo y el miedo, sufre grave alteración de sus condiciones de existencia.”. Esta postura ha sido reiterada (Sentencia 18436, 2010).

¹⁶ La propiedad que posee este juicio de responsabilidad frente a estas dos tipologías del perjuicio como hechos notorios es angular frente a la propuesta de la técnica monitoria que en esta investigación se propone. La Corte Constitucional también ha conceptualizado sobre el hecho notorio en otras decisiones (Auto 035, 1997).

habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión.

Las autoridades públicas tenían la posibilidad de interrumpir el proceso causal, porque tuvieron conocimiento previo de que el hecho se iba a producir. Ante esas informaciones en las que claramente se anunciaba y preparaba la incursión paramilitar en el área del Catatumbo, con el fin de disputar con la guerrilla el dominio sobre la zona, las autoridades militares y de policía no tomaron ninguna medida eficaz tendiente a impedir que se produjera el enfrentamiento armado, con el consecuente riesgo que ese hecho representaba para sus habitantes. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad. Las actuaciones adelantadas por la Nación no sólo no mostraron ninguna eficacia para impedir o confrontar la incursión paramilitar en la región, sino que tampoco la mostraron para confrontarla e impedir el desplazamiento de los pobladores. Lo que se evidencia de las pruebas que obran en el expediente fue que se dejó a cargo de los miembros del Ejército y la Policía que operaban en la región la responsabilidad para confrontar un ataque de proporciones tan considerables.” (Sentencia AG-00213B, 2006)¹⁷

“Aunque no sea posible afirmar que los miembros de la Fuerza Pública vinculados a esas investigaciones hubieran participado efectivamente en los actos de violencia, como integrantes de esa organización delincencial o simplemente simulando ataques contra las estaciones y bases para justificar su inactividad y permitir que el grupo criminal cometiera tranquilamente sus actos de violencia, éste hecho no impediría en presencia de otras pruebas, declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, porque, conforme lo ha

¹⁷ Esta posición se reitera en las decisiones posteriores en lo que constituye las sentencias confirmatorias de línea: (Sentencia AG-00004, 2007),

sostenido la Sala en jurisprudencia que se reitera, “una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa”. En consecuencia, no existen en el expediente suficientes elementos de juicio que permitan concluir que los daños sufridos por los habitantes del corregimiento de Filo Gringo, como consecuencia de las amenazas y posterior incursión paramilitar ocurrida en ese corregimiento entre el 29 de febrero y el 3 de marzo de 2000, sean imputables al Estado, por haber colaborado con la llegada del grupo a la región, o por haber participado en las masacres cometidas en otros municipios del departamento de Norte de Santander por el mismo grupo armado, ni, en concreto, por haber colaborado o participado en la incursión producida en dicho corregimiento. Pero, además, se afirma en la demanda que el daño es imputable al Estado, por omisión, porque a pesar de que la Fuerza Pública sabía de la inminencia del ataque paramilitar contra el corregimiento de Filo Gringo, no realizó ninguna acción efectiva dirigida a neutralizar a los criminales y proteger los derechos fundamentales de los pobladores.

La soberanía del Estado, el orden público y los derechos humanos de los habitantes del corregimiento de Filo Gringo fueron desconocidos por el grupo de Autodefensas que desde su llegada a la región amenazó con llegar hasta ese lugar y dar muerte a sus pobladores, objetivo hasta el cual avanzó con paso seguro, para llegar finalmente el 29 de febrero de 2000, e incinerar varias de sus viviendas, por no haber encontrado allí a sus pobladores, quienes habían huido para proteger sus vidas. Frente a esas actuaciones de violencia, el Estado asumió una conducta omisiva, constitutiva de falla del servicio, en tanto no adelantó ninguna acción militar de las proporciones que esos actos de violencia ameritaban. El Estado tenía el monopolio de las armas. Si éste hubiera decidido evitar la agresión del grupo paramilitar y defender a la población civil, hubiera podido interrumpir el proceso causal iniciado con la marcha del grupo de Autodefensas a la zona del Catatumbo y, en particular contra los pobladores del corregimiento de Filo Gringo, quienes, se insiste, ante la desprotección estatal no tuvieron alternativa diferente a abandonar su domicilio para padecer las penurias del desplazamiento forzado. Es cierto que la jurisprudencia ha considerado que la relatividad de las obligaciones del Estado, esto es, no le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas cuando son causados por los particulares, en consideración a que las obligaciones del Estado están limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que “nadie está

obligado a lo imposible”. No obstante, esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa el incumplimiento de sus obligaciones, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían. Y, en el caso concreto, se reitera, el Estado no acreditó que le fue imposible defender a la población del corregimiento del Catatumbo. Tal vez esa imposibilidad sí era predicable en relación con los miembros del Ejército y de la Policía acantonados en la zona, pero no para la Fuerza Pública, que como ya se señaló, no adelantó ninguna acción tendiente a combatir de manera eficaz el grupo paramilitar que llegó a la zona y sin obstáculo alguno cumplió sus amenazas criminales contra la población civil”. (Sentencia AG-00004, 2007).

“La Sala reiteró en reciente pronunciamiento que, en casos -como el que es objeto de estudio en esta providencia- en los cuales se endilga a la Administración una omisión derivada del supuesto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. En este sentido, se ha sostenido que la “responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones de control que a ella le corresponden -se refiere a la Policía Vial- (...) no es objetiva, pues requiere que los perjuicios que se reclamen puedan imputarse al incumplimiento de una obligación determinada”.

Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido el respectivo contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, esto es ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, resulta menester precisar si dicha falencia tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada.

En conclusión, los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, son los siguientes: i) la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública; ii) la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la Administración en el caso concreto y iii) la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño.” (Sentencia 00385, 2007)

“Esta Sección del Consejo de Estado ha reiterado en varios pronunciamientos que en casos -como el que ahora ocupa la atención de la Sala- en los cuales se endilga a la Administración una omisión derivada del presunto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido el respectivo contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, esto es ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, resulta menester precisar si dicha falencia ha tenido, o no, relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de la posición de garante. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber.

Los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión y, por ende, para que se concluya que la Administración desconoció la posición de garante que el ordenamiento jurídico le impuso, son los siguientes: i) la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública; ii) la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la Administración en el caso concreto y iii) la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño.” (Sentencia 18436, 2010)

Frente a este completo razonamiento judicial propio a la sistematización completa del problema jurídico frente a la responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado y su línea jurisprudencial, en la demanda monitoria es posible enrostrar i) el contenido obligacional que el Estado incumple frente a este hecho dañino¹⁸, ii) demostrar en el proceso causal el conocimiento previo que poseía la autoridad respecto al hecho que motivó la coacción que generó el traslado, iii) demostrar el deber jurídico en cabeza de la autoridad y la posición de garante del Estado frente a la víctima.

¹⁸ El contraste del contenido obligacional del Estado en la construcción del juicio de responsabilidad se encuentra, en primer lugar, en la Constitución Política de 1991, partiendo del incumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2), principio de responsabilidad jurídica (art. 6), la libertad de locomoción y domicilio (art. 24), responsabilidad extracontractual del Estado (art. 90), integración de la Fuerza Pública (art. 216) y las fuerzas militares (art. 217).

De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o ‘Pacto de San José de Costa Rica’, aprobada por la Ley 16 de 1972, derecho de circulación y residencia (art. 22); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, compromiso de respeto y garantía de los derechos (art. 2), derecho de circulación y residencia (art. 12); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), prohibición de los desplazamientos forzados (art. 17).

Ley 387 de 1997, “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”, de los principios (art. 2) y de la responsabilidad del Estado (art. 7), también construyen referentes de obligación.

El Decreto 1512 de 2000, “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”, dirección (art. 2), dirección de la Fuerza Pública (art. 3), objetivos del Ministerio de Defensa Nacional (art. 4), funciones del Ministerio de Defensa Nacional (art. 5), funciones del Ministro de Defensa Nacional (art. 8), fuerzas militares (art. 27), tablas de organización y equipo (art. 29), Policía Nacional (art. 33).

Asimismo, aunque su fuerza vinculante en el ordenamiento interno sea discutible, se hace referencia, mayoritariamente en forma tímida, menguada y desconfiada, a los Principios rectores de los desplazamientos internos (M. Deng, 1998), describiendo la garantía de respeto del derecho internacional, los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (Principio 5), el derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios (Principio 6); la obligación específica del Estado en la toma de medidas de protección contra el desplazamiento de grupos que experimentan dependencia especial a su tierra (Principio 9); derecho a conocer el destino y paradero de los familiares desaparecidos (Principios 16.1 y 16.2); obligación y responsabilidad del Estado en la asistencia, recuperación o indemnización adecuada o reparación justa (Principio 29.2).

Igualmente, se identifican los Principios sobre la restitución de las viviendas y el Patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Pinheiro, 2005), describiendo el derecho a la protección contra el desplazamiento (Principio 5).

Constituyen también referentes para encontrar contenido obligacional los acuerdos que se celebran entre la comunidad y el gobierno para dar solución a las situaciones presentes en cada uno de los casos. Desde la Sentencia T-098/02 se definió su carácter vinculante.

Asimismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente, se citan en las decisiones las Sentencias: SU-1150/00, T-754/06 y C-278/07, en donde se vislumbra la omisión del Estado en el cumplimiento de sus funciones por el solo hecho de la producción del desplazamiento sin valorar si existe o no falla del servicio. (Yañez Meza D. A., 2013)

Estas subreglas se ve también entrelazada por la razón de la decisión expuesta en la sentencia arquimédica de la línea del Consejo de Estado, donde a partir de motivaciones propias a la CORIDH valora el contexto para definir la responsabilidad del Estado; al siguiente tenor:

“(…) la responsabilidad del Estado se deriva de una falla en el servicio, dado que el contexto de violencia y acecho de grupos que amenazan la paz y la tranquilidad hace prever la inminencia de una incursión como la que se produjo, sin que los cuerpos de seguridad hubiesen adoptado plan alguno.” (ambitojuridico.com, 2015)¹⁹

4.2 Reparación del daño y sus consecuencias no pecuniarias desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias que integran este nicho citacional - (Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, 2005)²⁰ (Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, 2005), (Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, 2006), (Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, 2010), (Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala, 2012), (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, 2012)²¹ (Caso de las Comunidades...Vs. Colombia, 2013)- entorno a la responsabilidad de los Estados cuando acontece un desplazamiento forzado de personas puede ilustrarse a partir de la siguiente línea jurisprudencial:

Casos en los que un Estado parte ha sido condenado convencionalmente por el desplazamiento forzado de personas		
Responsabilidad internacional de los Estados por	<ul style="list-style-type: none"> • Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname (15 junio, 2005) • Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. 	Irresponsabilidad internacional de los Estados por el

¹⁹ Realizada la búsqueda selectiva de la decisión conforme a los radicados (Sentencia 32274, 2013) en la página del Consejo de Estado no fue posible encontrar e individualizar la sentencia.

²⁰ Frente a esta decisión se presentó solicitud de interpretación de sentencia (Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, 2006).

²¹ Frente a esta decisión se presentó solicitud de interpretación de sentencia (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, 2013).

<p>el desplazamiento forzado</p>	<p>Colombia (15 septiembre, 2005)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Caso de Las Masacres de Ituango Vs. Colombia (1 julio, 2006) • Caso Chjtay Nech y Otros Vs. Guatemala (25 mayo, 2010) • Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala (4 septiembre, 2012) • Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia (30 noviembre, 2012) • Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia (20 noviembre, 2013) 	<p>desplazamiento forzado</p>
----------------------------------	--	-------------------------------

En estos casos la CORIDH con fundamento en el principio de complementariedad y/o subsidiariedad, respeta los montos que por concepto de perjuicios pecuniarios y no pecuniarios han definido las jurisdicciones nacionales, en particular la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, al siguiente tenor:

336. En atención a que los tribunales contenciosos han fijado reparaciones en este caso, con base en lo que las víctimas solicitaron e incluso conciliaron, de conformidad con el principio de complementariedad la Corte estima que no corresponde ordenar reparaciones pecuniarias adicionales, sea por daño material o inmaterial, a favor de los familiares de las víctimas fallecidas, ni de las personas heridas en los hechos, que ya han sido indemnizados en el fuero interno. (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).²²

²² Al respecto debe tenerse en cuenta la excepción a esta regla, fijada igualmente por la Corte al siguiente tenor: “21. Asimismo, en otros casos que involucran violaciones del derecho a la vida, ciertamente el Tribunal ha dispuesto reparaciones de carácter pecuniario respecto de determinados aspectos del daño material o inmaterial sufrido por la víctima directamente afectada por los hechos del caso. Como ejemplo de esto puede mencionarse el daño moral sufrido directamente por la persona fallecida, cuyo monto de reparación es recibido por sus derecho-habientes. Sin embargo, este Tribunal ha considerado que, si existen mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, tales procedimientos y resultados pueden ser valorados y que, cuando esos mecanismos no satisfacen criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención, el Tribunal puede, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer medidas pertinentes de reparación¹¹. Esto es un asunto que corresponde ser discutido y dilucidado, en cada caso, durante las etapas de fondo o reparaciones, según lo que hayan planteado claramente las partes.” (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

474. Por último, no puede dejarse a un lado el principio de complementariedad del derecho internacional, reconocido por el preámbulo de la Convención Americana⁷⁵² y que ha también sido tenido en cuenta por la Corte en otros casos⁷⁵³ para reconocer las indemnizaciones compensatorias otorgadas a nivel interno y abstenerse de ordenar reparaciones en ese sentido, de ser ello pertinente. (Caso de las Comunidades...Vs. Colombia, 2013).

De tal forma que los montos reconocidos por el Consejo de Estado se consolidan en la instancia internacional, con lo cual la doctrina probable -reconocida en el artículo 7 del CGP- aplicable en el punto de derecho entorno a la reparación del perjuicio moral y por alteración de condiciones de existencia se afianza desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional es vinculante conforme al control de convencionalidad que realiza este juez internacional al siguiente tenor:

“En similar sentido, en la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(...)

Esta posición de la Corte Constitucional colombiana es concordante con la postura de la misma Corte IDH. Este último Tribunal ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como *interpretación auténtica* de la Convención Americana de Derechos Humanos (...)” (Sentencia T-653, 2012)²³

En consecuencia, existe plena identidad entre lo que desde el control de legalidad y constitucionalidad realiza el Consejo de Estado y lo que se define en los casos contenciosos de responsabilidad de los Estados desde la CORIDH a partir del control de convencionalidad, el cual también desarrolla el Consejo de Estado²⁴, lo cual permite señalar la existencia de criterios objetivos para la reparación y cuantificación desde la perspectiva judicial.

²³ Esta posición ha sido reiterada claramente en diversas providencias: *En relación con la fuerza vinculante de las medidas cautelares otorgadas por la CIDH, la jurisprudencia constitucional ha sido sólida y consistente en indicar que su carácter es obligatorio en el orden interno, en tanto (i) se trata de un órgano que hace parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la que Colombia es uno de sus miembros; (ii) el Estado colombiano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que en virtud de artículo 93 (inciso 1º) de la Constitución, hace parte del ordenamiento jurídico interno; y (iii) el Estatuto de la CIDH fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia.* (Sentencia T-078, 2013).

²⁴ Al respecto motiva el Consejo de Estado, entre otras: “Y por otra parte, en virtud del control de convencionalidad obligatorio y oficioso que deben ejercer los jueces nacionales...” (Sentencia 45679, 2013).

4.2 Reparación por vía administrativa

Autorizados doctrinantes y expertos en reparación integral insisten que la reparación por vía administrativa no es adecuada, al punto en que “significa un retroceso” en criterio del profesor RODRÍGO UPRIMNY (CaracolRadio, 2012), que en la práctica ha sido una burla para las víctimas (Eusse Guerra, 2010), con lo cual no se responde equilibradamente al daño causado ni a sus consecuencias en los eventuales perjuicios. Al respecto, en distintos estudios frente al seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado y el reto que este fenómeno implica frente a la garantía para la superación del Estado de Cosas Inconstitucional ECI en el marco de la Ley de Víctimas, se ha concluido entre otros:

“Optar por una reparación administrativa que propenda por la integralidad del resarcimiento para todas y cada una de las víctimas en el corto plazo podría ocasionar problemas de desestabilización fiscal, pero tampoco puede pretenderse que, por falta de compromisos decisivos con las víctimas por parte de grupos poderosos, se opte por realizar una reparación administrativa minimalista, pauperizadora, como la que se llevaría a cabo si se aplicaran los topes establecidos en el Decreto 1290 de 2008, por ejemplo”. (Garay Salamanca, 2012).

Esta situación ha sido igualmente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien frente a esta perspectiva política ha señalado:

“En lo que atañe al sometimiento de los accionantes al procedimiento establecido en el Decreto reglamentario 1290 de 2008 “*por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley*” a fin de ser satisfecho el derecho a la reparación, esta Sala destaca que el mencionado texto dispone que “*la indemnización solidaria prevista en el presente artículo para quienes hayan sido víctimas del desplazamiento forzado, se entregará por núcleo familiar y se reconocerá y pagará a través de FONVIVIENDA ...*” (artículo 5°), ante lo cual esta Sala considera que dicha disposición es notoriamente contraria al derecho a la reparación, pues le da este calificativo a una conducta propia de la asistencia social que el Estado está en la obligación de proveer a todas las personas en especial a los que se encuentran en situación de vulnerabilidad y, en el caso especial de las víctimas del desplazamiento forzado, a que cese su condición mediante la estabilización socio económica; en otras palabras, es un derecho que se tiene por ser persona, no por ser víctima del desplazamiento forzado; luego, al contravenir los postulados del derecho a la reparación, dicho decreto, resulta inaplicable al mismo bajo el manto de la Constitución Política que nos rige. (Sentencia T-085, 2009)”.

Aunado a lo anterior, la reparación por vía administrativa reconoce montos sustancialmente reducidos respecto a la reparación judicial, siendo posible que se reconozcan por concepto de indemnización administrativa hasta 27 SMLMV (Decreto 1290, 2008) o 17 SMLMV (Decreto 4800, 2011). La diferencia con la reparación judicial ante el juez contencioso administrativo se ubica dramáticamente hacia abajo.

Ciertamente se afirma que la reparación por vía administrativa permite a través del procedimiento administrativo un acceso más ágil y expedito, por cuanto la exigencia probatoria es más reducida dada su flexibilidad, sin embargo, la práctica reflejada en las decisiones de la Corte Constitucional permite evidenciar lo contrario a causa de una razón esencial: i) las interpretaciones abiertamente restrictivas de la administración pública.

5. El monitorio frente a la pretensión de responsabilidad extracontractual

La Doctrina colombiana frente al monitorio del CGP ha referido sobre el ámbito extracontractual el punto, al siguiente tenor:

“Se descarta de entrada el uso del proceso monitorio para el cobro de obligaciones de dar bienes distintos de dinero, de hacer, de no hacer o de suscribir documentos, lo mismo que las de origen extracontractual, las que no hayan sido cuantificadas, las que aún no sean exigibles y las de cuantía superior a cuarenta salarios mínimos mensuales (...)” (Rojas Gómez, 2012).

“(...) no puede utilizarse el proceso monitorio para cobrar perjuicios de naturaleza extracontractual cuantificados unilateralmente (...)” (Canosa Suárez, 2014).

Así mismo, la Doctrina internacional desde una perspectiva general ha enfatizado sobre la improcedencia del monitorio para los asuntos propios a la responsabilidad extracontractual, dado que el proceso monitorio no es el cauce adecuado para reclamar cantidades indemnizatorias derivadas de la responsabilidad extracontractual, por cuanto “la deuda que se reclama no está vencida, no es exigible y ni siquiera está determinada”, además, “Este tipo de reclamaciones basadas en responsabilidad por hecho propio, o de responsabilidad extracontractual, exigen de una previa resolución judicial que se pronuncie sobre la responsabilidad de la demanda, y además que sea cuantificada” (Martín Jiménez, 2011).

Naturalmente, desde el CGP no se incorpora el ámbito de aplicación respecto al monitorio para el derecho administrativo y en forma particular para la responsabilidad extracontractual, circunstancia que se refuerza expresamente en el referente del proceso monitorio Europeo, donde es claro observar la exclusión dentro del ámbito de

aplicación a... b) Los supuestos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (Martín Jiménez, 2011). De tal forma que el monitorio encuentra férrea oposición en este tipo de pretensiones, encontrando serias dificultades para su implementación.

Desde esta perspectiva y bajo los parámetros establecidos no se presentaría una cuantificación unilateral, dado que se atiende la línea jurisprudencia, el precedente aplicable y la doctrina probable conforme al CGP, lo cual la hace determinable, adicionalmente por cuanto se fija su alcance y se señala con precisión la cuantificación con fines de obtener su reparación. De esta forma, las críticas formuladas por la doctrina encuentran plena contradicción.

6. El proceso de estructura monitoria frente a la pretensión de reparación del daño sufrido por las víctimas de desplazamiento forzado

Son múltiples las variables que permitirían construir presupuestos de procedencia para un proceso de estructura monitoria en Colombia desde el derecho de la responsabilidad y la reparación de las víctimas por el hecho del desplazamiento forzado en la tipología del perjuicio no pecuniario, estos son:

6.1 El monitorio como medida propia al Estado de Cosas Inconstitucional ECI de las víctimas de desplazamiento forzado

El ECI en materia de desplazamiento forzado fue declarado formalmente hacia el año 2004 (Sentencia T-025, 2004), aunque debe señalarse que en decisión anterior (Sentencia T-215, 2002) ya la Corte Constitucional había definido su papel y la denominación particular con la que pretendía calificar el fenómeno: “Como puede advertirse, la Corte ha ido perfilando una clara línea jurisprudencial orientada a la solución del estado de cosas inconstitucional generado por la situación en que se hallan los desplazados por el conflicto interno colombiano...”. Desde aquí, el ECI ha sido el soporte teórico que ha empleado la Corte Constitucional para interferir en la política pública diseñada en materia de desplazamiento forzado, siempre invocado en las Sentencias y Autos de Seguimiento posteriores, llegando incluso a emplearlo en su *ratio decidendi* frente a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

El ECI es una institución angular para estas víctimas, por cuanto evidencia la entidad de la problemática y las serias dificultades que el Estado tiene para enfrentarla, al punto en que ha superado en gran medida la capacidad de respuesta estatal. Las subreglas que ha definido la Corte Constitucional así lo comprueban:

“Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

No todos los fenómenos sociales poseen una declaratoria formal de ECI, dentro de estos se pueden identificar la situación del sistema carcelario (Sentencia T-153, 1998), el derecho en salud (Sentencia T-760, 2008), el derecho de petición en materia pensional en Colpensiones (Auto 110, 2013) el cual encuentra precedente originario respecto a la situación de Cajanal (Sentencia T-068, 1998), el principio estructural del mérito en el concurso de notarios (Sentencia U-913, 2009) y la falta de protección a los defensores de derechos humanos (Sentencia T-590, 1998). Lo precedente encuentra soporte en reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar:

“ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL O ACCIONES DE TUTELA CON UN ALTO NIVEL DE COMPLEJIDAD-Características

El estado de cosas inconstitucional es un concepto jurisprudencial desarrollado por esta Corporación para hacer frente a situaciones complejas en las que se presenta una vulneración sistemática y masiva de derechos fundamentales por fallas de las autoridades en la implementación de las políticas y los programas públicos. Se trata de casos en los que se comprobaron repetidas violaciones a los derechos fundamentales de multitud de personas a raíz de fallas estructurales, consistentes en la existencia de una problemática social en la que el Estado debe adoptar remedios complejos que involucran y requieren el actuar coordinado de varias instituciones del Estado, incluso de entidades particulares, y por supuesto, demanda la asignación de recursos importantes”. (Sentencia T-648, 2013).

En consecuencia, la condición del ECI permite identificar un contexto preciso, especial y extremo, fuera de la normalidad constitucional en forma grave, lo cual

merece un tratamiento jurídico distinto que permita hacer efectivo los derechos, en este caso la reparación del daño en su dimensión no pecuniaria.

6.2 El monitorio como medida de discriminación positiva en la reparación del daño en la dimensión del perjuicio no compensatorio

La CORIDH respecto a la reparación de la población desplazada “ha establecido que en razón de la complejidad del fenómeno, de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo y de las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición de facto de desprotección. En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión” (Garay Salamanca, 2012).

“La víctima tiene derecho a un recurso ágil y sencillo para obtener la satisfacción de su derecho a la reparación y el Estado tiene la obligación de proporcionar a la víctima esos recursos eficaces e investigar las violaciones de forma rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional. De este modo, someter a los accionantes, víctimas del desplazamiento forzado, a procesos penales en los cuales es necesaria la aceptación de cargos por parte del victimario para la satisfacción del derecho a la reparación; o esperar la labor investigativa de determinación del responsable de esa conducta delictuosa para exigir la reparación del daño ocasionado; o someterlos a un proceso administrativo donde la llamada reparación no corresponde a los postulados normativos expuestos, sino que es la manifestación de la asistencia social que el Estado está obligado a brindar a todas las personas, en especial a las más vulnerables, es revictimizar a quien ha sido objeto de una masiva y constante vulneración de los derechos humanos, es desconocer los derechos fundamentales que de la condición de víctima se derivan y que le impone al Estado el deber de salvaguardar. En otros términos, no es tarea de las víctimas promover ni impulsar la investigación de los crímenes que las han afectado; esta carga corresponde a las autoridades judiciales, en cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar que tiene el Estado”. (Sentencia T-085, 2009).

Una medida de discriminación positiva que es jurídicamente viable para el derecho a la reparación de estas víctimas es el monitorio aplicado a la responsabilidad extracontractual, a fin de que la víctima no espere 6,2 o 12,5 años la sentencia o decisión que le reconoce su derecho y ordena una condena dineraria.

6.3 El monitorio como instrumento óptimo conforme al bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia de derechos humanos

La jurisprudencia constitucional ha destacado en *ratio decidendi* que “La protección de los desplazados por la violencia es responsabilidad del Estado y la omisión, que puede traducirse en ineficiencia administrativa de los deberes propios de una dependencia estatal, es fuente de violación de derechos fundamentales...” (Sentencia T-1635, 2000). No hay duda que la ausencia de protección en la seguridad de las personas es fuente de la predicada ineficiencia y consecuentemente de la vulneración a los derechos fundamentales, sobre los cuales el Estado se comprometió a su garantía efectiva en virtud de lo dispuesto en la Constitución.

Derivada de esta, en las fuentes del derecho internacional público conocidas como *soft law* se encuentran los mayores desarrollos en materia de derechos humanos. Es a partir de allí que puede construirse los fundamentos y características del mecanismo en comento, las cuales son consustanciales al monitorio. Así, en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, se encuentra un referente al siguiente tenor:

Principio 29

2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan”. (Subraya fuera de texto)

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se identifica otro insumo relevante:

Artículo 2. a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;(…)” (Subraya fuera de texto).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se describe otro de los referentes:

Artículo 25. Protección judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Subraya fuera de texto).

El derecho a la reparación de las personas víctimas del desplazamiento forzado podría encontrar en Colombia y en la estructura del proceso monitorio el instrumento que el derecho internacional describe como sencillo, rápido y efectivo. Esta afirmación se soporta, además de lo referido, en el estudio detallado del otro medio de defensa judicial para acceder a la reparación del daño, cuya propiedad esencial es su carácter inadecuado de cara al daño y los perjuicios que se deben reconocer para atender integralmente la tragedia de los derechos que se vulneran con el desplazamiento.

6.4 El desplazamiento forzado y las víctimas como sujetos de especial protección constitucional

La calidad como sujetos de especial protección constitucional permite reforzar el criterio de diferenciación que se ha ido paulatinamente construyendo en favor de la estructura monitoria para definir esta responsabilidad y alcanzar la reparación efectiva del daño causado. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

“(...) la protección de los derechos de los desplazados como sujetos de especial protección constitucional, esta Corte al evidenciar la gravedad del desplazamiento forzado, el carácter estructural de este fenómeno, la naturaleza masiva, sistemática y continua de este delito, y la dimensión del daño antijurídico que causa, ha reconocido que las víctimas de este flagelo, se encuentran en un estado de indefensión y en una situación de extrema vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y que por tanto constituyen sujetos de especial protección constitucional (...)” (Sentencia T-702, 2012)²⁵ (Subraya fuera de texto original).

“El trato especial que se constituye en su obligación cuando se trata de un sujeto de especial protección, implica que su acción debe ser abiertamente positiva, pues basta el conocimiento efectivo de la situación que amerita dicho trato, para que

²⁵ Al respecto ha motivado adicionalmente la Corte Constitucional: *La especial protección constitucional que la jurisprudencia de la Corte ha otorgado a la población desplazada no es más que la materialización de las diferentes garantías constitucionales que tienen como fin la protección de la persona humana, que se armoniza con el deber que recae en todas las autoridades del Estado de emprender acciones afirmativas a favor de la población que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta.* (Sentencia T-239, 2013).

su deber surja y consiguientemente, de no cumplirse, resulten vulnerados sus derechos. (Sentencia T-085, 2010)”.

La condición de sujeto de especial protección constitucional permite, al igual que la declaratoria formal del ECI precisar una hipótesis de hecho, lo cual impide la generalidad, limitando que las acciones o medios de control tradicionales pierdan su objeto, priorizando sobre una situación concreta, tal como se plantea en la presente investigación.

Conclusiones

El proceso monitorio y la estructura monitoria tienen como elementos en común la consolidación de un derecho bajo una técnica distinta a la configuración tradicional del proceso que se inicia con una demanda, seguida de una admisión, notificación, traslado, contestación, periodo probatorio, alegatos y sentencia. Su lógica encuentra como soporte principal y esencial al *buen derecho* respecto a los hechos y la disposición que regula la relación sustancial que se alega, seguido de la buena fe como principio constitucional y de la rapidez con profundidad respecto a lo pretendido, a fin de encontrar la sentencia o decisión que define el asunto y cuya resulta depende de la actitud del demandado.

Dado el contexto de conflicto armado en Colombia el Estado colombiano tiene el deber de buscar alternativas de reparación efectiva para las víctimas. Desde esta perspectiva los obstáculos que desde el ejercicio de la reparación directa y de grupo se presentan, así como en el escenario de la reparación por vía administrativa, permiten cuestionar válidamente otras opciones sobre el mecanismo procesal con el que cuentan las víctimas para acceder a la reparación. La estructura monitoria respondería a esta realidad en forma adecuada.

Aunque la lógica monitoria encuentra férrea oposición respecto al cauce de la pretensión de responsabilidad extracontractual, los fundamentos que se alegan para limitarlo en cuanto a la existencia de una cuantificación unilateral y la indeterminación de las cuantías, desaparecen por cuanto la línea jurisprudencial existente en las decisiones del Consejo de Estado colombiano permiten consolidar un precedente y una doctrina probable aplicable que precisa la cuantía y establecer parámetros objetivos de la decisión para definir objetivamente la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado.

La limitación respecto a los perjuicios no pecuniarios en la propuesta de proceso de estructura monitoria se justifica por cuanto estos constituyen hechos notorios en el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho dañino del

desplazamiento forzado. Lo cual permite obtener una decisión objetiva respecto a la existencia de los perjuicios en concreto.

La estructura monitoria es una posible alternativa para la reparación efectiva del daño sufrido por las víctimas de desplazamiento forzado, las cuales han tenido que soportar el transcurso de un tiempo irrazonable para lograr el reconocimiento de los perjuicios que se han causado con ocasión del daño.

Síntesis

El proceso monitorio en la actualidad es una novedad legislativa que no ha encontrado vigencia en sus hipótesis de procedencia dada la vigencia diferida establecida en su texto, la cual reconoce los desafíos propios del proceso oral y los tiempos que se requieren para su plena implementación. A partir de su denominación y características dadas en el Código General del Proceso, no existe en Colombia un antecedente similar, aunque si es posible identificar procesos de estructura monitoria que con anterioridad a este debate no se señalaban como tales.

Este escenario dispositivo se formula a partir de una realidad social propia del pequeño comerciante y de relaciones dinerarias informales, siendo diversos los desafíos que se plantean a partir de la forma de concebir su estructura respecto del proceso tradicional, y aunque en exclusiva se proyecta al ámbito civil, dado el contexto colombiano y sus características tan propias, se hace necesario examinar la concepción de su esencia para otras hipótesis de procedencia, en particular para ciertos y precisos casos donde se comprometen los derechos humanos y donde el Estado puede resultar responsable por los daños causados en el contexto del conflicto, siendo consecuentemente obligado a reparar.

La configuración de una estructura monitoria podría postularse como una posible solución a la ineficacia de las perspectivas judicial y política de la reparación de estas víctimas, en particular de un hecho victimizante concreto, el desplazamiento forzado y el contenido propio a la tipología del perjuicio no pecuniario. Teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación pretende determinar los presupuestos de procedencia para un proceso de estructura monitoria en Colombia desde el derecho de la responsabilidad y la reparación de las víctimas por el hecho del desplazamiento forzado, a partir del Código General del Proceso, los antecedentes de los procesos de estructura monitoria en Colombia, la Constitución Política de 1991 y el derecho desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A partir del estudio de la vigencia actual del Código General del Proceso y el proceso monitorio adoptado en él, frente a la clasificación de esta lógica entre el proceso

monitorio y de estructura monitoria y los obstáculos que puede generar esta clasificación para una comprensión clara de la institución, se formular la siguiente postura de investigación: i) lo que realmente le importa al monitorio es su clasificación en puro o documental. En virtud de ella se identifica al proceso monitorio a partir de la inexistencia o existencia de documento que pueda ser incorporado al proceso al momento de la presentación de la demanda, y nada más que eso; ii) la distinción entre proceso monitorio y la estructura monitoria no resulta angular dado que el sentido de fondo frente a la institución es que una vez presentada la demanda, independientemente a que se profiera una decisión que se titule Sentencia o Requerimiento, se trata de una providencia que otorga el derecho o acoge la pretensión sin la previa comparecencia del demandado.

En este contexto, se analiza la perspectiva política y judicial de la reparación del daño sufrido por las víctimas de desplazamiento forzado desde el ejercicio de la acción de reparación directa, de la acción de grupo, de la reparación por vía administrativa, destacando los principales obstáculos en relación a su vigencia conceptual y práctica, en forma particular respecto a las cuantías que se reconocen desde estas perspectivas y la forma como se alcanza la reparación, las cuales demuestran desajustes pronunciados, por cuanto la perspectiva judicial de la reparación reconoce, por ejemplo, el perjuicio moral en 100 SMLMV, mientras que por vía administrativa se reconoce por concepto de indemnización de 17 a 27 SMLMV.

En este contexto se logró demostrar que en el ámbito temporal **cuando la víctima acude al juez a través de la acción de grupo la providencia del Consejo de Estado llega transcurridos, en promedio 6,2 años. Cuando la víctima acude al juez a través de la acción de reparación directa la providencia del Consejo de Estado llega transcurridos, en promedio 12,5 años.**

En este contexto, ciertamente se afirma que la reparación por vía administrativa permite a través del procedimiento administrativo un acceso más ágil y expedito, por cuanto la exigencia probatoria es más reducida dada su flexibilidad, sin embargo, la práctica reflejada en las decisiones de la Corte Constitucional permite evidenciar lo contrario a causa de una razón esencial: i) las interpretaciones abiertamente restrictivas de la administración pública.

Las dificultades que respecto a la aplicación de este escenario de reparación derivada de la responsabilidad se presenten encuentran solución dadas las características propias del fenómeno por cuanto:

Existe plena identidad entre lo que desde el control de legalidad y constitucionalidad realiza el Consejo de Estado y lo que se define en los casos contenciosos de

responsabilidad de los Estados desde la CORIDH a partir del control de convencionalidad, el cual también desarrolla el Consejo de Estado, lo cual permite señalar la existencia de criterios objetivos para la reparación y cuantificación desde la perspectiva judicial.

Desde esta perspectiva y bajo los parámetros establecidos en la investigación, no se presentaría una cuantificación unilateral de perjuicios, dado que se atiende la línea jurisprudencia, el precedente aplicable y la doctrina probable conforme al CGP, lo cual la hace determinable, adicionalmente por cuanto se fija su alcance y se señala con precisión la cuantificación con fines de obtener su reparación. De esta forma, las críticas formuladas por la doctrina encuentran plena contradicción.

Finalmente, el monitorio se presenta como una alternativa en el escenario de reparación a estas víctimas por cuanto este es: i) El monitorio como medida propia al Estado de Cosas Inconstitucional ECI de las víctimas de desplazamiento forzado, ii) El monitorio como medida de discriminación positiva en la reparación del daño en la dimensión del perjuicio no compensatorio, iii) El monitorio como instrumento óptimo conforme al bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia de derechos humanos; siendo un proceso aplicable exclusivamente a iv) El desplazamiento forzado y las víctimas de desplazamiento forzado como sujetos de especial protección constitucional.

Referencias bibliográficas

Doctrina

CANOSA SUÁREZ, U. (2014). El proceso monitorio. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *Ley 1564 de 2012 (julio 12). Con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de Miembros del ICDP* (Primera ed., págs. 361-380). Bogotá D.C., Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

CALDERÓN ORTEGA, M. A. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 71-97.

COLMENARES URIBE, C. (2013). El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 340-362). Cartagena, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>

GARAY SALAMANCA, L. J. (febrero de 2012). *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: garantizar la superación del ECI en el marco de la nueva ley de víctimas* (Vol. 12). Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <file:///C:/Users/Diego/Downloads/COL%20374.pdf>

GÓMEZ-PINTO, L. R. (enero-junio de 2011). El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública. *Revista Vniversitas*, 169-211. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a08.pdf>

JARAMILLO CASTAÑEDA, A. (2013). *Código General del Proceso. Comentado y concordado* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

LÓPEZ MEDINA, D. E. (2008). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.

MARCOS TORRES, J., Gómez Trujillo, A. E., Henao Castillo, C., Orduz Salazar, S., Symington Álzate, G., & Zorrilla Pujana, N. (enero-diciembre de 2014). Las sentencias inhibitorias de la Corte Constitucional colombiana y la limitación injustificada del principio pro actione. *Revista Vniversitas Estudiantes*, 303-330. Obtenido de <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/12+LAS+SENTENCIAS+INHIBITORIAS.pdf/7c44b24c-5ba7-472f-8527-311a4b58dc1e>

MARTÍN JIMÉNEZ, C. (2011). *Teoría y práctica del proceso monitorio. Comentarios y formularios*. Valladolid, España: Lex Nova, S.A.U. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=YApXWsvO55cC&pg=PA481&lpg=PA481&dq=Carlos+Manuel+Mart%C3%ADnez+Jim%C3%A9nez,+Teor%C3%ADa+y+Pr%C3%A1ctica+del+Proceso+Monitorio&source=bl&ots=jFBkBYVnZT&sig=F3BAx4yLJmu4syE_E9M9Ohboj28&hl=es&sa=X&ei=VKeRVaLAHYOp-QH10Bra

OSPINA FERNÁNDEZ, G. (2014). *Régimen general de las obligaciones* (Octava ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

PALÁEZ MEJÍA, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 29-39.

QUINTERO PÉREZ, M. I., & BONETT ORTÍZ, S. A. (agosto de 2014). El proceso monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. *Revista del Instituto*

Colombiano de Derecho Procesal (40), 345-363. Obtenido de <file:///C:/Users/Diego/Downloads/Magda%20Isabel%20Quintero.pdf>

ROJAS GÓMEZ, M. E. (2012). *Código General del Proceso* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Escuela de Actualización Jurídica ESAJU.

SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.

SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.

YÁÑEZ MEZA, D. A., & YÁÑEZ MEZA, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34.

YÁÑEZ MEZA, D. A. (2013). *El derecho de la jurisdicción. Concepciones discutibles y estudio de la institución en la vértebra axiológica del juzgar*. (Primera ed.). Cúcuta, Norte de Santander, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

YÁÑEZ MEZA, D. A. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas. *Revista Civilizar. Ciencias sociales y humanas*, 13(24), 13-46.

YÁÑEZ MEZA, D. A. (2014). La investigación jurídica: necesidad de la ficha de análisis jurisprudencial en el arte del derecho. En D. Clavijo Cáceres, D. Guerra Moreno, & D. A. Yáñez Meza, *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho* (Primera ed., págs. 77-103). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez & Universidad de Pamplona.

Legislación

Ley 1448. (10 de junio de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html

Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.

Ley 472. (5 de agosto de 1998). Congreso de la República. *Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#13

Ley 6. (30 de junio de 1992). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No 40.490, de 30 de junio de 1992. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0006_1992_pr002.html#116

Ley 975. (25 de julio de 2005). Congreso de la República. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005_pr001.html#55

Decreto 1290. (22 de abril de 2008). Presidencia de la República. *Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 46968 de abril 22 de 2008. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30431#0>

Decreto 4800. (20 de diciembre de 2011). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45063>

Jurisprudencia colombiana

Sentencia 00385. (15 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.* Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 19001-23-31-000-2003-00385-01(AG). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia 00614. (26 de enero de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.* Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia 01964. (23 de enero de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Jesús Vall de Rutén Ruíz*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación n° 11001-22-03-000-2014-01964-01.

Sentencia 0348. (19 de noviembre de 2008). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Reparación Directa. *C.P.: Ramiro Saavedra Becerra*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación N° 07001-23-31-000-2000-0348-01. Obtenido de Caso Masacre Santo Domingo Vs. Colombia

Sentencia 17214. (14 de abril de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P. Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214).

Sentencia 18436. (18 de febrero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Reparación Directa. *C.P.: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).

Sentencia 23594. (18 de julio de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Acción Reparación Directa. *C.P.: Olga Melida Valle De De La Hoz*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00182-01(23594). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia 25675. (3 de octubre de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 85001-23-31-000-2002-00254-01(25675) A. Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia 32274. (3 de mayo de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. *C.P.:* Bogotá D.C., Colombia: 50001-23-31-002-1992-000392-00(32274). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/publicaciones/CONSOLIDADOV ISITACPI.pdf>

Sentencia 45679. (17 de octubre de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679).

Sentencia 64538. (16 de enero de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández*. Bogotá D.C., Colombia: Tutela N° 64538. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

Sentencia AG-00004. (15 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Acción de Grupo. *C.P.: Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia AG-00213B. (26 de enero de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00213-01 (AG-00213B). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia AG-062. (5 de diciembre de 2002). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. *C.P.: María Inés Ortíz Barbosa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 13001-23-31-000-2000-9001-01(AG-62). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sentencia T-025. (22 de enero de 2004). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente: Tu3457. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/metro-de-medellin-suspende-operaciones-en-estaciones-del-sur/370828-3>

Sentencia T-078. (14 de febrero de 2013). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3627445. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-078-13.htm>

Sentencia T-085. (16 de febrero de 2009). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P.: Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia expedientes: T-2.050.591, T-2.056.396, T-2.056.402 (Acumulados). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-085-09.htm>

Sentencia T-085. (11 de febrero de 2010). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2488759. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-085-10.htm>

Sentencia T-153. (28 de abril de 1998). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expedientes

acumulados T-137.001 y 143.950. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

Sentencia T-239. (19 de abril de 2013). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión.
M.P.: María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes
T-3716835 y T-3720697. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-239-13.htm>

Sentencia T-702. (4 de septiembre de 2012). Corte Constitucional. Sala Novena de
Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.* Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-702-12.htm>

Sentencia U-913. (11 de diciembre de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.:
Juan Carlos Henao Pérez.* Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes
Acumulados T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-
2368681, T-2398211, T-397604. Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/SU913-09.htm>

Reparación Directa 50187. (12 de diciembre de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo
Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Reparación Directa.
C.P.: Beatriz Elena Jaramillo Muñoz. Bogotá D.C., Colombia: 05001-23-33-000-
2013-01356-01(50187). Obtenido de
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/publicaciones/CONSOLIDADOV
ISITACPI.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/publicaciones/CONSOLIDADOV
ISITACPI.pdf)

Jurisprudencia Interamericana

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. (8 de febrero de 2006). Corte
Interamericana de Derechos Humanos. (*Interpretación de la Sentencia de Fondo,
Reparaciones y Costas*). San José de Costa Rica, Costa Rica. Obtenido de
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_esp.pdf

Caso de las Comunidades...Vs. Colombia. (20 de noviembre de 2013). Corte
Interamericana de Derechos Humanos. (*Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas*). San José de Costa Rica, Colombia: Caso de las Comunidades
Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacaria (Operación Génesis) Vs.
Colombia. Obtenido de
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf

Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. (1 de julio de 2006). Corte
Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia.* San José de Costa Rica, Colombia.
Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf

Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala. (4 de septiembre de 2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*). San José de Costa Rica, Costa Rica. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. (30 de noviembre de 2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (*Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*). San José de Costa Rica, Costa Rica. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

Documentos

ambitojuridico.com. (23 de enero de 2015). Desplazados no deben acreditar propiedad para ser reparados: Consejo de Estado. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti20130729-08desplazados_no_deben_acreditar_propiedad_para_ser_reparad/noti20130729-08desplazados_no_deben_acreditar_propiedad_para_ser_reparad.asp

Reglamento 1896. (12 de diciembre de 2006). Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea. "*Por el que se establece un proceso monitorio europeo*". Estrasburgo, Bruselas, Luxemburgo, Francia, Bélgica, Alemania: Diario Oficial de la Unión Europea. 30.12.2006. Recuperado el 24 de enero de 2015, de <http://www.boe.es/doue/2006/399/L00001-00032.pdf>

CPCMI. (10 de marzo de 1988). Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia-Antecedentes-Exposición de motivos. Texto del anteproyecto*. Montevideo, Uruguay. Obtenido de http://cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-c%C3%B3digo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html

Diccionario Real Academia Española. (Octubre de 2014). Madrid, España: Real Academia Española. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=rapida>

El Espectador. (28 de enero de 2015). Desplazamiento forzado. Consejo de Estado ordenó estudiar demanda por desplazamiento forzado de familia en Antioquia. *Recordó que este tipo de casos tiene una caducidad diferente. Ante esto ordenó al Tribunal Administrativo de Antioquia estudiar una demanda presentada en contra del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional*. Bogotá D.C., Colombia: El Espectador. Obtenido de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/consejo-de-estado-ordeno-estudiar-demanda-desplazamient-articulo-540585>

LA CONCILIACIÓN, SUSTITUCIÓN DEL PROCESO MONITORIO*

Semillero de Derecho Procesal
Fundación Universitaria del Área Andina Seccional Pereira**

*Jenifer Andrea Muñoz Villegas, Carolina Cardona Quiceno
Manuel Andrés Mafla, Diego Antonio Rodríguez Cruz
Gabriel Eduardo Riveros Parga, Liana Illerlad Gutiérrez Ríos
Luis Carlos Bedoya, Julián Felipe Rodas Ceballos
Carlos Eduardo Saraza Gómez, Carlos Andrés Arboleda Díaz*

Directores del Semillero: *Alba Lucía Murillo Restrepo*¹

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 15 de diciembre de 2016.

Para citar el artículo: MUÑOZ VILLEGAS, Jenifer; CARDONA QUICENO, Carolina; MAFLA, Manuel; et al. La conciliación, sustitución del proceso monitorio. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 310-338.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Fundación Universitaria del Área Andina Seccional Pereira.

¹ Directora del Semillero de Derecho Procesal y docente para el año 2015 de la Fundación Universitaria del Área Andina Seccional Pereira.

Resumen

Propendiendo por una justicia celer, la legislación colombiana ha venido instituyendo procesos judiciales que permitan la verdadera realización de los derechos sustanciales y el fácil acceso a la justicia. Es así como la Ley 1564 de 2012 trae consigo en el capítulo de los procesos declarativos especiales el proceso monitorio, el cual se presenta como un medio procesal sumario para intentar el cobro de acreencias dinerarias con un mínimo de requisitos en comparación a los procesos de su clase. Pero es importante entrar a determinar su finalidad, sus elementos y demás situaciones en las que se puede desarrollar la actuación tanto del accionante como del accionado en el desarrollo de este, para finalmente determinar su idoneidad y pertinencia a la hora de implementarse en nuestra legislación.

Palabras clave: Conciliación, proceso monitorio.

Abstract

In order to achieve efficient and clear justice regarding Colombian legislation, certain processes have been developed from an institutional perspective which are enable to achieve this purpose even at the level of civil procedure. Then, is how the Law 1564 of 2012 brings in the chapter of declarative and special processes, the payment procedure, which is presented as a procedural means trying to achieve the collection of monetary debts with a minimum of requirements compared to standard processes in its class. However, it is important to determine its purpose, its main elements and situations over which the plaintiff and shareholder performance can be developed and then, finally determine its relevance when it comes to being implemented in our legislation. The presentation will focus on analysis, from different prospects in the Colombian legal environment, resorting to the use of exploratory research methodology, will then tracking the legislation, jurisprudence and doctrine more relevant on the issue mentioned above.

Key words: Conciliation, payment procedure.

Introducción

En la búsqueda de impregnar de celeridad a los procedimientos judiciales, el legislador colombiano ha optado por diseñar instrumentos procesales que permita a quien acuda a ella, solucionar sus controversias de manera ágil, efectiva y eficiente. A pesar de los esfuerzos legislativos realizados, la percepción de los usuarios de la administración de justicia, es que ésta, continúa cada día con mayor congestión.

De las nuevas leyes procesales y nuevos procedimientos, surgen cuestionamientos acerca de la verdadera materialización de la justicia, cuando en busca de una justicia

ágil y descongestionar el aparato jurisdiccional, se implementan trámites procesales carentes de rigurosidad o que podrían ser innecesarios si en su lugar se robustecieran instituciones que cumplen con los mismos fines.

El presente trabajo analizara el trámite del nuevo proceso monitorio, para luego confrontarlo con el método alternativo de solución de conflictos denominado conciliación, observando la finalidad de ambos instrumentos y sus similitudes en los efectos que produce su usanza. Se tendrá como apoyo para construir el presente trabajo sentencias de la Honorable Corte Constitucional, las normativas que regulan los mecanismos estudiados, estudios científicos realizados sobre el tema y algunos apuntes sobre derecho comparado. Se empezará por analizar de manera general las características de los procesos declarativos para luego adentrarse en el proceso monitorio con sus características y finalidad, dando paso a un estudio de la conciliación centrándose en esta como requisito de procedibilidad para finalizar con una síntesis en la cual se expondrán las conclusiones y proposiciones pertinentes.

1. EL PROCESO DECLARATIVO

- Distinción entre el proceso declarativo y el ejecutivo

En la legislación civil existen dos principales clases de procesos, los cuales persiguen fines diferentes dependiendo si lo que se busca es declarar un derecho o si lo que se pretende es hacer cumplir el derecho declarado o constituido con anterioridad. El proceso ejecutivo tiene como finalidad que el acreedor mediante un título ejecutivo claro, expreso y exigible pueda requerir del deudor el cumplimiento de la obligación por medio de un pronunciamiento judicial¹. De lo anterior se desprende que el requisito indispensable para incoar este proceso es la existencia de un título ejecutivo que contenga un derecho ya declarado o concebido.

Ahora bien existen situaciones jurídicas en las cuales no existe la certeza del derecho reclamado y que hace imposible iniciar un proceso ejecutivo por no existir un título constituido, por lo cual quien pretenda la declaratoria del derecho debe instaurar un proceso, en el cual se surten unas etapas diferentes al relacionado en el párrafo

¹ MORA R. NELSON Procesos de Ejecución 1980, Tomo I Bogotá, Editorial Temis pág. 137 “...es la actividad procesal jurídicamente regulada, mediante la cual el acreedor, fundándose en la existencia de un título documental que hace plena prueba contra el deudor, demanda la tutela del órgano jurisdiccional del Estado a fin de que este coercitivamente obligue al deudor al cumplimiento de una obligación”.

anterior. Corolario con lo expuesto, la legislación colombiana instituye los procesos declarativos².

- **Características del proceso declarativo**

Al igual que los demás procesos, este cuenta con unas características específicas que permiten determinar la teleología de este.

- a) **De carácter contencioso.** Al no existir la certeza del derecho reclamado, se da en un alto grado la posibilidad que exista contienda entre las partes que integran la litis, pues estas pueden tener distinta posición frente al objeto en litigio.
- b) **El pronunciamiento es declarativo.** Se busca la declaración del juzgador sobre un derecho incierto y discutible, del cual no existe certeza, y puede ser:

Puro	Constitutivo	De condena
La sentencia que pone fin al proceso crea una situación jurídica nueva, la cual no existía hasta antes de la providencia, la cual tiene como elemento característico efectos ex nunc.	La sentencia modifica una realidad jurídica que ya existe la cual producía unos efectos anteriores al pronunciamiento, cuenta con efectos ex nunc.	Cuando la sentencia tiene efectos condenatorios hacia el futuro que constituye una obligación clara expresa y exigible ³

- c) **Cuenta con unas fases determinadas.** Pues la misma ley las determina y supedita a este todo trámite que no cuente con uno especial. Estas fases se determinan de la siguiente manera:

² PARRA QUIJANO J. Derecho Procesal Civil, parte especial 1995, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.”...el legislador ha considerado que las pretensiones de conocimiento deben gozar de un procedimiento que sea capaz de permitir despacharlas sin demoras excesivas, pero sin apresuramiento. Los términos son suficientes no tanto por su duración, sino por el aprovechamiento que se haga en profundidad de los mismos...”

³ PELAEZ HERNANDEZ R. Elementos Teóricos del Proceso. Tomo II parte especial, Bogotá 2012, ediciones Doctrina y Ley LTDA.

Introducción	Discusión	Decisión
Demanda (legitimación por activa) y contestación (legitimación por pasiva)	-Fase probatoria -Fase de alegatos	Pronunciamiento que pone fin al proceso.

Estructura del proceso declarativo en el Código General del Proceso

a) Fase introductoria

Escrituralidad:

Demanda	Contestación.
Acto con el cual se da inicio al proceso, pues el medio por el cual el accionante pone en conocimiento del fallador las razones, pruebas y pretensiones que fundamentan su posición. De este escrito se desprenden otras actuaciones procesales antes de llegar a la siguiente etapa como el auto admisorio de la demanda y de ser admitida la posterior notificación al accionado.	Mediante este acto, el accionado tiene la posibilidad de exponer las razones y pruebas en su defensa. No obstante, el demandado también puede ejercer otros derechos durante el traslado de la demanda, como el allanarse, formular demanda de reconvenición, guardar silencio entre otros.

b) Fase de discusión

Oralidad

Audiencia inicial (art. 372 CGP)

Conciliación	Saneamiento	Decisión de excepciones previas.
El juez de conocimiento procura terminar el proceso intentando fórmulas de arreglo.	Facultad del juez para eliminar todos los posibles vicios y nulidades que puedan afectar el trámite y las resultas del proceso.	Se resuelven las excepciones que requieren practica de pruebas.

Fijación del litigio.	Interrogatorios de parte.	Decreto de pruebas.
En esta fase las partes son requeridas por el juez para que manifiesten su acuerdo o desacuerdo sobre los hechos planteados en la demanda y aclaren o precisen las pretensiones y correlativas excepciones de fondo, con el fin de delimitar el objeto del litigio.	Con el fin de establecer condiciones de tiempo, modo y lugar en los cuales sucedieron los hechos, el juez interroga de manera exhaustiva a las partes intervinientes en el proceso.	El juez decretara las pruebas solicitadas por ambas partes y decretara de oficio las que a su juicio considere pertinentes para esclarecer y determinar los hechos que fundan las pretensiones y las excepciones.

Audiencia de instrucción y juzgamiento (art. 373 del CGP)

Practica de pruebas	Alegatos de conclusión
En esta etapa procesal el juez practica los testimonios solicitados por las partes integrantes del litigio, tanto testigos de los hechos como auxiliares de la justicia que puedan coadyuvar la posición de cualquiera de las partes y a formar la tesis del juez frente a la eventual sentencia.	Última etapa procesal antes de la sentencia, donde las partes intervinientes exponen de manera clara y precisa los argumentos jurídicos y facticos para crear convencimiento en el juez.

c) Fase decisoria

Oralidad.

Audiencia de instrucción y juzgamiento (art. 373 del CGP)

Sentencia

Medio por el cual el juez comunica la decisión final del proceso incoado, declarando o negando el derecho invocado.

Es importante el análisis realizado al proceso declarativo para la presente ponencia, dado que el proceso Monitorio en la legislación colombiana fue ubicado dentro de los llamados procesos declarativos especiales, suprimiéndose algunas etapas, actuaciones y figuras jurídicas que pudiesen hacer más célere el nuevo proceso. Hechos que motivan a este grupo de investigación a indagar si al momento de eliminar estos aspectos propios de un proceso declarativo, se le brindan iguales garantías a las partes que acuden al proceso monitoreo. Adicionalmente, estableceremos si el requisito de procedibilidad establecido por la ley 640 de 2001, para los procesos declarativos puede permear este trámite especial.

2. El proceso monitorio

La sentida necesidad en la legislación Colombiana por una justicia más ágil y con la finalidad de descongestionar los despachos judiciales y proporcionar una tutela jurisdiccional efectiva, aunado a la pérdida de confianza en el sistema judicial por su lentitud e ineficiencia, ha llevado al legislador a implementar un procedimiento simplificado para la constitución de títulos de ejecución de manera célere y eficaz.

Las últimas reformas procedimentales han dado desarrollo a lo establecido por la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 4 de la Ley 270 de 1996⁴ Estatutaria de

⁴ Artículo 4. Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias

la Administración de Justicia, así, desde la expedición de la ley 1395 de 2010, se ha procurado la homogenización de los procedimientos y con el actual estatuto procesal se consolida dicha unificación, se moderniza, se flexibiliza y se instituye la duración razonable del proceso.

Por la misma teleología del CGP el legislador introdujo nuevas atribuciones a particulares y entidades públicas, pero aunado a lo anterior concibió un trámite especial, para someter a la jurisdicción las controversias surgidas de obligaciones dinerarias, con unos elementos especiales y prescindiendo de algunos requisitos formales de los demás procesos declarativos.

El proceso Monitorio, adoptado como un trámite especial de los procesos declarativos dentro de nuestro ordenamiento, se instituye para trámites de única instancia, con una estructura flexible, por cuanto abandona los requisitos tradicionales la demanda, así como los rituales procedimentales, y su fin es resolver confrontaciones de carácter jurídico que emanen de una relación contractual y de contenido dinerario. Este proceso no ejecuta al deudor, ni hace exigible un título, al contrario, gestiona su constitución, por lo cual al momento de iniciar el trámite son viables las medidas cautelares de los procesos declarativos y después de obtener pronunciamiento por parte de la autoridad judicial (con el título constituido) se puede solicitar las medidas cautelares que le son propias a los procesos ejecutivos⁵, el contradictorio solo se integra si el deudor se opone a lo reclamado⁶.

orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos. Parágrafo Transitorio. Autorizarse al Gobierno Nacional para que durante los próximos cuatro años incluya en el presupuesto de rentas y gastos una partida equivalente hasta el 0.5% del Producto Interno Bruto de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos, para desarrollar gradualmente la oralidad en todos los procesos judiciales que determine la ley y para la ejecución de los planes de descongestión.

⁵ PICO I JUNOY J. El Proceso Monitorio una Visión Española y Europea de la Tutela Rápida del Crédito. 2011 www.icdp.org.co El proceso monitorio es un proceso declarativo plenario especial caracterizado por la inversión del contradictorio:

- a) Es un proceso declarativo porque su finalidad es la obtención de un título de ejecución;
- b) Es un proceso plenario porque la resolución que le pone fin, en caso de incomparecencia del deudor, produce plenos efectos de cosa juzgada;
- c) Es especial por su ámbito material, pues sirve para la tutela del crédito hasta 250.000 euros;
- d) Se caracteriza por la inversión del contradictorio, pues este solo en la medida en que haya oposición del deudor, en cuyo caso, obliga al actor a interponer una demanda (o, en el caso de reclamaciones inferiores a 6.000 euros a celebrar la vista del juicio verbal).

En consecuencias no estamos ante un proceso especial de ejecución, o con predominante función ejecutiva, como mantiene cierta doctrina. A pesar de que el juicio monitorio origina automáticamente

- **Teleología del proceso monitorio.**

La finalidad del proceso monitorio se enmarca en 3 puntos básicos que de la misma forma lo caracterizan como un procedimiento especial de tutela rápida y efectiva de derechos de los acreedores, en primer lugar crea una institución de tutela efectiva y ágil para la reclamación de acreencias dinerarias de mínima cuantía; en segundo lugar facilita la constitución de títulos ejecutivos de manera rápida, ya que si el deudor no comparece da vía libre para que se constituya el título y se pueda ejecutar al deudor y en tercer lugar busca ser un mecanismo alternativo a los demás procesos declarativos existentes en el ordenamiento jurídico, con menos exigencias lo cual hace que se tenga sentencia en el menor tiempo posible.

Características generales del proceso monitorio

Según lo planteado hasta el momento, el proceso Monitorio surge y se introduce en el ordenamiento jurídico Colombiano como un proceso declarativo especial, el cual cuenta con unos elementos característicos que lo hacen diferenciarse de los demás procedimientos que componen el Código General del Proceso. Ahora se enunciará de manera concreta algunas características generales que lo integran:

Por disposición del párrafo del artículo 421 de la ley 1564 de 2012 se eliminan de este trámite algunas etapas procesales y limita el ejercicio de algunos derechos de sus interviniente a fin de concebir un trámite ágil y expedito, garantizando la utilidad, viabilidad y eficacia de este procedimiento. Sustentado en la potestad de “configuración normativa del legislador para establecer modelos de procedimiento”, teniendo en cuenta la finalidad de este proceso se prohíbe la notificación por aviso, el emplazamiento del demandado, el nombramiento de curador ad litem, la intervención de terceros y la demanda de reconvencción.

De otro lado, la única forma de integrar el contradictorio es a través de la notificación personal al presunto deudor, lo que a consideración de este semillero de

un requerimiento de pago al deudor, lo que induce a pensar en un juicio de naturaleza ejecutiva, lo cierto es que a través del proceso monitorio se obtiene –y no se ejecuta– un título ejecutivo (a saber, el decreto del secretario judicial).

⁶ Art. 419 del CGP. Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este capítulo..

investigación, constituye una grave dificultad en la consecución de la finalidad del proceso monitorio para el demandante, pues podría resultar efímero la notificación al deudor renuente, pues a través de este trámite se quiere que el acreedor de una obligación dineraria atienda el requerimiento y pague, o que no comparezca para que se constituya el respectivo título. Pero ¿qué pasa si el deudor se muestra rebelde a asistir a la diligencia de notificación personal?, se estaría perdiendo los elementos de agilidad y celeridad del proceso pues el accionante no tendría forma de hacerlo comparecer quedando el proceso suspendido, encontrando el operador jurídico más garantías en un proceso declarativo tradicional que no le imponga una barrera para iniciar la acción.

Así, el proceso Monitorio se instituye como un mecanismo por el cual se puedan resolver controversias de naturaleza contractual que versen sobre obligaciones dinerarias de una forma ágil, accediendo a través de una demanda de una estructura flexible y un trámite simplificado de acuerdo a lo relacionado anteriormente. Es pertinente aclarar que el legislador no está limitando el sometimiento de toda controversia de naturaleza contractual a este trámite, pues es facultativo del accionante si impetra la demanda a través del proceso Monitorio o un proceso verbal sumario, y esto encuentra fundamento en que si en el proceso Monitorio se presenta oposición por parte del demandado se tramita de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 390 del Código general del proceso.

En cuanto al fin de la conciliación es indudable que busca darle solución a una controversia mediante un acuerdo que de lograrse, prestara merito ejecutivo, es decir idéntica finalidad a la buscada con el trámite del proceso monitorio. Este semillero de investigación considera más acertado el fortalecimiento de este método alternativo de solución de conflicto e innecesario la implementación de un mecanismo que brinda inferiores garantías procesales a sus participantes.

Dada la finalidad del proceso monitorio que es la constitución del título ejecutivo se plantea que en la legislación colombiana a través de la conciliación también se cumple con este propósito.

- Inversión de la carga de la prueba.

En este breve procedimiento se hace una inversión de la carga probatoria, pues según lo estipulado en el inciso 2° del numeral sexto del artículo 420 de la ley 1564 de 2012 el demandante tiene tres opciones (I) aportar los documentos que soporten los

dineros adeudados (II) señalar donde se encuentran si no se aportan y (III) de no tenerlos o no saber dónde se encuentran prestar juramento de que no existen soportes documentales, en últimas el demandante no está sujeto a probar la obligación dineraria, transmitiendo la carga probatoria al demandado el cual al momento de ejercer oposición debe allegar las pruebas que desvirtúen lo pretendido por el demandante. En este sentido se evidencia una desigualdad procesal entre las partes, toda vez que si el demandante no está obligado a aportar pruebas de la obligación dineraria, el presunto deudor para exonerarse del pago de la misma si debe hacer uso de los medios probatorios para demostrar la inexistencia de la obligación.

Ahora bien el principio de la carga dinámica de la prueba presupone el hecho que quien debe probar es quien se encuentre en mayor posibilidad de hacerlo en el proceso⁷, en este sentido y para el caso que se analiza la posición que se toma por parte de quienes construyen la presente ponencia es que no sería viable determinar que el deudor es quien este llamado a probar la inexistencia de la obligación, pues si hacemos aplicación del principio dinámico de la prueba, el que está en mayor posibilidad de probar es el demandante, en el entendido que este es quien aduce la obligación debida y debería tener y aportar las pruebas que lo soporten. En este sentido se plantea el hecho que el legislador impuso una carga probatoria poco igualitaria a las partes que interviene en el proceso, al solo obligar al legitimado por pasiva a probar dentro de este proceso inicialmente. Para soportar esta tesis en el proceso monitorio español no es suficiente el mero juramento por el cual el acreedor de la obligación manifiesta que no tiene en su poder documentos que soporten lo adeudado por el deudor, pues le exige para iniciar la acción por lo menos un documento que de algún indicio de que la obligación existe⁸.

⁷ ROJAS GOMEZ M. Código General del Proceso pág. 312 “ Ciertamente el precepto permite la movilidad de la carga de la prueba al autorizar al juez para distribuirla de otra manera que en las circunstancias concretas

de cada caso se muestre más equilibrada, de modo que el esclarecimiento de cada hecho corresponda a la parte que se encuentre en condiciones más favorables para hacerlo, sin importar el interés que tenga en él”.

⁸PICO I JUNOY J. El Proceso Monitorio una Visión Española y Europea de la Tutela Rápida del Crédito. pag. 7 2011 www.icdp.org.co “los documento que sirven para iniciar el proceso monitorio están previstos en el art. 812 de la LEC. Según esta norma, la deuda debe acreditarse mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor; o mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax u otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que parezca existente entre acreedor y deudor. Además, en estos casos, junto al documento en que conste la deuda pueden aportarse documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera”.

- **No contestación de la demanda o la no comparecencia del deudor notificado constituye sentencia condenatoria**

El CGP estipula en su artículo 421 que si el deudor “notificado” no argumenta las razones que le asisten para no reconocer ni pagar la obligación, o no comparece al proceso el paso a seguir será la promulgación de sentencia condenatoria, la cual no admite recurso alguno y da vía a la ejecución. Cabe resaltar y enunciar lo preceptuado en el inciso 3 del numeral 3 del artículo 291 del CGP que consagra que la comunicación por la cual se requiere al deudor para notificarse personalmente sobre el proceso en su contra puede ser entregada en recepciones de unidades inmobiliarias cerradas, podría imponer otra limitante al accionante a la hora de querer hacer efectivo el cobro de la obligación debida, pues al ser entregada a un tercero ajeno a un proceso no garantiza que esta sea entregada de manera efectiva al accionado y menos aun dentro del término oportuno para ejercer su derecho de defensa. Así las cosas se podría plantearse la hipótesis que este no encontraría el medio para ser llamado a comparecer ante el despacho judicial que conoce el caso y por ende seguiría presentándose la misma problemática enunciada en las características anteriores que el acreedor seguiría con un proceso suspendido que no le permitiría realizar el cobro de la prestación económica debida.

- **Mecanismo célere de constitución de un título**

Se puede inferir que este proceso busca un mecanismo célere por el cual se pueda constituir un título que de paso a una posterior ejecución del deudor, pues al eliminar requisitos propios de los demás procesos judiciales se crea un procedimiento ágil que pueda satisfacer las pretensiones del accionante en el menor tiempo posible. No obstante a lo anterior se puede plantear la posibilidad que el trámite previsto para el proceso estudiado al omitir etapas y figuras jurídicas en pro de un proceso rápido, quede reducido a un proceso sin norte alguno si el demandado es renuente a la notificación personal, y por el contrario este medio de constitución célere de un título se encasillaría en un proceso que imposibilitado para conformar el título y por ende satisfacer las necesidades del acreedor, lo cual conllevaría de igual forma a que el acreedor deba iniciar otro tipo de proceso declarativo diferente en el que si pueda hacer comparecer al deudor o se le pueda nombrar un curador ad litem, figura excluida del trámite del proceso monitorio.

- **Efectos de la sentencia proferida**

La sentencia proferida en este proceso se reviste de tres elementos esenciales, tales como

- Presta merito ejecutivo. Al proferirse la sentencia condenatoria el accionante queda en la posibilidad de solicitar la ejecución del demandado, ya que se constituye el título de la obligación dineraria.
- Hace tránsito a cosa juzgada. Ya que no se permite volver a discutir sobre los mismos hechos y las mismas razones que argumentaron la demanda.
- No admite recurso. En virtud del punto anterior y de ser un proceso de única instancia.

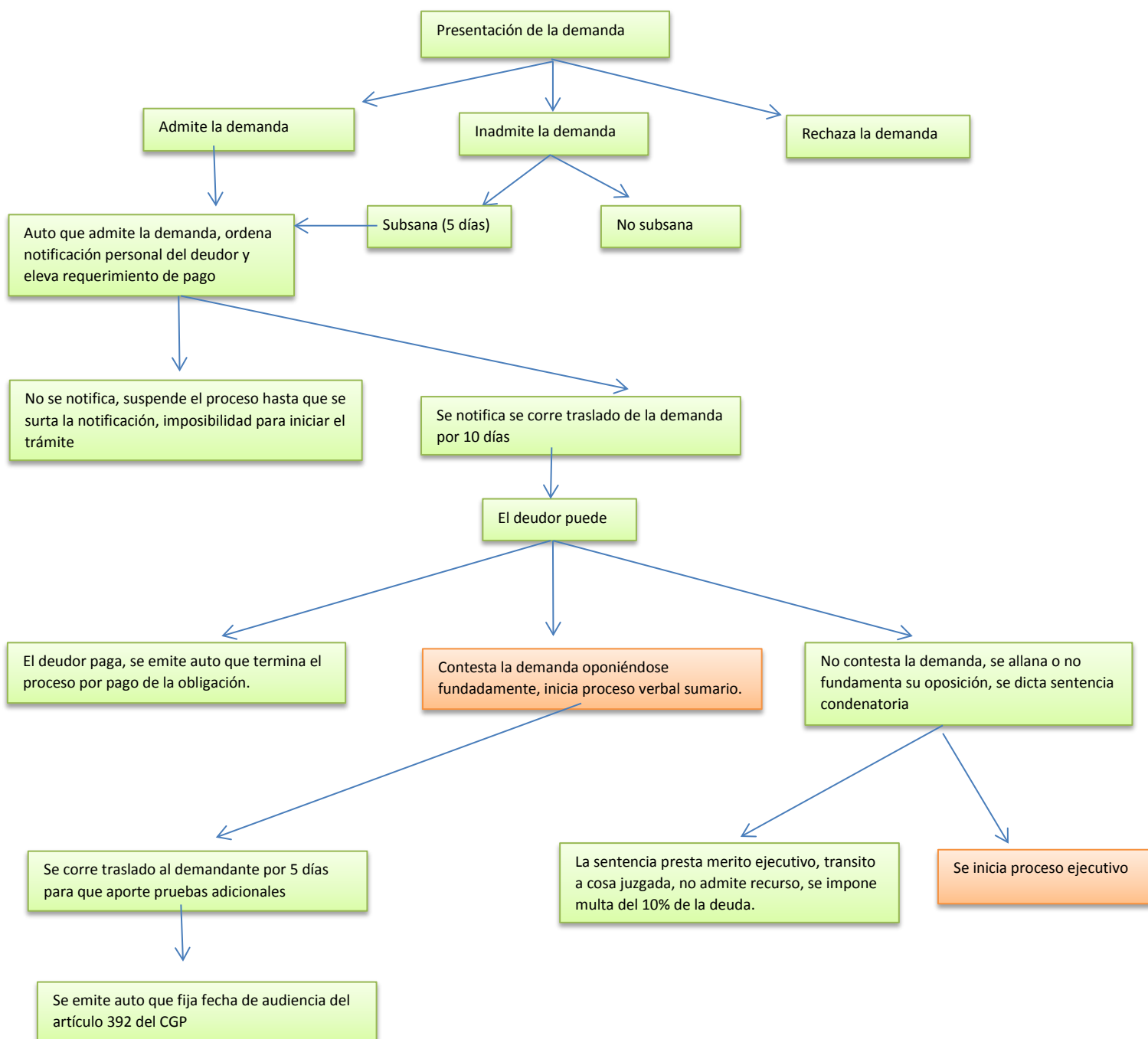
Por tramitarse por el procedimiento verbal sumario al momento de que se presente oposición el deudor, este proceso no admite recurso alguno. Además de esto el CGP trae consigo una multa para el deudor que se oponga infundadamente y resulte ser condenado, pero también trae consigo una multa frente al acreedor si el deudor resulta ser absuelto en el proceso. La multa impuesta al demandante podría generar tensión frente a la posibilidad que tiene este de no presentar prueba alguna que soporte la obligación dineraria debida, pues por un lado el legislador le está dando la potestad de no sustentar su pretensión con acervo probatorio tangible, sino con un juramento y según la sanción impuesta podría abocar este beneficio probatorio en contra del demandante a la hora que el juez en la valoración de lo allegado por el demandado y la sana crítica decida absolver al deudor arguyendo que la obligación dineraria no se encontró soportada por el demandante.

- **Tramite del proceso monitorio en Colombia**

Como se ha venido mencionando en el presente escrito, el proceso monitorio cuenta con unos requisitos especiales para el momento de ser incoado. Por este factor también se evidencia un trámite especial que se desarrolla de manera concentrada, el cual surte unas etapas mínimas y que dependiendo de la actitud que tome el deudor frente el auto que libra el requerimiento del pago, se pueden dar tres situaciones diferentes (I) que el deudor pague (II) que el deudor se oponga al pago (III) que el deudor notificado no realice ningún pronunciamiento ni actuación que haga presumir la oposición frente a lo pretendido por el accionante⁹.

⁹ LANOS TORRES X. TORRES MONTAÑO C. “La implementación del Proceso Monitorio en el Ordenamiento Procesal Civil Colombiano”. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá .2013

Esquema del trámite del proceso



Al observar las diferentes etapas que se surten en el proceso monitorio, se podría establecer que frente a las posibles actuaciones que puede realizar el deudor, este medio procedimental tendría una mera finalidad de instrumento de determinación del tipo de proceso a seguir frente al accionado, si un declarativo (cuando se ejerce oposición fundada) o un ejecutivo (cuando no se presenta oposición, por lo cual se pasa a analizar de manera más detallada esta problemática esta situación.

- **Si el deudor paga lo adeudado.** En este evento el juzgado emite un auto por pago de la obligación debida, caso en el cual se vería la efectividad del proceso monitorio pues con un mínimo de etapas que solo comprenden la admisión de la demanda, la notificación personal (única procedente en este proceso) y el traslado de 10 días se cumpliría la celeridad por la que propende y se lograría a satisfacción lo pretendido por el accionante. No obstante a lo anterior y a pesar de que se obtiene el pago de la obligación, y desde una visión objetiva del procedimiento en este evento no se estaría constituyendo un título ejecutivo materialmente, pues solo se estaría reconociendo y pagando una obligación por parte de un deudor a un acreedor sin llegar a una sentencia (la cual sería el título ejecutable)¹⁰, cabe preguntarse entonces ¿si no existe la necesidad de constituir el título ejecutivo para obtener el pago de la obligación dineraria, sería posible intentar desde una conciliación el reconocimiento y pago de esta? Para dar respuesta se seguirá analizando los demás ítems para ir consolidando el argumento para fundar la respuesta.
- **Si el deudor se opone al pago.** En este punto se pueden dar varias situaciones que ameritan ser analizadas con detenimiento; primero al presentarse la oposición esta debe ser fundamentada de manera tal que el accionado de presentar pruebas que demuestren la inexistencia parcial o total de la obligación o las razones del porque este no cuenta con la legitimación por pasiva, en otras palabras se invierte la carga de la prueba, de lo cual se habló y se emitió una primera premisa de conclusión que por principio de la carga dinámica de la prueba en este proceso debería ser llamado a aportar las pruebas el demandante, ya que es quien está en mayor posibilidad de hacerlo. Además de lo expuesto el

¹⁰ Art. 422 del CGP. “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.

La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero si la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”.

artículo 421 del CGP impone una multa al deudor que se oponga infundadamente y sea condenado, lo cual vuelve a demostrar la desigualdad del deudor frente al acreedor en el presente trámite, ya que a este último se le permite prestar juramento para aducir en el proceso que no cuentan con los documentos que soporten la obligación, pero a la parte accionada si se le impone de manera tácita fundar su oposición con las pruebas que demuestren que no existe ninguna obligación dineraria, sin que se le permita prestar juramento a la hora de oponerse.

En segundo lugar según lo previsto por el CGP al momento de presentarse la oposición “fundada”, ordena que se le debe dar trámite como un proceso verbal sumario en el cual se ordenara correr traslado por 5 días para que el demandante aporte nuevas pruebas. En este sentido se podría plantear el hecho que el proceso monitorio perdería su naturaleza a partir de este momento, pues pasaría a tramitarse como los demás procesos de cognición instituidos en el ordenamiento jurídico colombiano aplicándosele los mismos términos, etapas y demás actuaciones procesales. Es así como de nuevo queda en evidencia que el proceso monitorio solo tiene su carácter de proceso especial hasta el momento en que ocurra la situación descrita en el punto anterior, conllevando nuevamente a insistir en que el proceso monitorio solo estaría cumpliendo un carácter de requisito de procedibilidad antes de iniciar un proceso declarativo y se estaría creando solo un mecanismo alternativo a la conciliación pre judicial, la cual fue instituida por la ley 640 de 2001 como mecanismo alternativo de resolución de conflictos antes de llegar a la jurisdicción.

- **El deudor notificado no realiza ningún pronunciamiento ni actuación que haga presumir la oposición.** Al presentarse esta situación el juez de conocimiento pasa dictar sentencia condenatoria, evento en el cual si se constituye el título ejecutivo y el cual da luz verde a la ejecución del deudor. Nuevamente el proceso monitorio muta en un proceso diferente y pierde su característica de proceso especial. Surge entonces el planteamiento si el proceso monitorio si cumple una función determinante en el ordenamiento jurídico, o si solo se introduce como un mecanismo a “prevención” para constituir el título ejecutivo distinto a la conciliación prejudicial. De lo planteado hasta el momento se puede pensar que el fin del proceso monitorio en nuestra legislación es el de determinar cuál es la vía judicial adecuada para el demandante a la hora de reclamar la obligación dineraria debida, pues si se presenta la oposición se pasa un procedimiento verbal sumario para “declarar” a quien le asiste el derecho y si no se presenta esta oposición, se estaría dictando una sentencia que presta mérito ejecutivo, dando vía libre al accionante de instaurar un proceso por el cual pueda “ejecutar” al accionado.

Después de analizar los puntos anteriores respecto del trámite del proceso monitorio, se puede ir trazando el camino hacia las posibles conclusiones del presente trabajo por medio de premisas y análisis de las situaciones. Es así como se puede ir arguyendo que el proceso monitorio tiene una similitud especial en cuanto al fin con la conciliación por lo siguiente:

- Si el deudor paga lo adeudado en el proceso monitorio se termina la actuación como es lógico, al igual que en la conciliación prejudicial si el deudor paga a satisfacción la prestación dineraria debida, se termina esta actuación pre procesal y desaparece el objeto que pudo dar inicio a un proceso declarativo o ejecutivo según el caso.
- En cuanto a la constitución del título ejecutivo se puede observar que ambos mecanismos pueden constituirlo, pues si se acude a la audiencia de conciliación prejudicial el acta por la cual se concilia presta merito ejecutivo, con lo cual deja la posibilidad al convocante de iniciar el proceso ejecutivo en la medida en que el ejecutado no cumpla lo pactado; en igual sentido la sentencia en el proceso monitorio constituye el título ejecutable y da la posibilidad al acreedor de intentar el cobro ejecutivo contra el deudor.
- También estos dos mecanismos contemplan el trámite al momento en que no se constituya el título ejecutivo, primero la conciliación fallida le da el aval al acreedor que no pudo satisfacer sus pretensiones por medio de un acuerdo con el convocado para iniciar el proceso declarativo pertinente para el caso, en el cual logre el reconocimiento de su derecho alegado, igual pasa en el proceso monitorio al momento en que se presenta la oposición por parte del deudor, se pasa a un proceso declarativo para declarar si la obligación existe o no.

Ambos mecanismo cuentan con la misma teleología, solo que se tramitan por etapas distintas y momentos procesales diferentes pero siempre conllevaran a tres eventos extinguir la obligación por pago, constituir un título ejecutable ó desencadenar un proceso declarativo por el cual se pronuncie la jurisdicción sobre la existencia de la obligación. Ahora bien, los procesos declarativos en la legislación colombiana a excepción de los expresamente nombrados en la ley, deben agotar obligatoriamente como requisito de procedibilidad la audiencia de conciliación prejudicial para poder accionar el aparato judicial, encontrándose un vacío normativo frente al proceso monitorio, pues no se contempla expresamente si este debe agotarlo y de ser así, según lo estudiado en este escrito se estaría llevando a cabo dos veces un procedimiento con

la misma finalidad, ya que la conciliación prejudicial y el proceso en mención comparten elementos similares y persiguen el mismo objetivo. En tal sentido para continuar con el desarrollo se pasara a analizar la conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos y luego se estudiara como requisito de procedibilidad.

4. La conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos (MASC)

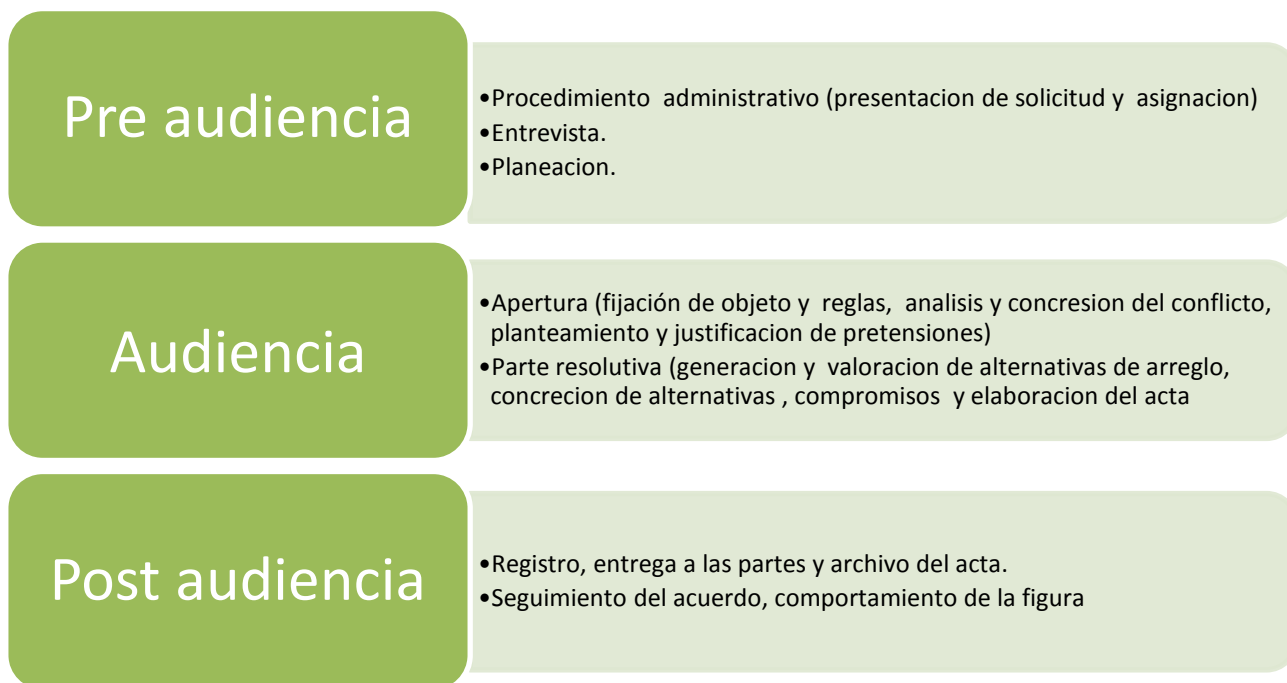
Con el fin encontrar medios paralelos para la resolución de las controversias que suscitaran entre los miembros de una sociedad, los Estados se vieron abocados a implementar procedimiento por los cuales las mismas partes intervinientes o con la ayuda de un tercero propusieran fórmulas para resolver los conflictos sin dar lugar al accionamiento de la jurisdicción, procedimientos fundados en principios de universalidad, reserva, economía, celeridad, intermediación, equidad e informalidad con plenos efectos legales. Entre estos se encuentra la conciliación, mecanismo por excelencia para la resolución de conflictos en Colombia, pues no solamente se presenta como un MASC sino que también se implementó como requisito de procedibilidad para incoar una acción. La ley 446 de 1998 desarrolla en nuestra legislación la conciliación y desde esta normativa se puede definir como medio por el cual 2 o más personas dirimen su diferencias por sí mismas o con la intervención de un tercero ajeno a la contienda y formado como conciliador¹¹.

Para que proceda la conciliación o en otras palabras los asuntos susceptibles de ser conciliados deben contar con estos tres elementos (I) transigibles, que el conflicto se pueda solucionar a través de arreglos de dinero, entrega de bienes o disposición de derechos, (II) desistibles, cuando la misma ley permite que con la posible solución del conflicto se pueda retirar una acción ya incoada o no se dé lugar a iniciar la acción por el arreglo llegado y (III) conciliable, cuando las partes en conflicto al disponer de sus bienes y derechos pueden llegar a una solución del conflicto presentado sin necesidad de incoar la acción¹².

¹¹ Art. 64 de la ley 446 de 1998. “*Definición*. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas las solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

¹² ROJAS GOMEZ M. Lecciones de Derecho Procesal Tomo II Procedimiento Civil. Quinta edición 2013 pag. 241. “ Hay que reconocer que la institución ha contado con bastante popularidad y con ambiente favorable en los estrados judiciales, hasta el punto de que algunos han hallado en la conciliación la fórmula mágica de solucionar los pleitos sin mayor esfuerzo mental y sin asumir la responsabilidad que implica la emisión de un fallo. De ahí el empeño mostrado en conseguir a todo

- Etapas del proceso conciliatorio



La conciliación en materia civil

La jurisdicción como es concebida en el ordenamiento jurídico es la potestad que tiene el Estado para administrar justicia¹³, y para el caso colombiano se cuenta con 4 tipos de jurisdicción la especial, la indígena, la contenciosa administrativa y la ordinaria, esta última subdividida en especialidades (laboral, penal, civil). En la jurisdicción ordinaria la conciliación procede de manera diferente, pues como se puede observar en materia laboral agotar la etapa pre judicial de conciliación no tiene carácter obligatorio, mientras que en la especialidad civil para algunos procesos es requisito de obligatoriedad agotar esta etapa antes de accionar la jurisdicción como se mencionó en

trance un arreglo entre las partes, sin importar que tanto se aproxima a una solución jurídica a equitativa, o en qué medida resultan protegidos los derechos de las personas.

¹³ COUTURE E. “*Vocabulario Jurídico*”, Bs. As. Argentina: Desalma, 1980, página 369. “la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución. ”

párrafos anteriores. Para este acápite del escrito se centrara la atención en la conciliación en materia civil concibiéndola frente al proceso estudiado.

En cuanto a los elementos constitutivos cuenta con un **objeto** de la conciliación en materia civil se circunscribe a las situaciones de contenido económico y patrimonial. En cuanto a los **sujetos** que intervienen en ella pueden ser personas naturales que actúen por si mismas o que estén en representación de una persona jurídica y por último el elemento **metodológico** que se refiere a las etapas y desarrollo del trámite de conciliación. Además de los requisitos generales que exige la conciliación, en materia civil se cuenta con unos requisitos específicos los cuales se enuncian a continuación:

- Debe versar sobre controversias jurídicas de tipo patrimonial o económico.
- Referirse a situaciones donde medie el principio de la autonomía de la voluntad privada como los negocios jurídicos y los contratos o los tipos de responsabilidad civil.
- Que las relaciones no sean de carácter sucesoral o de familia.
- Que reúna los requisitos generales de la conciliación que el asunto sea conciliable, desistible y transigible.
- Que no exista prohibición legal para ser objeto de conciliación, asuntos como el estado civil, los derechos patrimoniales personalísimos, derechos morales pertenecientes a la propiedad intelectual entre otros no son objeto de la conciliación.

En el ámbito jurídico existen dos clases de conciliación la judicial y la extra judicial esta última se puede dividir en extra procesal y prejudicial división que tiene un distinción gramatical pero que al final ambas son por fuera del proceso. Para el caso que ocupa la atención se centrara el análisis en la prejudicial.

La conciliación preprocesal o prejudicial surge como un mecanismo por el cual las partes lleguen a un acuerdo motivado por estas misma con la intervención de un tercero (adecuándose a lo estudiado hasta el momento) pero que se realiza en un tiempo determinado antes de que se ponga en funcionamiento el aparato jurisdiccional. Esta etapa se puede dar por dos situaciones concreta porque la ley lo exija o porque el convocante sin requerimiento de la ley considere que es una forma más práctica de intentar satisfacer lo pretendido sin abocarse a un inminente proceso judicial. Ahora bien de acuerdo a la finalidad que tiene este MASC y lo estudiado del proceso monitorio se podría volver a retomar lo planteado en el presente documento en la parte final del capítulo II, pues se estaría evidenciando que es un mecanismo que permite constituir el título ejecutivo mediante el acta de conciliación o da vía para que se inicie el respectivo proceso declarativo, al igual como sucede en el proceso monitorio que dependiendo de cómo se comporte el accionado se constituya un título ejecutable y el monitorio mute en un proceso ejecutivo o se presente la oposición y se pase a un proceso declarativo para determinar la existencia de la obligación.

Luego de haber estudiado los elementos propios de la conciliación tanto los de forma general como los de forma específica en materia civil, se continúa con el análisis de un requisito procesal sin el cual es imposible incoar algunos procesos, y que para el concepto de este semillero el proceso monitorio debe cumplir con este requisito antes de que se pueda instaurar la acción, requisito enunciado como la conciliación prejudicial.

La conciliación judicial

Hay que destacar que la obligatoriedad de la conciliación judicial ha quedado relegada en todos aquellos procesos en los que la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción civil y de familia de acuerdo con lo que se estudió de las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001, porque intentada esta de manera extrajudicial, ya no es necesario agotar esa etapa en el proceso. Pero ello no significa, ni mucho menos, que no tenga lugar agotar la etapa conciliatoria de carácter judicial de que trata la audiencia del 372 del CGP ya que, como veremos, en ella se surte por mandato de este artículo nuevamente la conciliación pero ya de carácter judicial.

- Procedencia de la audiencia

La audiencia de conciliación judicial prevista en el artículo 372 del CGP no es la misma extraprocesal a que se refieren aquellas normas especiales, tiene cabida en los procesos declarativos, salvo norma en contrario. De manera que en los procesos que no tengan esta regulación (jurisdicción voluntaria, divisorios, deslindes, ejecutivos, de liquidación, etc.) no se aplica esta especial audiencia. Fue precisamente por ello que el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001, previeron la posibilidad de conciliación judicial en los primeros dos eventos, y extrajudicial en el último, para todo asunto que fuera transigible, aun cuando no se trate de un trámite declarativo.

- Momento para realizarla

La etapa conciliatoria debe tener lugar dentro del trámite de la audiencia contenida en el artículo 372 del CGP, por remisión que hace el artículo 392 de la misma codificación, después de que el juez se haya pronunciado sobre las excepciones previas que se hayan propuesto por la parte demandando, para proseguir con las demás etapas que se deben surtir en esta diligencia. El auto que señala la fecha de la audiencia debe indicar las consecuencias de la inasistencia, además la notificación de la realización de esta se surte mediante notificación por estado.

- Asistencia de las partes y excusas

El espíritu de la norma, como se ha conservado posteriormente con los decretos y leyes citados, es que sean las partes las que acudan directamente ante el juez para procurar un arreglo de sus diferencias anticipado a la sentencia. Eso explica que el artículo 372 del CGP prevé esta situación y estipule unas consecuencias para la inasistencia injustificada de las partes. Aunque estas consecuencias no son absolutas, pues la misma normativa le da la posibilidad de justificar la inasistencia con prueba siquiera sumaria de una justa causa. No se trata propiamente de una audiencia de conciliación sino de dirección del proceso, tanto que si ya se ha intentado aquella esa etapa de la audiencia puede darse por superada, sin perjuicio de que el juez procure allí acercar a las partes para transigir su litigio. En caso que las partes no puedan asistir a la audiencia pueden conferir poder a sus apoderados para que los representen en esta etapa conciliatoria.

Quiere significar lo dicho que siempre que por alguna causa se le imposibilite a la parte asistir a la audiencia, debe justificarlo ante el juez para evitar las sanciones que la misma ley prevé en caso de no hacer presencia y tampoco excusarse en debida forma igual sanción económica se le impone al apoderado o al curador que sin una excusa justificada no hagan presencia en la audiencia.

La conciliación como requisito de procedibilidad en materia civil.

La conciliación que fue desarrollada por la ley 446 de 1998 se instituyó en principio como un mecanismo alternativo por el cual las partes lograran dirimir sus diferencias con la ayuda de un tercero sin acudir a la jurisdicción. No obstante, la congestión de los despachos judiciales y los beneficios prestados por los MASC frente a las partes y a la jurisdicción hizo que el legislador instituyera un nuevo requisito previo antes de intentar una reclamación judicial instituyendo la conciliación como requisito de procedibilidad.

Es así como la ley 640 de 2001 desarrolla este requisito a partir de su artículo 35¹⁴ imponiendo la carga al demandante que para poder accionar el aparato

¹⁴ Art. 35 de la ley 640 de 2001. ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad. Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración. El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación. Con todo, podrá acudir directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero. Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley

PARÁGRAFO 1o. Cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura. PARÁGRAFO 2o. En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación.

PARÁGRAFO 3o. En los asuntos contenciosos administrativos, antes de convocar la audiencia, el procurador judicial verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en el reglamento. En caso de incumplimiento, el procurador, por auto, indicará al solicitante los defectos que debe subsanar, para lo cual concederá un término de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente a la notificación del auto, advirtiéndole que vencido este término, sin que se hayan subsanado, se entenderá que desiste de la solicitud y se tendrá por no presentada. La corrección deberá presentarse con la

jurisdiccional debe agotar la etapa conciliatoria prejudicial como mecanismo por el cual las partes llegaran a una solución del conflicto por medio fórmulas de arreglo propuestas por ellas mismas o por el tercero facilitador del proceso (conciliador). Pero este requisito de procedibilidad se exceptuó de algunas especialidades de la jurisdicción ordinaria como la laboral y en materia civil se supedito este solo a los procesos declarativos con excepción de los mencionados en el artículo 38 de la misma normativa¹⁵ los cuales son los de *expropiación, divisorios y cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas*. Respecto del proceso monitorio, no existe claridad sobre esta exigencia, pues ni lo concibe el articulado que lo contempla en C.G.P. ni en la reforma introducida por la ley 1564 de 2012 a la ley 640 de 2001 se aclara sobre su exigibilidad como requisito de procedibilidad.

Existe la posibilidad de impetrar la demanda sin agotar el requisito de procedibilidad cuando (I) se soliciten y practiquen medidas cautelares en la demanda que se incoa¹⁶, (II) si pasados 3 meses después de presentada la solicitud de conciliación ha sido imposible llevar a cabo la audiencia de conciliación y (III) se trate de demandados indeterminados como se enuncio en párrafos antecesores. Es así como se enumera los procesos y situaciones que se exceptúan de cumplir con el requisito de procedibilidad y cabe reseñar que el legislador al momento de introducir el proceso monitorio como un declarativo especial, no hizo pronunciamiento alguno si este proceso estaba exceptuado del agotamiento de la etapa conciliatoria antes de incoar la acción, pues el artículo 38 de la ley 640 de 2001 que fue reformado por el artículo 621 de la ley 1564 de 2012, no menciona el proceso monitorio entre los que se encuentran inmersos en la excepción, lo cual haría presumir que este proceso declarativo especial se encuentra supeditado a agotar esta etapa pre procesal

Conclusiones

constancia de recibida por el convocado. Contra el auto que ordena subsanar la solicitud de conciliación sólo procede el recurso de reposición.

¹⁵ Art. 38 de la ley 640 de 2001 “REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS CIVILES. Si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados. PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso”.

¹⁶ ROJAS GOMEZ M. Lecciones de Derecho Procesal Tomo II Procedimiento Civil. Quinta Edición. Escuela de Actualización Jurídica. 2013. Pag. 249 “adicionalmente, tal vez no sobre reiterar que como es innecesario agotar el intento de conciliación para acudir al juez cuando se solicite la práctica de medidas cautelares (CGP, art. 590 par. 1°), y estas caben prácticamente en todos los procesos declarativos, seguramente no subsistan muchos casos en los que sea exigible dicho intento”.

El proceso monitorio el cual fue introducido en el ordenamiento jurídico colombiano como un trámite llamado a ser innovador para el reconocimiento y pago de acreencias de naturaleza contractual y de contenido dinerario, puede plantearse que en su esencia y para nuestra legislación no es algo nuevo pues ya se contaba con un mecanismo que hace las veces del proceso monitorio en virtud de la conciliación como requisito de procedibilidad que emana desde el artículo 35 y 38 de la ley 640 de 2001 y se plantea lo anterior que ambos procedimientos tienen la misma finalidad considerando las siguientes situaciones:

- **Si el deudor satisface la obligación dineraria.** En el proceso monitorio al realizarse el pago de la obligación este se termina por satisfacer lo pretendido, igual pasa en la tapa conciliatoria, pues en el desarrollo de esta el convocado puede proponer el pago de la acreencia la cual queda contenida en el acta final y ya no habría lugar a incoar una acción.
- **Si el deudor se opone a lo pretendido por el accionante.** En este evento el proceso monitorio pasa a ser tramitado como un verbal sumario con el fin de que el juez se pronuncie sobre la existencia de la obligación dineraria, en pocas palabras en esta situación el proceso monitorio estaría surtiendo las veces etapa previa para que el accionante pueda incoar la acción declarativa; iguales efectos se evidencian en la conciliación como requisito de procedibilidad pues al momento de no llegarse a un acuerdo entre el convocado y el convocante, este último queda en la posibilidad de iniciar la acción declarativa por la cual se le reconozca y se le cancele la obligación debida a su favor, en este punto se observa que los dos procedimientos cumplen la función de etapa previa para dar inicio al proceso de cognición, solo varía la forma en cómo se llega a ella.
- **Si el deudor notificado no presenta oposición fundada o no contesta la demanda.** El proceso monitorio tiene como uno de sus fines procesales la constitución de un título ejecutivo para el acreedor que no cuenta con él, para lo cual dispone la normativa que regula el procedimiento que en el evento en que el deudor que ha sido notificado personalmente en debida forma no presente oposición o no conteste la demanda monitoria, se le dictara sentencia condenatoria y quedara el accionante en la posibilidad de iniciar el respectivo proceso ejecutivo. Ahora bien la conciliación también puede terminar en la concreción de un título ejecutivo, pues el acta por la cual se suscriben los acuerdos a los cuales llegan las partes, presta merito ejecutivo y en caso de incumplimiento puede la parte cumplida hacer exigible el cumplimiento mediante la ejecución. Nuevamente se muestra que la finalidad de ambas

figuras del ordenamiento en lo atinente al procedimiento cumple la misma misión.

Con el análisis de las situaciones descritas se puede concluir que la conciliación puede cumplir con la misma finalidad perseguida por el nuevo proceso instituido en el régimen procesal civil, la constitución del título ejecutivo o la posibilidad de iniciar el respectivo proceso declarativo. En últimas el proceso monitorio cumpliría la función de etapa previa para determinar por cual vía optar para dirimir la controversia tomando en cuenta que si se constituye el título ejecutable el camino a seguir sería el proceso de ejecución y en caso contrario el proceso de cognición. Misión que también puede cumplir la conciliación.

En cuanto al requisito de procedibilidad de que trata el artículo 35 y siguientes de la ley 640 de 2001, el legislador no manifestó en ningún aparte de la norma procesal que regula el proceso monitorio que este se encontrara exceptuado de agotar la etapa conciliatoria previa al accionamiento, lo cual hace suponer que antes de que el acreedor pretenda poner en conocimiento de la jurisdicción su controversia, deba primero convocar al deudor a una audiencia conciliatoria. No obstante a esto el acreedor estaría en la posibilidad de solicitar la práctica de medidas cautelares para obviar la etapa conciliatoria pero se le estaría imponiendo un nuevo requisito procesal para accionar, por ende el legislador debe entrar a pronunciarse sobre este hecho y de ser el caso que para impetrar la demanda monitoria se deba agotar lo preceptuado en el artículo 38 de la norma enunciada se perdería la característica de proceso ágil y eficaz para la consecución del pago de la obligación dineraria ya que se incrementarían los tiempos para llegar al fin del proceso.

Una de las finalidades que persigue la implementación de nuevos procesos en la legislación es la de proveer a la jurisdicción de agilidad y celeridad para la resolución de los conflictos y la descongestión de los despachos judiciales; pero contrario a esto se puede observar según lo analizado que el proceso monitorio puede ser un agente más de la congestión judicial, pues al ser un proceso tan flexible para incoar la acción, brinda la posibilidad que aumente en gran número la demanda de acciones judiciales que pretendan el reconocimiento y pago de una acreencia dineraria pasando de ser una solución a un problema mayúsculo que necesitaría una nueva solución.

No se encuentra la necesidad de haber implementado en la legislación colombiana un procedimiento que cumpla las mismas finalidades de la conciliación

prejudicial, pues se podría enfilar los esfuerzos a fortalecer la conciliación como único medio de control que garanticen la viabilidad de la acción posterior. Aportando a la discusión jurídica, se propone que se instaure una etapa conciliatoria, para que después de ser admitida la demanda el juez convoque al acreedor y a su deudor y de llegar a un acuerdo se constituya el respectivo título ejecutivo mediante el acta de conciliación, o de presentarse renuencia por el demandado para reconocer la obligación (se presente oposición) se dé trámite a la respectiva acción declarativa, en pocas palabras lo que se quiere sugerir es la creación de un trámite que supla el proceso monitorio en cuanto a su finalidad y que permita al acreedor establecer que medio procesal deba utilizar dependiendo de cómo finalice la etapa de conciliación, etapa que se surte después de haberse emitido el auto admisorio de la demanda .

Referencias bibliográficas

Doctrina

ALSINA, Hugo. Fundamentos de derecho procesal. Vol. 4. México: Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2001. (Serie Clásicos de la teoría general del proceso).

BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al proceso monitorio. Trabajo de grado Abogado. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena. Facultad de derecho y ciencias políticas, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Vol 4. México: Editorial Mexicana, 1997 .

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-726 de 2014 (24, Septiembre, 2014). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 419 y 421 de la Ley 1564 de 2012. “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”. Bogotá D.C.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código General del Proceso: Ley 1564 de 2012. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012. ISBN 978-958-575.

ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”. Elementos de práctica procesal: Modulo de formación autodirigida. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Elementos de juicio: Temas constitucionales/ José Gregorio Hernández Galindo. Tomo XIII (Septiembre 2009 –Febrero 2010). Bogotá: José Gregorio Hernández Galindo Publicaciones y Medios E.U, 2009-2010.. ISBN: 978-958-98201-2-4.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. La buena fe: el principio general en el derecho civil. España: Editorial Montecorvo, S.A., 1984.. ISBN 84-7111-197-7.

GÓMEZ OROZCO, José Alejandro. Introducción al proceso monitorio colombiano: Constitucionalización y oralidad del derecho civil. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2014. ISBN: 978-958-8757-56-8.

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Colombia: Universidad Libre, 2013. ISBN 2322-6560.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Trabajos escritos: presentación y referencias bibliográficas. Bogotá: ICONTEC, 2008. 23.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: La editorial ABC, 2000. ISBN 958-635-457-5.

PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón Antonio. Elementos Teóricos del Proceso: Parte especial. Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2012. ISBN 978-958-676-544-2.

PRIETO MONROY, Carlos Adolfo. Acerca del proceso ejecutivo. Generalidades y su legitimidad en el Estado Social de Derecho. En: Vía iuris. Enero- Junio, 2010, no 8. ISSN 1909-5759.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Bogotá: EDITORIAL LEYER, 2008. ISBN 978-958-711-379-2.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Código General del Proceso “Ley 1564 de 2012”- Comentado. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica – ESAJU, 2013. ISBN 978-958.57599-4-7.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal: Procedimiento Civil. Tomo II. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica - ESAJU, 2013. ISBN 978-958-57599-8-5.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal: Pruebas civiles. Tomo III. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica - ESAJU, 2015. ISBN 978-958-57599-8-5.

LA PROHIBICIÓN DE LA NOTIFICACIÓN POR AVISO EN EL PROCESO MONITORIO, UN OBSTÁCULO QUE PONE EN GRAVE RIESGO SU EFECTIVIDAD*

Semillero de Derecho procesa de la
Universidad Francisco de Paula Santander – Cúcuta**

*Cristian David Díaz Muñoz, Leidy Yulieth Carrillo Arango,
Juan Pablo Romero Navarro, Sindy Mileidy Sequeda Toscano,
Wendy Lorena Velázquez Rodríguez, Alejandra Fuentes Ceña,
Stefany Katerine Rodríguez, Dayana Villamizar Ortega,
Samuel Eduardo Becerra Bohórquez, Cesar Alejandro González Rivera*

Director del semillero: *Carlos Alberto Colmenares Ortiz*¹

Resumen

La tipificación del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico colombiano representa un avance en la real tutela del crédito en el país pero la Corte

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 10 de noviembre de 2016.

Para citar el artículo: DÍAZ MUÑOZ, Cristian; CARRILLO ARANGO, Leidy; ROMERO NAVARRO, Juan; et al. La prohibición de la notificación por aviso en el proceso monitorio, un obstáculo que pone en grave riesgo su efectividad. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 338-370.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Universidad Francisco de Paula Santander – Cúcuta.

¹ Coordinador de Semillero de Derecho Procesal y docente de la Universidad Francisco de Paula Santander. Abogado de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia.

Constitucional a través de una interpretación errónea, contradictoria y poco fundamentada de la norma que lo consagra prohibió en el marco del mismo la notificación por aviso lo que pone en grave riesgo su efectividad y practicidad al impedir que este proceso pueda nacer a la vida jurídica ante la eventual renuencia de los demandados a surtir la notificación personal que fue adoptada como única; por ello el Semillero de Investigación planteará dos propuestas que buscan dar solución a la problemática queriendo con ello dotar de total eficacia al proceso monitorio en Colombia.

Palabras clave: Proceso monitorio, notificación por aviso, tutela jurisdiccional efectiva, notificación personal, Corte Constitucional.

Abstract

The classification of the monitorio procedure in the Colombian legal system represents a real breakthrough in credit protection in the country but the Constitutional Court through an erroneous, contradictory and little based on the rule that forbade interpretation enshrined under the same the warning notice which seriously jeopardizes their effectiveness and practicality to prevent this process can be born to legal life to the eventual refusal of the defendants to fill the personal notification that was adopted as unique; so the Seed Research pose two proposals seeking a solution to the problem meaning thereby overall efficiency to provide payment procedure in Colombia.

Keywords: Monitorio procedure, notification notice, effective judicial protection, personal notification, Constitutional Court.

Introducción

La real tutela del crédito, es el fin que se propuso el legislador colombiano al haber implementado el Proceso Monitorio en el nuevo Código General del Proceso, ese ánimo de brindar una solución rápida a aquellas controversias que giran en torno a pequeñas deudas carentes de título ejecutivo nació ante la urgente necesidad por la cual atraviesa el Estado de mejorar el servicio de justicia buscando una adaptación real de las normas con los problemas que aquejan a la ciudadanía.

Si bien el proceso monitorio debido a sus especiales características y a su atípica estructura ha generado innumerables controversias pues según algunos, este vulnera los derechos a la defensa y a la contradicción del demandado, en el caso colombiano se plantea una problemática mucho más peculiar según la cual los derechos del demandante son los que se verían en peligro.

El singular problema con el que se encontró el Semillero de Investigación Jairo Parra Quijano al analizar cómo había sido tipificado el proceso monitorio en Colombia radica básicamente en la interpretación que se le ha dado a la norma que lo consagra por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-726 de 2014 en que se declaró la exequibilidad del mismo, pues de una manera injustificada y contradiciendo su jurisprudencia entendió que la única notificación válida en el marco del proceso monitorio es la notificación personal excluyendo de manera expresa a la notificación por aviso.

Muchos considerarían que ello no tendría mayores implicaciones en el funcionamiento del proceso que aquí se estudia y del cual se esperan maravillosos frutos, pero la realidad es que al analizar la prohibición y llevarla a la vida práctica en donde la notificación personal resulta poco efectiva para dar vida a los procesos ante la jurisdicción, pues las personas no acuden a los juzgados a surtir dicho trámite (siendo un requisito imprescindible para que se entienda realizada y se pueda seguir con la actuación jurídica correspondiente), esto implicaría que cuando el demandado no acuda a notificarse al juzgado, el proceso monitorio no podría continuar y los derechos del demandante quedarían a merced de la voluntad del deudor.

La prohibición que se expone se configura como una traba enorme para la efectividad del proceso monitorio en Colombia, generando la muerte jurídica del mismo de una manera bastante abrupta que pone en grave riesgo los derechos del acreedor urgido que acude a la jurisdicción por ayuda pero que por virtud de una malinterpretación normativa vería injustamente obstruido la construcción del título ejecutivo del cual carece.

Con este trabajo de investigación el Semillero demostrará que la Corte Constitucional en la Sentencia C-726 de 2014 interpretó equívocamente el tema de las notificaciones en el Proceso Monitorio al prohibir el aviso en el curso del mismo y planteará dos propuestas que darán solución a la problemática esbozada buscando con ello una real y efectiva tutela del crédito en Colombia.

1. Definición del proceso monitorio

El proceso monitorio tiene su origen según muchos doctrinantes en el siglo XIII en Italia en donde este existía con el nombre de *preceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*¹, según Carlos Alberto Colmenares Uribe el proceso monitorio “es un instrumento procesal que le permite al órgano jurisdiccional pronunciarse de manera inmediata, con efecto de cosa juzgada, sobre la tutela reclamada sin oír

¹ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1998, p. 13

previamente a la parte demandada, que, al notificarse, puede guardar silencio o formular oposición. Si ocurre lo primero, el juez dicta sentencia, pero si sucede lo segundo, se inicia un proceso declarativo”².

Dicho proceso inicia cuando un acreedor que carece de un título ejecutivo para reclamar su deuda presenta la demanda ante el juzgado correspondiente, este emite un mandamiento de pago (*ordonnance d’injonction de payer* en Francia o *mahnbescheid* en Alemania³) que es notificado al deudor a quien se le otorga un plazo para que se oponga, pague o guarde silencio.

Cabe resaltar que el mandamiento de pago que se emite se hace sin que el demandado conozca que una demanda ha sido interpuesta en su contra, a esto Mariano Morahan lo denomina como una “inexistencia primigenia de bilateralidad” y es lo que muchos han expuesto para demostrar la inconstitucionalidad de este proceso pero este autor al igual que una gran mayoría de doctrinantes señalan que los derechos del demandado como el debido proceso, la contradicción o la defensa no se ven afectados por esta unilateralidad inicial en tanto ellos están resguardados “*con la eventual bilateralidad que subyace precisamente en la opción – exclusiva del deudor ya condenado –, de plantear oposición a la Sentencia monitoria recaída en su contra*”⁴.

A pesar de que existe una gran confrontación entre doctrinantes de todo el mundo por la razón anteriormente expuesta, el monitorio ha sido establecido en un gran número de ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos que buscan satisfacer la urgente necesidad de impartir justicia de manera eficaz, por eso, gracias a la libertad de la que goza el legislador en cada país y teniendo en cuenta las necesidades específicas y realidades locales en cada caso, existen ciertas diferencias en la tipificación de este proceso entre las diversas legislaciones aunque todas tiendan al objetivo compartido que es la tutela judicial del crédito.

Juan Pablo Correa Delcasso conociendo la anterior situación rescata que a pesar de las disparidades que existen de nación en nación, el monitorio tiene un “espíritu común” o “chasis” que es compartido por los ordenamientos jurídicos en los cuales este proceso está presente y expone a dicho chasis como una serie de características básicas

² COLMENARES URIBE, Carlos Alberto, “El proceso monitorio traerá muchos beneficios”, *Ámbito Jurídico*, 28 de febrero de 2014, [en línea] http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be/noti140228-03carlos_alberto_colmenares_el_proceso_monitorio_traera_muchos_be.asp, fecha de consulta: 16 de abril de 2015

³ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, op. cit., p.p. 61, 176

⁴ MORAHAN, Mariano, *El procedimiento monitorio*, Primera Edición, Paraná, Delta Editora, 2011, p. 54.

y elementales que permiten acertadamente referirse a este proceso⁵, entre ellas se tienen:

- Que el monitorio tiende generalmente a otorgar un título ejecutivo al acreedor que produce plenos efectos de cosa juzgada.
- Por lo general el reclamo que conllevan las demandas de este tipo son de origen pecuniario, es decir, deudas de origen contractual o estatutario, liquidadas, exigibles y determinadas, ello varía según el país en donde tenga cabida el proceso.
- El monitorio es un proceso ordinario en tanto busca la creación de un título ejecutivo a través de una decisión judicial.
- La inversión del contradictorio o su diferimiento en el tiempo, en este punto, Correa Delcasso cita a Calamandrei para explicar que: *“mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después de que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio (...) en estos procesos especiales el título ejecutivo nace por el solo hecho de que el demandado, no demuestre, haciendo oposición dentro del término establecido, la utilidad, de la cual él es el mejor juez, de abrir el contradictorio”*⁶.

Además de estas características que revisten un carácter fundamental si desea hablarse del monitorio, el mismo autor señala que este proceso *“no constituye más que una sutil adaptación del proceso ordinario a las necesidades del derecho material”*⁷, siendo esto una verdad compartida por gran parte de la doctrina, lo cual una muestra de la evolución en el concepto de proceso, pues la jurisdicción no puede petrificarse a tal punto de que su funcionamiento se vuelva obsoleto debido a la incapacidad de adaptarse a las necesidades de los demandantes y es por esto que nacen este tipo de institutos que le apuestan a nuevas salidas más ágiles que permiten dar una respuesta certera y rápida a quienes claman por justicia, asegurando que los ordenamientos jurídicos se acerquen cada vez más a la ideal tutela jurisdiccional efectiva.

Este proceso que ha causado gran revuelo debido a la especialidad que reviste, ha sido un rotundo éxito en diversos ordenamientos jurídicos, para ilustrar la victoria del

⁵ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”, *El procedimiento monitorio en América Latina, Pasado, Presente y Futuro*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2013, p.p. 28 – 30.

⁶ CALAMANDREI, Piero, *El proceso monitorio*, p. 25, citado en: Correa Delcasso, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, op. cit., p. 30

⁷ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”, op. cit., p. 31

monitorio puede decirse que en Austria en el año de 1994, se emitieron 857.038 requerimientos de pago mientras que en Francia se emitieron para el año de 1997 un total de 849.596, en Alemania el número de demandas para el año de 1998 fue de 8.167.301, en Italia en el mismo año fue de 944.928, en Portugal para el año 2003 el número de monitorios incoados fue de 293.958⁸ y finalmente en España en el año de “2011 se llegó a la cifra de 811.634 de procesos monitorios que se incluyeron como “asuntos resueltos”, sólo el 6,2 % se transformó en un procedimiento declarativo ordinario”⁹.

Solo con observar estas exorbitantes cifras, queda probado que el monitorio se ha hecho tan popular en las naciones en las cuales ha sido tipificado, que gran parte del total de las demandas que allí se presentan ante la jurisdicción ordinaria corresponden a este tipo especial de proceso, que cada vez es elegido con mayor frecuencia por la ciudadanía ante la celeridad que este les brinda.

Todas estas razones fueron las que llevaron al legislador colombiano a traer esta famosa figura al ordenamiento jurídico-procesal nacional, pues resulta evidente que el aparato judicial necesita de nuevas herramientas que le den un respiro a la jurisdicción, de modo que los juzgados no tengan por qué cargar con el terror de tener arrumes monumentales de demandas en sus lugares de trabajo, que incluso al despacho más ágil y competente les son imposibles de resolver en tiempos justos y de manera adecuada con los andamiajes procesales viejos y obsoletos con los que se cuenta actualmente.

2. La tipificación del proceso monitorio en el código general del proceso

El artículo 419 del Código General del Proceso dispone que el monitorio es procedente para aquel acreedor que pretenda el pago de una deuda dineraria, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía.

El artículo siguiente dispone los requisitos que debe contener la demanda para que esta sea admitida por el juez competente, ello a consideración del Semillero de Investigación es una especificación necesaria pues le da certeza y guía de manera clara al acreedor-demandante acerca de lo que debe entregar en el respectivo despacho, además dicha especificidad por lo menos en los países europeos, es una constante.

⁸ CORRA DELCASSO, Juan Pablo, “El proceso monitorio en Europa y en América Latina”, *Memorias del X Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Cúcuta, 2014, p.p. 52-54

⁹ “Informe sobre los datos de la estadística judicial y los datos generales sobre “panorámica de la Justicia” contenidos en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial”, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 de mayo de 2013, http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/Informe_datos_estad%C3%ADsticos_CGAE_UAM.pdf, p. 20, fecha de consulta: 06 de mayo de 2015.

Dentro de esos requisitos se tienen:

1. Enunciación del Juez competente.
2. Nombre y domicilio del demandante y el demandado.
3. Pretensión precisa y clara.
4. Hechos fundamento de la pretensión e información del origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes.
5. Manifestación de que la deuda no depende de una contraprestación a cargo del acreedor.
6. Las pruebas que pretenda hacer valer.
7. La dirección física y/o electrónica donde puede notificarse al demandado.
8. Los anexos previstos en la parte general del código, es decir, los que normalmente acompañan a una demanda.

Algo resaltable en este punto, es que el legislador colombiano pretendió que para adelantar el monitorio, la demanda corresponda a un formato fijo de manera que permita su trámite de un modo más ágil, esto a semejanza de lo que sucede en los países germánicos como Alemania y Austria en donde este proceso es tramitado mecanizadamente gracias al formato simplificado que se usa, permitiendo imprimirle una rapidez admirable a la gestión de los despachos.

El trámite del monitorio se encuentra regulado en el artículo 421, en donde se establecen los siguientes pasos:

1. Una vez recibida la demanda, el juez la admite si cumple con los requisitos exigidos por el artículo 420.
2. Admitida la demanda, el juez requiere al deudor para que en el plazo de 10 días pague o se oponga total o parcialmente a la pretensión.
3. El auto que contiene el requerimiento de pago conlleva además la advertencia de que si no paga o si no se opone justificadamente a la demanda, se dictará sentencia que lo condena al pago de la deuda reclamada y la cual no es recurrible y tiene plenos efectos de cosa juzgada.
4. Ese auto se notifica personalmente al demandado.
5. Una vez notificado el demandado, este tiene tres opciones: la primera es pagar, dándose por terminado el proceso; la segunda es no comparecer o no pronunciarse sobre la demanda, dictándose sentencia condenatoria; y la tercera es oponerse dentro del término legalmente establecido exponiendo las razones correspondientes y aportando las pruebas que sustentan su oposición, en este caso el proceso ya no es monitorio sino que se resuelve por los causes del proceso verbal sumario.

3. De la notificación en los procesos y el caso especial del monitorio

Como se explicó en la introducción de este trabajo, la problemática que planteará el semillero gira entorno a la forma en la que debe proceder la notificación en el curso del proceso monitorio, pero para poder dar desarrollo a dicho tópico es menester exponer la importancia de la cual está revestido el acto procesal de la notificación y explicar someramente cómo funciona la misma según las disposiciones del Código General del Proceso.

3.1 La importancia de la notificación en el proceso y la trascendencia de la misma en el marco del monitorio

Las notificaciones son actos de comunicación procesal que garantizan el “*derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de unas sanciones*”¹⁰, por lo tanto, se configuran como un acto que garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso mediante la vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada¹¹.

Es preciso afirmar que la operancia de la notificación “*no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa*”¹² que busca no sólo garantizar la efectividad del derecho fundamental al debido proceso, también propende por la realización de propósitos constitucionales más amplios¹³.

A este acto procesal se le han designado 3 objetivos jurídicos y constitucionalmente admisibles:

1. *La notificación permite que la comunidad pueda conocer el contenido de las decisiones judiciales, en aras de velar por la transparencia de la administración de justicia.*
2. *Permite el ejercicio del derecho de contradicción y audiencia bilateral.*
3. *Obliga al notificado para que allane voluntaria o coactivamente a realizar los actos que la autoridad judicial ha ordenado a su cargo*¹⁴.

¹⁰República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-012 del 23 de enero 2013, Magistrado Ponente: Mauricio Gonzales Cuervo, No. Expediente: D-9195

¹¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-472 del 23 de julio de 1992, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, No. Expediente: D-032

¹² República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-641 del 13 de agosto 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, No. Expediente: D-3865

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

En el caso del proceso monitorio, la notificación también esta revestida de una trascendencia importante, Carlos Colmenares al abordar este tema destacó dos puntos resaltables que exponen y explican la importancia mencionada; el primero de ellos y que es un gran punto de debate de la doctrina, es el que se refiere al aseguramiento de los derechos del requerido que a primera vista pareciera que se ven comprometidos, por ende, afirma que *“es tan importante el caso procesal de comunicación, porque es el único que puede permitir los principios y todas las garantías constitucionales en beneficio de la tutela efectiva del crédito y de la tutela jurisdiccional para las partes”*¹⁵.

Para complementar la idea del párrafo anterior es acertado citar a PERROT, quien afirma que *“lo esencial con este tipo de procedimiento, es asegurarse ante todo que el deudor ha sido regularmente informado de lo que se espera de él y de la condena a la que se expone si no formula oposición alguna en el plazo establecido. En efecto, resulta evidente que un silencio por parte suya no puede ser realmente significativo hasta el punto de asimilarlo a una especie de confesión, salvo que haya sido claramente emplazado y debidamente informado de lo que debe hacer para escapar a una eventual condena”*¹⁶.

El segundo es el hecho de que *“la fase monitoria solo se cumple y toma importancia si se logra la notificación personal del deudor haciendo posible su comparecencia”*¹⁷, pues si nunca logra notificarse al deudor de la demanda que corre en su contra, simplemente no va a poder iniciarse el monitorio y por ende no van a poder aplicarse las consecuencias por el eventual mutismo del demandado.

3.2 La notificación en los Procesos Declarativos en el Código General del Proceso

El Título II de la Sección Cuarta del Libro Primero del Código General del Proceso, en donde pueden encontrarse las notificaciones que fueron tipificadas en este nuevo compendio jurídico, el artículo 291 aborda el tema de la práctica de la notificación personal, esta es la que se edifica como tramite notificador primario por excelencia estando entonces revestida de una preferencia que es compartida por la doctrina y la jurisprudencia de la Altas Cortes en general. Por lo que se procede a explicar cuáles son las diligencias que de ella se derivan:

¹⁵ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto, “ El procedimiento monitorio en Colombia”, *El procedimiento monitorio en América Latina, Pasado, Presente y Futuro*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2013, p. 148.

¹⁶ Perrot, “L’efficacité des procédures judiciaires au sein de l’Union Européenne et les garanties des droits de la défense”, *L’efficacité de la Justice Civile en Europe*, Bruxelles, 2000, p. 427, citado en: Correa Delcasso, Juan Pablo, “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”, op. cit., p. 45.

¹⁷ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto, “El procedimiento monitorio en Colombia”, op. cit., p. 148.

1. La parte interesada debe remitir una comunicación a quien deba ser notificado, a su representante o su apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la que se informa:
 - a. La existencia del proceso.
 - b. La naturaleza del mismo.
 - c. La fecha de la providencia que debe ser notificada.
 - d. La advertencia de que acuda al juzgado a notificarse personalmente dentro de los 5 días siguientes a la fecha de entrega de la comunicación; el plazo será de 10 días cuando la comunicación debe ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado y de 30 cuando sea en el exterior.
2. La empresa de servicio postal debe cotejar, sellar una copia de la comunicación y expedir constancia de la entrega de esta en la dirección correspondiente; ambos documentos deben ser incorporados en el expediente, esto asegura la correcta y efectiva entrega de la comunicación al demandado.
3. Después de entregada la notificación, si la persona acude al juzgado se le notificará de la siguiente manera:
 - a) Se le identifica mediante un documento idóneo.
 - b) Se le pone de conocimiento la providencia.
 - c) De ello se extiende acta en donde se indica: la fecha de práctica de la notificación, el nombre del notificado y la providencia que se notifica; dicha acta es firmada por el notificado y el funcionario que la surte.

Habiendo entendido lo anterior y presuponiendo que en ese caso el demandado fue diligente y se dispuso a irse a notificar al juzgado, la norma dispone que cuando ello no sea posible, es decir, que el demandado no comparezca al despacho en la oportunidad señalada, el interesado notifique por aviso al renuente (numeral 6 del artículo 291).

Para saber cuál es el procedimiento a seguir para notificar por aviso al demandado en cuestión hay que remitirse al artículo 292 del mismo compendio procesal, este dispone que:

“Cuando no se pueda hacer la notificación personal del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo al demandado, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquiera otra providencia que se debe realizar personalmente, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia

de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

(...)

La empresa de servicio postal autorizado expedirá constancia de haber sido entregado el aviso en la respectiva dirección, la cual se incorporará al expediente, junto con la copia del aviso debidamente cotejada y sellada. En lo pertinente se aplicará lo previsto en el artículo anterior”.

Este tipo de notificación lo que busca es asegurar que el demandado quien por razones propias decide no acudir al juzgado a notificarse, deba comparecer al proceso pues si este recibe la comunicación correspondiente sabe que una diligencia ante la jurisdicción corre en su contra, asegurándose de ese modo su derecho a la publicidad, a la defensa, a la contradicción y al debido proceso, tal y como supone la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.3 La notificación en el Proceso Monitorio en el Código General del Proceso

El artículo 421 del C.G.P. establece el trámite que surtirá el proceso monitorio, el cual en su inciso segundo dispone que: *“el auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se notificará personalmente al deudor”* (negrillas fuera de texto).

Esto en concordancia con el artículo 291 del mismo compendio jurídico al contemplar los requisitos de dicha comunicación, que en el caso del monitorio debido a su especialidad, se debe cumplir con otros dos requisitos esenciales y característicos, el primero es el requerimiento de pago y el segundo es: *“la advertencia de que si no paga o justifica su renuencia, se dictará sentencia, que tampoco admite recursos y constituye cosa juzgada, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la deuda”*, por lo tanto, se crea una garantía al deudor en tanto estos requisitos impiden una notificación fraudulenta que pueda comprometer sus derechos.

En consecuencia, una vez la persona acuda al despacho que lo requiere y este le explique en qué consiste el proceso que se interpuso en su contra, las opciones que tiene frente a dicho proceso (oposición, pago o guardar silencio) así como las consecuencias de dichas posiciones y el contenido del mandato de pago, cuestiones estas que ya se habrían precisado en la comunicación recibida por este en su domicilio, se entenderá notificada la persona y los 10 días para que tome una decisión frente al proceso empezarán a correr al día siguiente.

En este punto cabe resaltar que si bien el artículo que regula lo relacionado con el monitorio dispone que el deudor debe notificarse personalmente, nada se dice respecto

al aviso por lo que una interpretación completa y sistemática del C.G.P. permitiría pensar que esta es procedente al igual que en los declarativos ordinarios cuando el demandado no surta la notificación personal.

3.4 La notificación en el Proceso Monitorio según la Sentencia C-726 de 2014

Al leer las normas generales que regulan las notificaciones mencionadas y ligarlas con las normas especiales del proceso monitorio, la interpretación que se consideraría es la correcta es aquella que permite llegar a pensar que la notificación por aviso en el proceso mencionado es posible cuando no pudiere efectuarse la notificación personal por la renuencia del deudor-demandado de comparecer al juzgado en tanto la norma no prohíbe de manera expresa que ese trámite comunicador subsidiario sea procedente.

Sin embargo ha surgido otra interpretación de la norma que ha sido acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-726 de 2014 según la cual el aviso no es procedente en el proceso que estudia en este trabajo el Semillero de Investigación afirmando que:

“en este tipo de proceso especial, el requerimiento que hace el juez reviste una doble naturaleza. De una parte, constituye la notificación y a la vez, el requerimiento de pago, el cual debe ser notificado personalmente, sin que sea posible la notificación por aviso. El parágrafo del artículo 421 del Código General del Proceso de manera expresa prohíbe el emplazamiento del demandado, lo que comporta la garantía de la que dispone el deudor para actuar en el proceso y no permitir que se constituya un título de ejecución sin su conocimiento” (negrilla fuera de texto).

El pronunciamiento respecto a este punto por parte de la Corte fue más bien vago y laxo pues no hay argumentación siquiera sumaria de la interpretación prohibitiva hecha, pero aun así, lo que dejó claro el Alto Tribunal es que en ningún caso se debe permitir la notificación por aviso considerando que esa prohibición es una garantía para los derechos del demandado sin considerar los efectos que ello tiene sobre los derechos del demandante o de qué manera el aviso quebrantaría los derechos del requerido.

4. Planteamiento de la problemática

Siendo tajante la prohibición anteriormente mencionada, es claro que hoy, aunque el C.G.P. no ha entrado en vigencia, en el momento en que lo haga, el monitorio solo podrá notificarse personalmente, ello a consideración del Semillero es una “crónica de

una problemática anunciada” que hará que el monitorio sea inservible por las razones que a continuación de exponen.

Para llegar a esa hipótesis que podría configurarse sin ningún problema en el futuro, bastó con la observación de las actitudes de los demandados en este país, pues en lo que se refiere a la notificación personal, en donde es obligatoriamente necesario que para que esta sea surtida ese sujeto se acerque al juzgado y manifieste que va a notificarse del proceso que en su contra corre, esto supondría que la ciudadanía en ese aspecto es diligente y colaboradora con la justicia además de comprensiva de la situación de aquel que lo demanda y por ende acude al Palacio de Justicia para ahorrarle tiempo, dinero y trabajo a ambos, pero claramente la realidad es otra por las siguientes dos razones:

Lo primero que hay que decir es que el llamamiento a un juzgado en la calidad de demandado crea en ese sujeto una sensación de temor o estrés ante lo que podría llegar a pasarle en el caso de que se le condene, aunque tal y como lo ha dicho la Jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas, la justicia no puede concebirse como un medio de opresión o cosa que se le parezca, pero siendo elocuentes es evidente que ello es así debido a la naturaleza auto-protectora humana misma.

Para sustentar la premisa anterior es preciso decir que el hombre a través de la historia ha demostrado que sus actuaciones responden a estímulos y respuestas dependiendo del contexto social, ambiente o entorno en el que se desarrolle, por tal razón es que se hace necesario analizar someramente desde un punto de vista psicológico y comportamental la actitud que toma una persona que debe comparecer ante la justicia (sabiendo que esa situación afecta la normalidad de la vida cotidiana del hombre por las eventuales consecuencias que la misma implica) entendiéndolo que “*las acciones recíprocas que se producen entre un individuo y los acontecimientos determinan el curso de su conducta*”¹⁸.

En relación con lo planteado, el psicólogo B. F. Skinner¹⁹ mencionó que la conducta es voluntaria y libre pues la persona es quien establece la respuesta inmediata que da a un estímulo, pero ello se encuentra ligado a otros factores motivacionales como el miedo debido al desconocimiento de las posibles consecuencias que acarrea una reacción o que trae consigo un estímulo, por lo que el hombre tiende a evadir este tipo de situaciones en atención a su instinto defensivo y auto-protector.

¹⁸ SMITH, K. U., *The behavior of man introduction pshychology*, New York, 1958, p. 28

¹⁹ ENGLER, Bárbara, *Introducción a las teorías de la personalidad*, Cuarta Edición, México D.F., Mc Graw W-Hill Interamericana Editores, p. 211

La anterior propuesta extraída de la ciencia que estudia el comportamiento y la psiquis humana es la que permite dar una explicación válida a una de las causas del principal problema que trae consigo la prohibición del aviso en el proceso monitorio (la no comparecencia de los demandados a notificarse personalmente) pues como existe la posibilidad de una eventual condena esta situación se convierte en provocaciones de negativas consecuencias por lo que la respuesta inmediata a este tipo de estímulos es igualmente negativa al intentar evadir esas situaciones que representan una amenaza o peligro para las condiciones normales de existencia del sujeto que se encuentra en la posición de demandado.

Como segundo aspecto relevante hay que tener en cuenta que muchas veces los demandados no acuden a surtir la notificación personal como técnica evasiva procesal, pues saben que si esta no puede surtir se debe seguirse con la notificación por aviso o el emplazamiento en algunos casos, eso para ellos es una ganancia en tiempo y una puesta de obstáculos para la jurisdicción y para el demandante.

Para comprobar esa renuencia frente a la notificación personal, el semillero realizó una encuesta en los juzgados civiles municipales de la ciudad de Cúcuta con el fin de obtener el número aproximado de personas que acuden a notificarse personalmente encontrando que tan solo el 40% lo hace por lo que en los casos restantes debe notificarse por aviso asegurando de ese modo la traba de la Litis, pero como se ha dicho, con el monitorio esta cifra genera incertidumbre al 60% de demandantes restantes que verían obstruido el proceso de creación de un título ejecutivo, lo que se materializa en el entorpecimiento a su derecho a la tutela judicial efectiva del crédito.

Además, se les preguntó a estos juzgados si consideraban que bastaba solo la notificación personal para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva en el marco de un proceso ordinario a lo que el 70% respondió que no, esto demuestra que en la práctica es más que necesario el aviso como procedimiento comunicador que da vida a los litigios y la ineficiencia de la notificación personal para cumplir con el mismo objetivo.

El planteamiento de esa problemática afecta notablemente al proceso monitorio en donde para resumir la situación, si la persona no acude a notificarse de la demanda interpuesta en su contra no podrá iniciarse nunca esta actuación procesal, es decir, las bondades que se exaltan de otros ordenamientos jurídicos no van a poder apreciarse en Colombia puesto que no habrá otra salida para el demandante que acudir como se hace hoy en día, a un engorroso proceso declarativo para reclamar una pequeña suma de dinero, en consecuencia, la prohibición de la Corte Constitucional le arrebató las alas al monitorio para que este pudiese despegar en el ordenamiento jurídico colombiano, y es que pensándolo de ese modo, cuando la ciudadanía se percate de este

hecho probablemente no se notificaran como jugada evasiva que afecta notablemente al demandante que exige su derecho.

5. Propuestas del semillero de investigación

Con el fin de que no se coarten los beneficios y buenos efectos que el monitorio puede llegar a brindar, el semillero considera como fruto de la investigación realizada que es necesario que quienes aplican e interpretan el Derecho a través de un razonamiento que tome la norma y la contextualice con las realidades sociales del país permitan que la notificación por aviso pueda desarrollarse en el monitorio, tal y como sucede normalmente con los procesos declarativos ordinarios con el fin de evitar el acaecimiento de la nebulosa jurídica que pone en grave riesgo la real tutela del crédito, para dar sustento a tal aseveración el grupo tiene dos propuestas que se exponen a continuación.

5.1. Demanda de inconstitucionalidad de la norma que regula la notificación en el proceso monitorio

Como se ha evidenciado a lo largo de este trabajo, el interés del Semillero es que de algún modo el aviso sea permitido y desarrollado en el curso de los procesos monitorios que prontamente empezaran a surtirse con el deseo de que estos puedan nacer a la vida jurídica, para ello, cree el grupo que una de las pocas salidas para dar solución a este problema es una nueva demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de la norma que tipifica al monitorio por las razones y en las condiciones que a continuación se exponen.

Conociendo que la prohibición que hizo la guardadora de la Carta Política de 1991 al interpretar el apartado que se refiere a la notificación del monitorio no fue debidamente motivado, se atreve el semillero a decir que si bien sobre la norma que tipifica al proceso monitorio hay cosa juzgada formal, en lo atinente a la notificación no opera dicho instituto pues según la jurisprudencia del mismo Tribunal *“la cosa juzgada es apenas aparente, cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de toda motivación en el cuerpo de la providencia. En estos eventos “...la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado...”*, tiene como consecuencia que la decisión pierda, *“...la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido...”*. Es decir que en este caso es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder a *“... a*

resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”²⁰ (negritas fuera de texto).

Esa tesis que mantiene la Corte Constitucional²¹ permite que en este caso en particular pueda efectuarse un nuevo examen de constitucionalidad, además, puede también modularse la operancia de la cosa juzgada²² y flexibilizar la configuración de la misma pues con la demanda también se busca confrontar la norma con la totalidad de la Carta Política colombiana (teniendo en cuenta en esta oportunidad la afectación a los derechos del demandante – tutela jurisdiccional efectiva y acceso a la administración de justicia – que en el examen criticado no fueron estudiados) planteando nuevos cargos esperando que el estudio que se haga sea sensato y este acorde con la realidad del país.

Para obtener una respuesta que satisfaga las necesidades que hoy en día tiene el monitorio, es estrictamente necesario que el estudio que se disponga a hacer la Corte Constitucional sea integral como ella misma lo ha expresado al afirmar que *“el control integral implica, por un lado, una comparación de las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución, y por otro, supone el estudio integral de todas las normas particulares que razonablemente puedan estar contenidas en el texto que ha sido demandado”²³.*

El semillero desea aclarar en este punto que la propuesta no es ilusoria o poco practica pues muchos podrían pensar que la Corte Constitucional no cambiaría una decisión tan drástica y de tan importantes consecuencias de un momento a otro, pero la realidad es que el grupo de investigación confía en el profesionalismo de sus

²⁰República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-774 del 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, No. Expediente: D-3271

²¹ Esta ha sido reiterada en providencias como la Sentencia C-153 de 2002 en donde se dijo que: *“puede suceder que la Corte haya resuelto declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada norma sin haber hecho ningún análisis o sin haber motivado en forma alguna tal pronunciamiento, inclusive sobre normas que no fueron demandadas, caso en el cual no se puede hablar de la existencia de cosa juzgada constitucional, absoluta o relativa, pues sin existir motivación al respecto lo que se configura es una apariencia de haberse decidido sobre la exequibilidad o no de una disposición legal que, en realidad, no ha sido objeto de análisis y control por parte del juez constitucional”*; esta disposición fue cogida nuevamente en la Sentencia C-876 de 2003.

²² Respecto a este punto ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 de 2001 que: *“en el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada”*

²³ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-505 del 03 de julio de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, No. Expediente: D-3856

magistrados, quienes a través de la argumentación planteada harán un riguroso examen de constitucionalidad que no se quedará solo en la revisión de normas sino que asentaran su estudio a las realidades sociales del país.

Además, esta no sería la primera vez que la Corte plantea la existencia de una cosa juzgada aparente y procede de nuevo a hacer un estudio correcto de la norma acusada, prueba de ello es la Sentencia C-700 de 1999 en donde se estudió la constitucionalidad del decreto 663 de 1993 que fue demandado dentro del proceso D-442 pero la Corte no dedicó ninguna parte de la Sentencia en esa oportunidad para motivar la exequibilidad de la norma en cuestión y cabe resaltar que fruto del nuevo estudio realizado, la norma resultó ser inconstitucional, además, el Alto Tribunal reconoció que: *“ya que la motivación es esencial a todo fallo, y si las razones de su juicio vinculan necesariamente la sentencia, en su contenido material, con las razones del juez, faltaría éste a su deber sí, con la excusa de haber decidido lo que en realidad no decidió, cerrara las puertas de acceso a la administración de justicia”*²⁴.

Dando desarrollo al punto anterior también es resaltable la Sentencia C-220 de 2011 en donde a pesar existir una declaratoria de exequibilidad del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 por parte de la Sentencia C-495 de 1996, la Corte Constitucional afirmó que no se habían analizado los cargos que el demandante proponía por lo que se constató la inexistencia de la cosa juzgada por lo que se procedió a hacer un nuevo estudio a la norma.

Con fundamento en lo anterior el Semillero de Investigación concluye que es viable un nuevo estudio del artículo 421 del Código General del Proceso que tipifica el trámite del monitorio, para que de ese modo se declare la inconstitucionalidad de la palabra *personal* o en su defecto se proceda a declarar la exequibilidad condicionada, en el entendido que procede subsidiariamente la notificación por aviso cuando no pueda realizarse la notificación personal, con el fin de evitar los terribles efectos que pueden presentarse en el monitorio con la prohibición hecha por la Corte y que ha sido objeto de crítica en esta investigación.

5.1.1 Argumentos que buscan desvirtuar la interpretación restrictiva hecha por la Corte Constitucional

5.1.1.1 Desconocimiento del precedente por parte de la Corte Constitucional respecto de la necesidad de la notificación por aviso

²⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, No. Expediente: D-2374

Es necesario poner de presente que la finalidad del proceso monitorio es, *“en primer lugar, potenciar la efectividad del crédito de medianos y pequeños empresarios, segundo, crear con rapidez títulos ejecutivos, pues la incomparecencia del deudor genera automáticamente la obtención de un decreto que permite abrir la ejecución judicial y, en tercer lugar, 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 tales juicios ordinarios”*²⁵, por lo tanto, el órgano legislativo para garantizar su finalidad optó por recurrir a la simplificación de trámites e instancias con base en la celeridad de las actuaciones, lo cual es justificable en cierto sentido ya que la desformalización o de atenuación de formalidades que pretende fortalecer la celeridad de los procedimientos judiciales y por ende permiten descongestionar la justicia, no puede prevalecer ni mucho menos sacrificar la eficacia y eficiencia del aparato jurisdiccional, pues se debe diferenciar entre formalismos procedimentales innecesarios e injustificados y aquellos que representan una verdadera garantía dentro del mismo proceso, este es el caso de la notificación por aviso, en donde su inclusión en el proceso monitorio no hará que este cambie su naturaleza de procedimiento informal, expedito y simplificado puesto que precisamente la eliminación de formalidades está orientada a prestar un servicio eficiente de justicia y no pretende convertirlo en lo opuesto que es lo que representa en sí la limitación de la notificación por aviso al ser, como se dijo, una traba monumental.

Tal proposición nace de la insuficiencia que trae al proceso monitorio la esencial pero incompleta garantía que tiene la notificación personal puesto que se limita gravemente el sistema de notificaciones al adoptar tan solo una forma de surtir dicha diligencia sin entender aun los argumentos que prohíben la notificación por aviso, pero si comprendiendo sus enormes consecuencias.

La necesidad e importancia de la notificación subsidiaria por aviso se defiende bajo los argumentos que la misma Corte Constitucional ha dado pues en la sentencia C-783 del 2004 este órgano estudió la presunta inconstitucionalidad de este acto de comunicación procesal, la cual fue modificada en el ordenamiento procesal civil colombiano a través del artículo 32 la Ley 794 de 2003, en la cual se estableció que: *“el legislador otorga un tratamiento de favor a la notificación personal, por ser la que otorga la mayor garantía de que el demandado conozca en forma cierta la existencia del proceso y ejerza su derecho de defensa, pero no la acoge como única, con exclusión de modalidades de carácter subsidiario, ya que, si lo hiciera, entrabaría la*

²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, “El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito”, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen 37, 2011, p. 4, <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/37/JoanPicoIJunoy.pdf>, fecha de consulta: 24 de abril de 2015

*administración de justicia y desfavorecería el logro de la convivencia pacífica consagrada en el preámbulo de la Constitución*²⁶ (negritas fuera de texto).

Es decir, la notificación por aviso como comunicación subsidiaria (que se realiza cuando el demandado no comparece dentro de la oportunidad señalada y cuando el interesado allega al proceso copia de la comunicación y la constancia de su entrega en el lugar de destino), se estableció con la necesidad de dar celeridad a dichas actuaciones y satisfacer oportunamente los intereses públicos y sociales.

Se evidencia entonces una gran contradicción y desconocimiento del precedente constitucional que realiza la Corte ya que un pronunciamiento del 2004 reiterado en las Sentencias C-802 de 2006, C-980 de 2010 y C-012 de 2013, se resalta la necesidad y efectividad de la notificación por aviso y en un pronunciamiento posterior niegue sin argumentos la posibilidad de que en un proceso revestido de características especiales no se pueda practicar cuando está no constituye mala fe y es una opción real que no infringe el debido proceso, por el contrario, lo garantiza de manera concreta, además, considerando la posibilidad de que la Corte haya cambiado su posición al respecto, esta ni siquiera fue expresada y debidamente motivada.

Continuando con la exposición de la contradicción en la que incurrió el Tribunal Constitucional colombiano es resaltable en este punto el hecho de que este comparta los motivos legislativos que propendieron la inclusión del aviso en el marco de los procesos, puesto que: *“se hace absolutamente necesario modificar sustancialmente el actual régimen de notificaciones personales, por cuanto éste es obsoleto e inoperante y, más aún, contrario a los fines de la justicia, pues conlleva desmedidas dilaciones para trabar la litis, lo que se traduce en el desconocimiento de los derechos de quien acude ante la justicia... la diligencia de notificación se ha constituido en el principal escollo del proceso, obstáculo que debe ser removido, en la idea de que la reforma logre un aporte decisivo a la eficiencia del aparato judicial y a la reducción de los tiempos de duración de los procesos, sin menoscabo, obviamente, de los derechos de todos los sujetos procesales*²⁷ (Negritas fuera de texto).

Es pertinente dejar claro que aquí no se busca desbancar a la notificación personal pues el Semillero de Investigación es consciente de que el aviso es una actuación supletoria que no debe perder tal condición pues al igual que la Corte Constitucional al referirse a actuaciones administrativas, tributarias y civiles, se considera que la notificación personal *“es el medio de comunicación procesal más idóneo, en cuanto*

²⁶República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-783 del 18 de agosto de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, No. Expediente: D-5027

²⁷Ibíd.

*tiende a asegurar plenamente el derecho de las personas a ser oídas en juicio*²⁸, sin embargo, también ha señalado que “*contar con medios subsidiarios de notificación es parte del procedimiento normal de las actuaciones administrativas, dado que de este modo se ofrece una solución válida en casos en los que no es posible realizar notificaciones personales, garantizando el principio de celeridad y los derechos e intereses ciudadanos. Sin embargo los mecanismos subsidiarios no remplazan a los principales y deben ser utilizados únicamente después de agotar los recursos disponibles para comunicar personalmente las actuaciones administrativas*”²⁹.

Lo anterior está acorde plenamente con los mandatos constitucionales al no infringirlos o colisionar con ellos, debiendo dejar claro que “*el procedimiento subsidiario para la comunicación no puede ser utilizado sin que previamente se agoten los recursos que sean necesarios para la comunicación personal, de lo cual debe aparecer constancia escrita en el informativo administrativo correspondiente*”³⁰ (negritas fuera de texto), y al no permitirse medios de notificación subsidiarios, “*entrabaría la administración de justicia y desfavorecería el logro de la convivencia pacífica consagrada en el preámbulo de la Constitución*”³¹ todo ello con el fin de resguardar debidamente el derecho al debido proceso, la defensa, la contradicción y el principio de publicidad que hacen parte del patrimonio jurídico del demandado.

Finalmente, defendiendo la necesidad de la notificación por aviso, no solo en el proceso monitorio, sino de cualquier proceso especial que pretenda tanto eficacia como celeridad, es preciso concluir “*que el ejercicio de la pretensión y el proceso mismo, no pueden ser obstaculizados en su desenvolvimiento por la ausencia de uno de los justiciables, siempre que se le haya comunicado adecuadamente de la existencia del proceso y de la pretensión que ha sido aducida en su contra*”³².

5.1.1.2 La afectación a los derechos del demandante y la no violación a los derechos del demandado

Quien demandó en 2014 la inconstitucionalidad de los artículos 419 y 421 de la Ley 1564 de 2012 lo hizo alegando mayores garantías para el demandado de manera que sin ir más allá del estudio solicitado (y se diría que respetando una estrictísima

²⁸República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-925 del 18 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, No. Expediente: D-2407

²⁹Corte Constitucional, Sentencia C-012 del enero de 2013, op. cit.

³⁰República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-428 del 29 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, No. Expediente: D-545

³¹Corte Constitucional, Sentencia C-783 de 2004, op. cit.

³²QUINTERO, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría general del derecho procesal*, Cuarta Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2008, pág., 133, citado en: Colmenares Ortiz, Carlos Alberto, “El procedimiento monitorio en Colombia”, op. cit., p. 124

congruencia), la Corte Constitucional se limitó a estudiar el articulado bajo los cargos planteados por el accionante, en los cuales solo se incluían la afectación a los derechos del deudor pero no los del demandante porque se obviaron las garantías o cargas que este último debía soportar bajo la estructura que guarda la norma que regula lo referente a la procedencia y trámite del Monitorio en Colombia, pero ese olvido al estudio de las garantías de las que es acreedor del demandante ha sido uno de los motivos por los cuales se presentó la fatídica interpretación que se le ha dado a la norma.

Una de las prerrogativas constitucionales obviadas en el estudio hecho por el Alto Tribunal es el acceso a la administración de justicia que es aquel derecho que tienen todas las personas de acudir ante la jurisdicción a través de los procesos que la Constitución y la Ley tienen dispuestos para tal fin, respecto a este derecho dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-641 de 2002, que el acceso a la administración de justicia comprende una serie de garantías dentro de las que se encuentra el derecho a que existan en el ordenamiento jurídico una serie de mecanismos que permitan dar efectiva solución a los conflictos que se plantean.

Ahora, no basta con que existan vías de acceso a la jurisdicción pues es imprescindible que dichas vías propendan una real defensa de los derechos fundamentales³³ configurándose de este modo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que como es evidente, está íntimamente relacionado con el acceso a la administración de justicia.

Respecto a ese derecho es importante observar que se le ha agregado el calificativo de *efectividad* al deber de tutela por parte de la jurisdicción (pues en décadas anteriores solo bastaba con impartir justicia sin importar de qué modo o bajo que términos), esto es así pues actualmente no sólo basta con tener la posibilidad de acudir ante un juez para y obtener una respuesta, sino que ésta debe ser otorgada de manera pronta y eficiente.

Debido a la importancia que ha tomado este derecho en la sociedad actual, la tutela jurisdiccional efectiva ha sido consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además, en el caso colombiano se encuentra regulada en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional en numerosas ocasiones ha definido a la tutela jurisdiccional efectiva como “*La posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la*

³³Corte Constitucional, Sentencia C-641 del 13 de agosto 2002, op. cit.

*debida protección o el restablecimiento de sus derechos e interés legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes*³⁴.

Ahora, es menester reiterar que estos derechos adquieren una importancia especial cuando se tiene la calidad de demandante pues bajo esa investidura el ciudadano que ve menguado algunos de sus derechos acude al sistema de justicia que el Estado tiene dispuesto para la protección de los mismos esperando obtener una respuesta que satisfaga sus necesidades.

Entonces, en el caso objeto de estudio en donde el legislador en atención a las necesidades de las personas de una real tutela del crédito cuando no se tiene título ejecutivo implementó el monitorio en el país por la razones expuestas a lo largo de este escrito, de nada serviría la adopción de tal proceso si en el desarrollo del mismo esos dos derechos que le reconoce la Constitución al demandante y que son la punta de lanza del reclamo que hace a la justicia están a merced de la voluntad del demandado.

La anterior situación se ve agravada si se tiene en cuenta que el derecho al acceso a la administración de justicia y la tutela jurisdiccional efectiva están relacionados intrínsecamente con la igualdad de las partes dentro del proceso debiéndoseles garantizar los mismos derechos a ambas, bajo esta perspectiva no podría de ninguna manera suceder que las garantías de una parte se vean menguadas por las incompetencias sea de la otra parte o, más grave aún, de la Ley, verbigracia que por aprovechamiento de una malinterpretación legal, el demandado, a quien fue efectivamente entregado el mandamiento de pago junto con la demanda, no comparezca generando el fin unilateral del proceso frustrando así de manera abrupta el derecho que le surge al accionante de recibir justicia oportuna, rápida y efectiva.

Siguiendo con la temática, mal podría decirse que al demandante al ver frustrado el nacimiento del monitorio ante la renuencia del demandado a notificarse personalmente se le garantiza de todos modos el acceso a la administración de justicia pues todavía le quedaría el proceso declarativo que se tiene dispuesto para el reclamo de deudas, pero siendo sensatos, esos contenciosos no ofrecen garantías al demandante en espera en tanto resulta engorroso tener que trabar la Litis para el reclamo de un pequeño crédito al cual se le daría respuesta en quizás dos, cuatro, seis o siete años si se tiene en cuenta el panorama actual de la Justicia (y es que estas no son conjeturas del Semillero de Investigación porque según un estudio del 2011 y 2012 del Doing Business, Colombia ocupa los últimos lugares a nivel mundial en lo que respecta a la rapidez de los procesos), además, si lo que se busca con el C.G.P. es la descongestión en la prestación

³⁴República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-279 del 15 de mayo 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, No. Expediente: D-9324

del servicio de justicia, estas reclamaciones de pequeño valor seguirían atiborrando a los despachos judiciales cuando irónicamente el legislador ha creado un trámite expedito queriendo evitar la terrible situación que se expone.

Hay que decir también que representa un gran peligro a la seguridad jurídica el hecho de que como el proceso monitorio depende de las eventuales posturas que asuma el demandado³⁵, así como también la práctica de la notificación personal depende exclusivamente de la voluntad de este³⁶, se comprometa la correcta administración de justicia y los demás derechos del demandante ante la renuencia del demandado de comparecer ante el juzgado dejando a merced de un particular las garantías y prerrogativas que la Constitución les reconoce a los ciudadanos.

Para finalizar este punto, si bien la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la administración de justicia son reconocidos como derechos fundamentales ligados al derecho a la igualdad y al debido proceso, al ser el legislador quien posee el deber de materializarlos a través de la Ley, este puede en atención estricta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad limitar dichos derechos, sin embargo, esa limitación no debe violar la esencia misma de la Constitución, es decir, que a pesar de que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad al regular los procedimientos judiciales (su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos) según el artículo 4 constitucional, siempre debe tener como objetivo la guarda de los derechos consagrados en la Constitución política así como el seguimiento de las directrices que la misma Carta le impone a este para la consecución del objetivo mencionado.

Finalmente se hace necesario recalcar que la adopción del aviso como notificación subsidiaria dentro del proceso monitorio no viola los derechos demandado pues como se mostró en alguna parte de este escrito el legislador mismo e incluso la Corte Constitucional consideraron que ésta en el marco de un proceso normal garantiza el derecho al debido proceso del demandado y las demás garantías que de este se desprenden como el principio de publicidad, además, *“la notificación más que pretender formalizar la comunicación del inicio, desarrollo o agotamiento de una actuación, procura asegurar la legalidad de las determinaciones adoptadas en una instancia judicial, ya que al 'hacer conocer' se garantiza que los distintos sujetos procesales puedan utilizar los instrumentos o medios judiciales necesarios para la protección de sus intereses”*³⁷.

³⁵República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-726 del 24 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez, No. Expediente: D-10115

³⁶Corte Constitucional, Sentencia C-783 del 18 de agosto de 2004, op. cit.

³⁷Corte Constitucional, Sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, op. cit.

Aunado a lo anterior, si se da un toque de lógica al asunto que aquí se debate no encuentra el Semillero como podría vulnerarse el principio de publicidad o violar el postulado de la notificación de “hacer conocer” si el demandado recibe en sus manos el mandamiento de pago, la demanda y la exposición escrita de las consecuencias de la acción que tome frente al proceso, es decir, que a este en dos oportunidades se le informa debidamente de la existencia de un proceso interpuesto en su contra y además se le advierte de que si no se pronuncia será inmediatamente condenado a pagar la suma de dinero de la que se supone es deudor; esto asegura además sus derechos a la contradicción y a la defensa pues como lo sostiene la jurisprudencia y la doctrina, estos se ven resguardados por la bilateralidad pospuesta del proceso que depende exclusivamente de la actitud que desee tomar el demandado ya notificado.

5.1.1.3 La variedad de notificaciones en el marco del monitorio en otros países que sirve de guía para la práctica procesal colombiana

Otro punto que refuerza la propuesta del semillero de adoptar al aviso con ocasión del monitorio, es el hecho de que en muchos ordenamientos jurídicos extranjeros este tipo de notificación e incluso otras formas de comunicaciones procesales mucho más agresivas como el edicto, tienen cabida en el marco del proceso que aquí se estudia y anticipadamente el Semillero asegura que en dichos ordenamientos no se predicen perjuicios o afectaciones a los derechos del deudor-demandado y además el monitorio en esas legislaciones resulta ser todo un éxito, entonces es posible preguntarse ¿Por qué debería ir Colombia en contra de la práctica procesal internacional cuando ha sido tan fructífera?

Gran ejemplo de la situación que se plantea es Argentina, allí en la Provincia de la Pampa en su Código Procesal Civil y Comercial (Ley No. 1.828 de 1.999) en su artículo 466 se dispone que el monitorio se notifica en el domicilio real a través de cédula o acta notarial³⁸; en la Provincia de Río Negro se prevén las mismas formas de notificación anteriores en el artículo 489 de la Ley No. 4.142 de 2006³⁹; en la provincia de Entre Ríos según el artículo 476 de la Ley No. 9.776⁴⁰ y en la provincia de San Juan según el artículo 455 de la Ley No. 8.037 se prevén los mismos institutos notificadores enunciados en el marco del proceso monitorio; hay que advertir además que en las todas las provincias argentinas mencionadas se practica el edicto pero como se dijo en alguna parte del escrito, esta medida puede ser un tanto agresiva más sin embargo, en esta ocasión ello no será estudiado porque es un tema bastante controversial que merece un debate especial.

³⁸ MORAHAN, Mariano, *El procedimiento monitorio*, op. cit., p. 107.

³⁹ *Ibíd.*, p. 115.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 124.

Ahora, algo resaltable y que considera el semillero de investigación es una situación bastante peculiar que debe ser tenida en cuenta por Colombia para la adopción practica del monitorio es el hecho de que la notificación personal por cédula que se efectúa en la nación patagónica es equiparable a la notificación por aviso en tanto la primera se surte en el domicilio del demandado entregando la respectiva comunicación junto con la demanda y todos sus requisitos respectivos, algo claramente similar a lo que sucede con la segunda.

En Alemania en el libro 7 del *Zivilprozessordnung* se regula lo relacionado con la orden de pago (monitorio) y en su artículo 693 se dispone que la orden respectiva debe ser notificada al deudor pero tal y como lo anota Correa Delcasso, no se dispone de qué forma, pero esa laguna jurídica ha sido resuelta por el régimen de notificaciones generales del código alemán mencionado por lo que en el marco de este proceso el órgano jurisdiccional notifica de oficio enviando el mandamiento de pago al domicilio del deudor por correo certificado y con acuse de recibo⁴¹.

Según Joan Picó I Junoy en España cuando la demanda monitoria cumple con todos los requisitos para su procedencia, esta debe ser notificada personalmente al deudor en el Tribunal a través de la entrega de una copia de la providencia o cédula en su domicilio⁴² teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debiendo firmar el notificador y el notificado la respectiva entrega.

En Francia el sistema de notificación del monitorio es conocido como *signification par huissier de Justice*, dicho sistema consiste básicamente en la existencia de personajes jurisdiccionales que se encargan de realizar notificaciones que en el caso del monitorio se aseguran de que la persona conozca las consecuencias de oponerse, callar o pagar bajo las condiciones especiales de este proceso, además la comunicación correspondiente se hace personalmente al deudor en su domicilio⁴³; en Italia sucede algo parecido pues según Correa Delcasso, la notificación del monitorio se surte según las disposiciones del artículo 134 y siguientes del Código de Procedimiento Civil de esa nación, el cual dispone que la comunicación es entregada al deudor a través del *ufficiale giudiziario* personalmente o en su residencia habitual.

En Venezuela la notificación principal del monitorio (personal) se realiza cuando el Secretario del Tribunal compulsu una copia de la demanda y del decreto de intimación y la entrega al Alguacil para que practique la citación personal del demandado en la

⁴¹ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, op. cit. p. 177

⁴² PICÓ I JUNOY, Joan, *El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito*, op. cit., p. 11

⁴³ CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, op. cit. p.p. 66 - 71

forma prevista en el artículo 218 del código de procedimiento civil venezolano⁴⁴ y al igual que la notificación personal colombiana, es necesario que el demandado acuda al juzgado a surtir tal comunicación pero si este no acude, el ordenamiento jurídico bolivariano dispone un tipo de notificación subsidiaria mediante el cual se fijan carteles en la puerta de la casa de habitación del intimado o en la de su oficina o negocio, si fueren conocidos o aparecieren de los autos, que contengan la transcripción íntegra del decreto de intimación, otro cartel igual se publicará por la prensa, en un diario de los de mayor circulación de la localidad que indique expresamente el Juez durante treinta días una vez por semana, si el demandado no compareciere a darse por notificado dentro del plazo de diez días siguientes a la última constancia que aparezca en autos de haberse cumplido las mismas, el Tribunal nombrará un defensor al demandado con quien se entenderá la intimación⁴⁵.

Entonces, como logró mostrarse de una manera muy sencilla y concreta, los países en donde particularmente el monitorio resulta ser muy efectivo poseen un régimen de notificaciones que asegura que el demandado conozca del proceso y así pueda adoptar la posición que mejor le convenga, pero como se observó no se obstaculiza el nacimiento de dicho proceso al sobreproteger al deudor pues es claramente importante que la Litis pueda trabarse realmente y así el acreedor de la obligación pueda hacer exigible su derecho ante la jurisdicción tal y como sucede en la provincias argentinas, en España y en Alemania en donde para sintetizar la idea, se adopta al “aviso” como tramite comunicador por excelencia o Francia e Italia que adoptan dicho aviso con la peculiaridad de que es efectuado por profesionales de la Justicia en su afán de salvaguardar los derechos del demandado, y Venezuela, país que posee la notificación personal como principal en el marco del monitorio y la notificación por carteles de manera subsidiaria.

Para finalizar, es claro que ninguno de los ordenamientos jurídicos mencionados adoptan como única forma de comunicar la existencia del monitorio al demandado a la notificación personal pues como se ha probado es una traba enorme para la configuración del mismo y lo que resulta más sorprendente es que en dichas naciones se tenga como primer medida al aviso e incluso se tenga también al edicto pues lo importante es que pueda ponerse en marcha al andamiaje judicial y no dejar a merced del deudor rebelde los derechos del acreedor urgido.

5.2. El juez puede apartarse del precedente establecido por la Corte Constitucional y permitir subsidiariamente la notificación por aviso en el proceso monitorio

⁴⁴ República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, Gaceta Oficial 4209E del 18 de septiembre de 1990, *Código Procedimiento Civil*, Artículo 649.

⁴⁵ RIVERA MORALES, Rodrigo, “Del procedimiento por intimación”, *El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2013, p. 57 - 59

Conforme a lo anteriormente expuesto, la solución que resultaría más eficaz e idónea sería que la propia Corte Constitucional analizara los nuevos argumentos que estudian las consecuencias de la exclusión de la práctica de la notificación por aviso dentro del proceso monitorio, procediera a declarar la cosa juzgada aparente y consiguientemente dotara de mayor efectividad al proceso monitorio permitiendo la práctica de la notificación subsidiaria, sin embargo, convencidos de la fuerza jurídica de los argumentos mencionados en los acápites anteriores, no se puede desconocer la posible incidencia de eventuales posturas negativas que pueda asumir la Corte frente al tema en cuestión, por lo tanto el Semillero de Investigación propone como solución subsidiaria que los jueces en ejercicio de los principios de independencia, autonomía, activismo y garantismo judicial procedan a efectuar la notificación por aviso en el proceso estudiado en esta investigación teniendo en cuenta las siguientes afirmaciones.

Sin entrar en la discusión sobre el carácter de lo expresado por la Corte Constitucional es decir, si es *ratio decidendi* que constituya precedente constitucional obligatorio o no, lo cierto es que, como lo menciona Javier Tamayo Jaramillo, “*si en sus falencias humanas la Corte, de la mejor buena fe, dicta una sentencia injusta, pese a lo cual será obligatoria ¿entonces la igualdad se impondrá sobre la justicia y a todos por igual se les aplicará la injusticia?*”⁴⁶, bajo esta perspectiva se debe partir del error que cometió la Corte al no realizar integralmente el estudio de constitucionalidad del monitorio, por lo cual el juez no debe asumir una actitud pasiva y limitarse a aplicar dicho error solo porque el Tribunal Constitucional en su laxo estudio así lo preceptuó, por el contrario debe buscar que sus actuaciones conlleven a una justicia material real.

Como sustento de la idea anterior es preciso citar la paradójica Sentencia C-726 del 2014 en la cual se dijo que “*en virtud de la regulación integral que prevé el Código General del Proceso, en su artículo 4° se estipula que el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes. Esta atribución conferida al juez constituye una garantía general para que en el transcurso del proceso, en todo momento de manera oficiosa se propenda por la igual sustancial de las partes*”⁴⁷, enunciado que está en plena concordancia con el artículo 2° del C.G.P. que consagra el derecho que ostenta toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses.

Además, por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial sino que deben propender por su realización, es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la

⁴⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La decisión judicial*, Primera Edición, Tomo II, Medellín, Editorial Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2011, p. 1659

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-726 del 24 de septiembre de 2014, op. cit.

efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas, por lo cual el juez está revestido de la independencia, autonomía e imparcialidad suficiente para cumplir con tales fines cuando considere razonablemente que una formalidad se impone y sacrifica de forma manifiesta el derecho sustancial.

Es preciso aclarar que la autonomía judicial consiste en la apreciación, valoración e interpretación que el juez realiza en sus actuaciones, las cuales si bien se desarrollan en el campo de lo discrecional, no pueden alcanzar niveles arbitrarios en su ejercicio, por el contrario, la discrecionalidad debe ser ejercida con base en una fundamentación jurídica objetiva y razonable⁴⁸.

Si bien el operador judicial goza de autonomía para no seguir una interpretación dada por su superior, esta tiene como restricción el deber de sustentar debidamente dicha separación argumentando fuerte y objetivamente su nueva posición para no vulnerar principios como la seguridad jurídica y que del ejercicio de ponderación realizado por el juez la decisión restrictiva de derechos sea justificable, en consecuencia la autonomía no significa libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho, por el contrario se debe regir por fines constitucionalmente legítimos.

En el caso en concreto, se encuentra que las razones expuestas por el Semillero de Investigación por las cuales se considera que la interpretación que la Corte Constitucional dio con respecto a la notificación del proceso monitorio vulnera el derecho sustancial, resultan ser objetivas y razonables para ser alegadas por el juez al momento de apartarse de dicha restricción, respaldado por la reiterada jurisprudencia que avala la constitucionalidad de la notificación por aviso y en el débil o casi inexistente argumento para negar su práctica.

Una parte de la jurisprudencia establece que el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades públicas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la Ley, pero existen peculiaridades como la aquí presentada que indican que si se acepta de manera ciega el precedente constitucional cuando este es aislado y contradictorio, ello equivaldría a violar en mayor medida mandatos legales y constitucionales.

Sobre este punto, el operador judicial debe tomar una posición netamente garantista frente al tema y decidir conforme a un análisis sistemático del Derecho que actuación se realizará, puesto que *“es factible que el juez halle equivocada la interpretación de la corte; halle otra interpretación igualmente racional, o que le dé a la jurisprudencia*

⁴⁸República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-056 del 29 de enero de 2004, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, No. Expediente: T-775627.

*misma cierta interpretación que conduce a una solución no prevista por la Corte en su sentencia*⁴⁹, lo cual no será inconstitucional si expresa los motivos de su raciocinio.

Estas previsiones ya han sido analizadas por la jurisprudencia y la doctrina colombiana, estableciendo que *“solo una desobediencia no motivada racionalmente podría dar lugar a la investigación penal”*⁵⁰ pues *“convertir en prevaricato el desconocimiento de los precedentes constitucionales es el activismo judicial más antijurídico que pueda concebirse”*⁵¹, y más aún cuando se obliga a aplicar un precedente constitucional erróneo.

En conclusión, de nada serviría garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia si los jueces no pueden ser autónomos e independientes al momento de aplicar el Derecho tal y como lo preceptúa la Constitución y los Tratados Internacionales que abordan el tema⁵² por lo que el juez tiene el derecho y el deber de ejercitar sus poderes soberanos respetando las restricciones impuestas en la materia, sin dejar de ser observante y diligente, pues en últimas es él quien dirige el proceso y materializa los postulados de justicia y equidad.

Conclusiones

1. El proceso monitorio se proyecta como una nueva figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano que promete otorgar de manera pronta y eficaz un título ejecutivo a todos aquellos acreedores de pequeñas deudas que carecen de él.
2. La Corte Constitucional en Sentencia C-726 de 2014 se equivocó al prohibir la notificación por aviso en el proceso monitorio.
3. La prohibición establecida por la Corte Constitucional representa la muerte jurídica para el proceso monitorio pues basta con la renuencia del requerido para que la continuación del mismo se vea obstruida.
4. Al interpretar sistemáticamente el Código General del Proceso encuentra el semillero de investigación que la notificación por aviso es procedente en el proceso monitorio en Colombia, toda vez que la prohibición hecha por la Corte Constitucional no fue fundamentada y desconoce su propia jurisprudencia afectando los derechos al acceso a la administración de justicia y la tutela jurisdiccional efectiva del demandante.

⁴⁹TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La decisión judicial*, op. cit., p. 1785

⁵⁰ Ibíd.

⁵¹ Ibíd.

⁵²República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1031 del 27 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett, No. Expediente: T-454716

5. La notificación por aviso no afecta los derechos del demandado en tanto esta cumple con su finalidad de “hacer saber o conocer” efectivizando el principio de publicidad y debido proceso tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia C-783 de 2004.

6. El Semillero de Investigación para solucionar la problemática generada por la Corte Constitucional propone la formulación de una demanda de inconstitucionalidad con la cual se busca declarar inexecutable la palabra *personal* en la norma que regula el monitorio o para que se declare la constitucionalidad condicionada en el entendido de que cuando no pueda surtirse la notificación personal pueda efectuarse subsidiariamente el aviso tal y como se hace en los procesos declarativos ordinarios por remisión de la propia norma.

7. Los Jueces serán los encargados de que el proceso monitorio cumpla su finalidad, para ello deben apartarse del precedente sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-726 de 2014 y dar aplicación a la notificación por aviso en el marco del proceso estudiado toda vez que ello no viola ningún derecho del demandado y asegura la tutela jurisdiccional efectiva de las partes.

8. En cuanto a la actuación deliberada que en ocasiones asume la Corte al desconocer incluso su precedente constitucional pasando por alto el deber de justificar razonablemente sus decisiones, solo resta decir que “*la cosa juzgada constitucional ha muerto. La credibilidad de la Corte ha quedado en entredicho. No podrá esta institución dejar de ahorrarse esfuerzo alguno para reconstruir la confianza pública en su palabra*”⁵³ y quien más que el propio juez para hacerlo.

Referencias bibliográficas

Doctrina

CALAMANDREI, Piero, *El proceso monitorio*, citado en: Correa Delcasso, Juan Pablo, *El proceso monitorio*.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto, “El procedimiento monitorio en Colombia”, *El procedimiento monitorio en América Latina, Pasado, Presente y Futuro*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2013.

⁵³TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La decisión judicial*, op. cit., p. 2024

CORRA DELCASSO, Juan Pablo, “El proceso monitorio en Europa y en América Latina”, *Memorias del X Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Cúcuta, 2014.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo, “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”, *El procedimiento monitorio en América Latina, Pasado, Presente y Futuro*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2013.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1998.

ENGLER, Bárbara, *Introducción a las teorías de la personalidad*, Cuarta Edición, México D.F., Mc Graw W-Hill Interamericana Editores.

MORAHAN, Mariano, *El procedimiento monitorio*, Primera Edición, Paraná, Delta Editora, 2011.

RIVERA MORALES, Rodrigo, “Del procedimiento por intimación”, *El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2013.

PERROT, “L’efficacité des procédures judiciaires au sein de l’Union Européenne et les garanties des droits de la défense”, *L’efficacité de la Justice Civile en Europe*, Bruxelles, 2000, p. 427, citado en: Correa Delcasso, Juan Pablo, “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”.

QUINTERO, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría general del derecho procesal*, Cuarta Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2008, citado en: Colmenares Ortiz, Carlos Alberto, “El procedimiento monitorio en Colombia”.

SMITH, K. U., *The behavior of man introduction psychology*, New York, 1958.

Tamayo Jaramillo, Javier, *La decisión judicial*, Primera Edición, Tomo II, Medellín, Editorial Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2011.

Artículos

“Informe sobre los datos de la estadística judicial y los datos generales sobre “panorámica de la Justicia” contenidos en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial”, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 de mayo de

2013, http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/Informe_datos_estad%C3%ADsticos_CGAE_UAM.pdf, p. 20, fecha de consulta: 06 de mayo de 2015.

Colmenares Ortiz, Carlos Uribe, “Carlos Alberto Colmenares: el proceso monitorio traerá muchos beneficios”, *Ámbito Jurídico*, 28 de febrero de 2014, [en línea] [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140228-03carlos alberto colmenares el proceso monitorio traera muchos be/noti140228-03carlos alberto colmenares el proceso monitorio traera muchos be.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140228-03carlos%20alberto%20colmenares%20el%20proceso%20monitorio%20traera%20muchos%20be/noti140228-03carlos%20alberto%20colmenares%20el%20proceso%20monitorio%20traera%20muchos%20be.asp), fecha de consulta: 16 de abril de 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan, “El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Volumen 37, 2011, <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/37/JoanPicoIJunoy.pdf>, fecha de consulta: 24 de abril de 2015.

Jurisprudencia colombiana

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-279 del 15 de mayo 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, No. Expediente: D-9324

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-428 del 29 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, No. Expediente: D-545

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-505 del 03 de julio de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, No. Expediente: D-3856

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, No. Expediente: D-2374

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-726 del 24 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, No. Expediente: D-10115

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-783 del 18 de agosto de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, No. Expediente: D-5027

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-925 del 18 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, No. Expediente: D-2407

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad C-012 del 23 de enero 2013, Magistrado Ponente: Mauricio Gonzales Cuervo, No. Expediente: D-9195

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad C-472 del 23 de julio de 1992, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, No. Expediente: D-032

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad C-641 del 13 de agosto 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, No. Expediente: D-3865

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad C-774 del 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, No. Expediente: D-3271

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-056 del 29 de enero de 2004, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, No. Expediente: T-775627

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1031 del 27 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett, No. Expediente: T-454716

Leyes:

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Congreso de la República, Gaceta Oficial 4209E del 18 de septiembre de 1990, *Código Procedimiento Civil*.

¿ES VIABLE LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROCESO MONITORIO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO?*

Semillero de Derecho Procesal
Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá

*Alexia Valentina Altamirano Tabilo***

Director de Semilleros: *José Fernando Mestre Ordóñez¹*

Resumen

En el trabajo que se presenta a continuación se intentará demostrar a través de un análisis jurisprudencial, doctrinal, y de distintos estudios institucionales, en una primera etapa, la crisis de congestión que vive el sistema judicial colombiano no sólo en la actualidad sino que desde antes de la implementación del proceso acusatorio. Luego se ahondará en las distintas instituciones jurídicas con las que hoy cuenta el sistema local para afrontar dicha crisis, haciendo hincapié en la crítica a cada una de ellas. En una tercera etapa se mostrará la última innovación y tema principal de esta

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 12 de diciembre de 2016.

Para citar el artículo: ALTAMIRANO TABILO, Alexia. ¿Es viable la implementación de un proceso monitorio en el sistema penal colombiano? *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 371 - 403.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Estudiante e integrante del grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal, Docente de la Pontificia Universidad Javeriana - Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

ponencia: Proceso monitorio civil. Acá además de desarrollar sus características y regulación legal, se dejará en evidencia la imperiosa necesidad de extenderlo a otras ramas del derecho, sobre todo la penal, por su buen funcionamiento y por sobre todo por el apoyo efectivo que ha traído a los tribunales civiles del país para afrontar la crisis enunciada en un comienzo y que las otras instituciones vigentes no han sabido dar cabida, además de cumplir con mandatos internacionales para un debido proceso, como lo son, la tutela judicial efectiva y el plazo razonable. Por último, basándome en la similitud de realidades sociales, económicas y políticas existentes, cuestión fundamental para implementar cualquier proceso de reforma, explicaré el funcionamiento del proceso monitorio en el derecho penal chileno y su fuerte control de garantías para dar cuenta, que la implantación de un proceso monitorio en el derecho penal colombiano, es el mejor camino para seguir afrontando la crisis de congestión judicial que asecha a un sector de la población, que sin constituir un grave peligro para la sociedad, han cometido ilícitos respecto de los cuales el sistema de justicia no tiene capacidad de ocuparse, generándose impunidad, atenuándose la sensación de justicia.

Palabras claves: Procedimiento Monitorio, congestión judicial, proceso acusatorio, plazo razonable, tutela judicial efectiva.

Abstract

The following work will firstly attempt to demonstrate through a jurisprudential, doctrinal analysis and different institutional studies, the crisis of congestion affecting the judicial system in Columbia, not only in the present but since before the implementation of the accusatory process. Secondly, it will delve into current legal institutions that count for the local system to cope with such crisis, emphasizing the criticism to each of them. The third part will display the latest innovation and main theme of this paper: payment procedure. Here, in addition to developing their characteristics and legal regulation, will be highlighted the urgent need to extend it to other subjects of law, especially criminal law, for their good performance and above all effective support that has brought the civil courts in the country to deal with the beginning crisis and that other existing institutions have failed to accommodate in addition to complying with international due process mandates, as they are, effective judicial protection and the reasonable term. Finally, based on the similarity of existing social, economic and political realities, the fundamental question to implement any reform process, I will explain the order of operation for the payment procedure in the Chilean criminal law and its strong control of guarantees to be realized, that the implementation of an order for payment procedure in the Colombian criminal law, how it is the best way to continue facing the crisis of judicial congestion which lurks a sector of the population that without constituting a danger to society, and for which

the justice system is not capable of dealing, generating impunity, fading sense of justice.

Key words: Payment procedure, judicial congestion, adversarial process, reasonable term and effective judicial protection.

1. Congestión del sistema de justicia: principal mal que aqueja a la administración de justicia colombiana

Es necesario aclarar en términos conceptuales, que se presentará congestión *“cuando el aparato judicial establecido por la Constitución y la ley, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas”*¹

Hernando Herrera, a través del Departamento de Derecho Internacional, refiriéndose al estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia, hace mención a un estudio realizado por el “Instituto Ser” sobre congestión judicial y que arroja cifras bastantes preocupantes. *“En el año 1994, las diferentes jurisdicciones sumaban un total de más de 2.573.406 procesos acumulados o representados, distribuidos así: jurisdicción laboral 129.797 procesos, Jurisdicción Civil 1.426.834 procesos y Jurisdicción de Familia 375.777 procesos. A finales de 1997, la congestión total se mantenía, pero había subido por encima de cuatro millones de procesos”*².

El profesor y Juez de Garantía de Chile, Jorge Sáez hace cita de una Investigación de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, dentro de su capítulo al que denomina “Crisis del sistema judicial”, y se señala que en razón de comparar el tiempo real de duración de los procesos penales con el tiempo establecido en la ley, *“la duración de los procesos es siempre superior a la legal máxima. El tiempo promedio es 202.9 % superior al fijado en las normas”*³.

Para mayor abundamiento, Francisco González y Carlos Esteban Posada en su artículo titulado criminalidad, violencia y gasto público en defensa, justicia y seguridad

¹ CORONADO BRITTO, Ximena. La Congestión Judicial en Colombia. Trabajo de Grado para optar por el título de Comunicador social y periodista. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Comunicación y Leguaje. 2009. p 29.

² HERRERA MERCADO, Hernando. Estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia. Departamento de Derecho Internacional. Organización de los Estados Americanos Washington D.C. [en línea] <http://projusticia.org.pe/Informes/Reforma/Solucion_Conflictos_Colombia.pdf> [fecha de consulta: 9 de abril de 2015].

³ SÁEZ, Martín. La organización y administración de los nuevos tribunales. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana. 2007. p 23.

en Colombia, han señalado lo siguiente: *“En la información para 1994 se aprecia que la justicia civil apenas logró evacuar 37% de los casos; la justicia de familia, no más de 40% y la contencioso administrativo, apenas el 29%. Pero la mayor congestión se registra en la justicia penal. Según cálculos del Consejo Superior de la Judicatura, bajo el supuesto de que no ingresaran nuevos casos al sistema, la justicia penal tardaría 9.2 años en evacuar los procesos existentes, y la justicia civil 6 años”*⁴.

Hernán Fabio López Blanco, profesor y segundo Vicepresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia ha señalado que las estructuras judiciales tradicionales no tienen la capacidad necesaria para atender la creciente conflictividad, afectando con ello el acceso a una justicia oportuna y eficaz, especialmente de las poblaciones más débiles de la sociedad, agrega que muestra de ello es la acumulación de procesos en los despachos judiciales, unos tiempos procesales elevados y la atención relativa de las pequeñas causas⁵.

Según un estudio de la Corporación Excelencia a la Justicia dentro del Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial 2002, en promedio cada juez en el país demora, en primera instancia, aproximadamente 655 días –casi dos años- para resolver un litigio, solo en la justicia ordinaria⁶.

En materia civil con admisiones superiores a los 600000 procesos anuales en los últimos años (desde el 2008), siendo la mayoría juicios ejecutivos, cuyo trámite toma actualmente 2,5 años aproximadamente, en primera instancia, en perjuicio de la seguridad y de la actividad económica general⁷.

Dentro del Derecho Penal sucede un fenómeno que es aún más preocupante, ya que existe una mayor frecuencia de aplicación de penas privativas de libertad, por lo que la congestión de la justicia genera situaciones como la que nos relata un reporte de justicia del CEJA realizado en enero del año 2007. Para esa fecha había 142,28 personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes, 6,7% menos que el 2004. Del total de la población encarcelada, 32, 18% lo estaba sin condena. Aun en la actualidad (2009) esto continua pasando y con el paro judicial del año 2008 se evidencia esta situación⁸.

⁴ GONZÁLEZ, Francisco; Posada, Carlos. Criminalidad, violencia y gasto público en defensa, justicia y seguridad en Colombia. [en línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v3n4/v3n4a5>> [fecha de consulta: 9 de abril de 2015] 90p.

⁵ CORONADO BRITTO, Ximena. La Congestión Judicial en Colombia. Trabajo de Grado para optar por el título de Comunicador social y periodista. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Comunicación y Leguaje. 2009. p 29.

⁶ *Ibíd.* 64p.

⁷ *Ibíd.* 74p.

⁸ *Ibíd.* 85p.

Otro fenómeno que tiene ocurrencia en el contexto penal, como lo señala Murillo, es el tema de las pequeñas causas o faltas, ya que si bien con el sistema acusatorio se ha disminuido la congestión, el legislador ha olvidado lo de las penas mínimas y las pequeñas causas que han quedado en el aire y eso también congestiona⁹.

2. Consecuencias

Las implicancias que conlleva la descongestión van mucho más allá de simples moras o atrasos, significan, como lo señala Ximena Britto:

- Violación al principio de la pronta y cumplida justicia establecida por la Constitución.
- Denegación al servicio de justicia.
- Incumplimiento de plazos razonables, tal y como lo exige el derecho internacional¹⁰.

Debemos destacar que el plazo razonable podría definirse en el ámbito procesal de la siguiente manera. El plazo es toda “condición de tiempo puesta al ejercicio de una determinada actividad procesal”¹¹. Y en relación con el plazo razonable esto significa que todo el proceso, como conjunto máximo de la actividad procesal, debe (sólo puede) ser realizado dentro del tiempo fijado como razonable¹².

Es así, que tal como lo señala Daniel Pastor: “*el plazo razonable es aquel periodo únicamente dentro del cual puede ser llevado a cabo un proceso penal adecuado al Estado de derecho. Ese lapso es determinado de acuerdo a la normativización de la mediación del tiempo que rige todos los aspectos de la vida cotidiana; así pues, normalmente, los plazos son establecidos en horas, días, semanas, meses y años*”¹³

La Convención Americana en su artículo 8.1 dispone: “*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*

⁹ Ibíd. 93p.

¹⁰ Ibíd. 107p.

¹¹ PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. Teoría/Práctica de la jurisdicción. [en línea] < <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-AcercaDelDerechoFundamentalAlPlazoRazonableDeDurac-839241.pdf> > [fecha de consulta: 12 de abril de 2015]. p 60.

¹² Ibídem.

¹³ Ibídem.

determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".¹⁴

Y tal como lo establece el artículo 1.1 del mismo cuerpo legal: *"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*. Y Colombia ha ratificado dicha Convención, convirtiéndose en Estado miembro de la misma, el día 2 de marzo de 1970.

3. Modernización y descongestión de la justicia, como temas prioritarios en la justicia colombiana

La evaluación de una modernización del sistema de justicia, conjuntamente con lograr una descongestión judicial, han sido temas patentes en la sociedad colombiana desde hace muchos años. Ya durante el Quinto Encuentro de tribunales del Distrito Judicial, realizado en Bogotá el año 1992 se señalaban como dos objetivos particulares de dicha instancia. Dentro de la evaluación del distrito judicial de Barranquilla por ejemplo, se señalaba respecto del punto modernización de la justicia lo siguiente: *"No es equivoco aseverar que siguen gravitando deficiencias en la administración de justicia, debido a que confluyen diversos factores que sirven de aditamento, tales como la mala dotación o falta de medios para laborar adecuadamente en los despachos judiciales para administrar pronta y cumplida justicia y, desde luego, existe una impresionante congestión de procesos acumulados en los anaqueles de los juzgados de toda la República, constituyendo elementos perturbadores de la eficiencia y prontitud de la justicia más digna, vigorosa en todo el sentido literal de la palabra y de contera se requiere que se introduzca la modernización, o sea, involucrándose al progreso tecnológico en todas sus dimensiones"*¹⁵

Es de esta forma que los procedimientos de abreviación –en general- han constituido una tendencia cada vez más creciente, no sólo en su adopción sino que también en su aplicación por los distintos tribunales el país.

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. [en línea] < http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf> [fecha de consulta: 12 de abril de 2015]

¹⁵ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 5º Encuentro de tribunales de distrito judicial. Santafé de Bogotá. DC-Colombia. Para la libertad, 1992. p 100.

Darío Bazzani Montoya se ha referido a este tema no solo desde un punto de vista jurídico-procesal, sino que poniendo enfoque en una visión de política criminal, argumentando en favor de tales tipos de procedimientos de la siguiente forma:

- a. *Son un mecanismo indispensable para garantizar la efectividad de la administración de justicia*¹⁶. El Autor hace especial énfasis en los procesos penales en donde sería imposible llevar a cabo todas las investigaciones con los recursos del Estado. De esta forma, y con la aplicación o adopción de los procedimientos de abreviación se concentraría la actividad investigativa ordinaria en los procesos que ofrecen dificultad probatoria.
- b. *Facilitan el cumplimiento de los fines de la pena mediante la realización de los principios de celeridad y economía procesales*¹⁷. Señala el autor que la abreviación de los procedimientos en los casos en que desaparece la Litis es una garantía que se establece en favor de la sociedad y del propio condenado, tutelando un proceso sin dilaciones injustificadas.

En el mismo sentido sigue la Recomendación n°12 R (87) 18 del Consejo de Europa en la cual se promueve la adopción de instrumentos de agilización dentro del marco permitido por las Constituciones de los Estados miembros¹⁸.

Por su parte, la sentencia C-279 de 2013 de la Corte Constitucional al referirse a la administración de justicia, se pronunciaba de la siguiente forma: *“El derecho a la administración de justicia está directamente relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución y otorga a los individuos una garantía real y efectiva que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión”*¹⁹

En el mismo sentido dicho órgano se expresó el año 2011 en Sentencia T 799, de la siguiente forma: *“Ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra*

¹⁶ Montoya, Darío. La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Colombia. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2006. p 225.

¹⁷ *Ibíd.* 226p

¹⁸ Consejo de Europa, Comité de Ministros. Recomendación (2000)19 a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia Penal. 6 de octubre de 2000. [en línea] <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1465399&SecMode=1&DocId=1452698&Usage=2>> [fecha de consulta: 8 de abril del 2015]

¹⁹ Lanos Torres, Ximena; Torres Montaña Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil Colombiano. Monografía para optar al título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. 2013. p 26.

*manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley*²⁰ (Corte Constitucional del Colombia, 2011).

Es así que una reforma judicial, que en el fondo sirve para dar respuesta adecuada y razonable a la construcción de un sistema jurídico en determinado contexto nacional, y en tal caso, si ésta es orientada a un sistema procesal que permita hacerse cargo de una efectiva y eficiente solución de los conflictos, haciendo de ellos una realidad de todos los ciudadanos, es el camino correcto para la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho.

4. Instituciones con las que hoy cuenta el sistema procesal colombiano para afrontar la congestión

Las negativas estadísticas y sus consecuencias en la práctica, nos presentan una justicia colombiana que no ha sabido cumplir con la demanda, dándonos incluso un enfoque bastante pesimista sobre su mejoramiento.

Sin embargo, y frente a este panorama esbozado es importante destacar que la justicia colombiana, sobre todo desde la implementación del nuevo procedimiento acusatorio, ha sabido apaciguar o aminorar esta casi “crisis” del sistema.

Se ha implementado un proceso oral con inmediación, procesos especiales de terminación anticipada al procedimiento y el principio de oportunidad, que generan una resolución más rápida al conflicto, evitando el desgaste, la demora y aportando bastante a la economía procesal.

4.1. El sistema acusatorio colombiano: El primer paso

A partir del Acto Legislativo 03 del año 2002, Colombia adoptaba el sistema acusatorio. Sistema jurídico que ya había sido adoptado por varios países de Latinoamérica (Ecuador, Bolivia, Venezuela, Chile y Puerto Rico). Puede ser definido como lo señala Luigi Ferrajoli: *“sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la*

²⁰ *Ibíd.*

*defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción*²¹

A. Cambios de paradigma del proceso acusatorio

A.1. Desde una noción de justicia retributiva a una restaurativa

El cambio de enfoque de la justicia colombiana, ha significado no solo racionalizar la solución de los conflictos, involucrando a la víctima en la toma de decisiones mucho más cercana y acordes a sus intereses y a los de la sociedad, sino que también ha logrado la posibilidad de una pronta definición de los procesos, con la consecuente descongestión judicial, como condición de posibilidad para adelantar con mayor rigor los juicios importantes o difíciles²².

A.2. De un proceso escrito a uno oral

No cabe duda, que el paso de un proceso escrito a un juicio oral ha sido un avance importante dentro del sistema de justicia de Colombia, que significó no sólo una mayor fluidez y eficacia de los procedimientos judiciales, sino que además la efectiva realización de los principios procesales y probatorios tan importantes como la inmediación y la contradicción²³.

Sin embargo, y tal como lo señala el autor del artículo, Luis Fernando Delgado, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, en su oportunidad, frente a la ley de “Pequeñas Causas” de Colombia refiriéndose al juicio oral acusatorio y sus implicaciones, este último no deja de afrontar en la práctica ciertos problemas, de no menos importancia. La gran inversión de tiempo y dinero, estatal y privado que éste llevaba consigo es uno de los problemas principales: *“La preparación y realización de un juicio oral supone grandes costos económicos para el aparato jurisdiccional, pero también para otros entes estatales como la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría Pública, la Procuraduría General de la Nación, así como otras instituciones dedicadas a la investigación, tanto públicas como privadas. De igual modo supone inversiones y*

²¹ Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. ¿Qué es el sistema penal Acusatorio? [en línea] <http://cispa.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=6> [consulta: 07 de abril de 2015]

²² Delgado Llano, Luis. Los nuevos paradigmas de la justicia penal colombiana frente a la ley de “pequeñas causas”. [en línea]. Colombia. <<http://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/1962776/pequenas+causas+25+01+08.pdf/020f7356-2b60-4b5a-a6c9-0b1eb09e7c5f>> [consulta: 7 de abril de 2015] p 8.

²³ Ibíd. 7p.

*gastos para quienes tienen recursos suficientes para ir a juicio con un defensor contractual*²⁴

Para mayor ahondar sobre este último punto, agrega el mismo autor refiriéndose a la utilidad del juicio oral: *“Pues aunque se ha logrado superar en alguna medida la excesiva morosidad de los procesos escritos, la falta de recursos suficientes para atender las demandas de justicia, hace que se presenten niveles significativos de congestión que llevan a dilatar irremediablemente los términos judiciales”*²⁵

De esta manera es que el sistema penal y la ley procesal penal por sobre todo, ha buscado otras alternativas al juicio oral, de manera que se puedan superar éstas y otras problemáticas que ha llevado consigo desde su implementación.

4.2. Preacuerdos y negociaciones previas

La Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación desde antes de la audiencia de formalización, hasta antes de ser presentado el escrito de acusación.

Tal y como hace referencia Alfonso Daza en su artículo sobre los problemas actuales del sistema acusatorio en Colombia: *“Este acuerdo busca que el imputado se declare culpable o acepte un cargo relacionado con una pena menor, a cambio de que el Fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, o que en su alegato de conclusión el Fiscal tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena”*²⁶.

Se establece una garantía con el capturado, y es la necesaria presencia de su defensor para la negociación con el Fiscal. Sin embargo, es una garantía bastante vacía, ya que el Defensor sólo se debe limitar a ver cómo su defendido acepta los cargos en su integridad.²⁷

La otra garantía que de no cumplirse puede ser objeto de declaración de nulidad constitucional y legal por vulneración del derecho de defensa, es la que tiene en cuenta la manifestación del capturado si existió o no comunicación previa con su defensor con el objeto de trazar alguna estrategia de defensa, o por lo menos para hacer la

²⁴ *Ibíd.* 9p.

²⁵ *Ibíd.* 10p.

²⁶ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Problemas actuales del sistema acusatorio en Colombia. [en línea]. Informa de Investigación Grupo: Grupo Derechos Humanos y garantías procesales Dialnet <<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-ProblemasActualesDelSistemaAcusatorioEnColombia-1454535.pdf>> [fecha de consulta: 08 de abril de 2015] p 6.

²⁷ *Ibíd.* pp 6-7.

advertencia sobre los efectos jurídicos de la aceptación de cargos, antes de la formulación de la imputación²⁸.

Sin embargo, conforme a lo señalado por Margarita Rosa Cortés²⁹, refiriéndose a algunos problemas relevantes de la institución en comento, señala que en la práctica de los preacuerdos suelen afectarse pilares fundamentales del sistema penal, como lo son los derechos del imputado o acusado, cuestión que las altas Cortes de Colombia a través de una loable labor pedagógica, están intentando, a través de la jurisprudencia, concientizar a los señores jueces, fiscales y defensores, sobre su correcta aplicación.³⁰

Se han violado los derechos del imputado o acusado, porque no se le ilustra de manera clara sobre la real situación probatoria.

Según la autora constituye causa fundamental del problema que: *“los preacuerdos se celebran después de la imputación en la mayoría de los casos, antes de la acusación, cuando la Fiscalía no ha revelado los cargos contra el imputado y por lo tanto éste aún no puede medir el alcance de su contradicción”*³¹

El imputado condiciona su aceptación a la sola rebaja de pena sin tener la oportunidad de medir condiciones fácticas que pudiesen darse en el futuro que evitaran dichas agravantes.

No es prudente, como señala la autora *“que el fiscal se precipite en la propuesta o aceptación de preacuerdos cuando advierte que pueden variar las condiciones fácticas hacia el futuro, como cuando la víctima de una tentativa de homicidio se encuentra en un estado preagónico; o cuando la prueba pericial no ha arrojado un resultado más o menos definitivo sobre la gravedad y secuelas de las lesiones personales”*³²

Sobre este punto sigue también Garzón, Londoño y Martínez, tomándose de una cita de F.M Pagano del año 1787 que señala lo siguiente: *“¿Qué clase de trato es este que han imaginado las genes doctas? El fiscal no es sino un acusador público, el ejecutor de*

²⁸ *Ibíd.* p 7.

²⁹ Abogada especializada en Derecho Penal y Criminología, Magíster en Derecho Procesal, Jefe del Área de Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira.

³⁰ Velasco Cortés, Margarita. ¿Son los preacuerdos entre Fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal? [en línea] <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:z_GxbSSea_gJ:scholar.google.com/+preacuerdo+s+o+negociaciones+previas&hl=en&as_sdt=0,5> [fecha de consulta: 8 de abril de 2014]

³¹ *Ibíd.* p 10.

³² *Ibíd.* pp 12-13.

*la ley. Y el ejecutor no puede dispensar o alterar un ápice de la ley. Este imaginario contrato no puede ser sino un sueño y un sofisma forense*³³

Agregan que la sentencia no es más que el resultado de una decisión concertada entre imputado y el aparato persecutor penal del Estado, que sustrae la función jurisdiccional de imposición de sanciones penales asignada a los jueces³⁴.

4.3. El Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad en Colombia se establece de manera reglada, consagrándose en el Acto Legislativo 03 de 2002 como regla general, autorizando sólo de manera excepcional la aplicación del principio comentado a las causales establecidas por ley:

La importancia del principio de oportunidad es que permite tres formas de dar un término anticipado al procedimiento: abstenerse de iniciarlo, interrumpirlo o suspender el ejercicio de la acción penal. Cuestión debe tener su fundamento en razones de política criminal que deben estar previstas en la ley, sometiéndose al control de legalidad por parte del juez de garantías.

No podemos dejar de considerar que el Principio de Oportunidad, -al igual que las instituciones de procedimiento sumario- demuestran una premisa fundamental, y es que el sistema no es capaz de procesar todas las causas que se presenten, si fuera así, no se entendería por qué buscar mecanismos de descongestión. Sin embargo, el problema de este mecanismo de descongestión es que genera impunidad, es decir, que existirán algunos procedimientos que no podrán ser revisados y por tanto quedarán sin solución alguna.

La incógnita que nos queda: ¿Cuál es la solución? Jorge Sáez Martín, haciendo cita de Jaime Girado Ángel, ha recalado lo siguiente: *“En Colombia se critica que se suele insistir en buscar como mecanismos de solución – frente a la crisis de congestión de causas- la reforma a los códigos. O el nombramiento de mayor número de jueces, sin que el país se atreva a replantear la justicia sobre bases más acordes con los desarrollos del Estado Moderno*³⁵

³³ Garzón Marín; Londoño Ayala y Martínez Martínez. Negociaciones y preacuerdos. Tomo I. Bogotá, D.C-Colombia. Ediciones nueva jurídica. 2007. p 333.

³⁴ *Ibíd.* p 334.

³⁵ SÁEZ, Martín. La organización y administración de los nuevos tribunales. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana. 2007. P 50.

El mismo autor señala que *“la rigidez de los procedimientos, no sólo en su formalismo sino también en los plazos, la inexistencia de salidas alternativas, instituciones como las que se propician por la aplicación del principio de oportunidad en materia penal (...) terminan saturando el sistema que no es capaz de absorber la carga completa de requerimiento y que sólo permite una misma ruta procesal sin importar la complejidad del caso ni la disposición de las partes”*³⁶.

4.4. Reflexiones

En conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores, la solución no es la reforma de códigos ni más jueces, la solución es la creación de procedimientos más modernos.

Roxin ya hacía alusión a esto en sus escritos, afirmaba –refiriéndose al procedimiento por mandato penal alemán–: *“Contra este procedimiento sumario se objeta que en él, la mayoría de las veces, las penas serían pronunciadas de forma precipitada y sin que el imputado sea oído suficientemente conforme a la ley, que incluso con frecuencia los afectados no se defienden contra pronunciamientos injustos de penas por los motivos más diversos (indiferencia, timidez, ignorancia), y que a través de un mero mandato penal no se advierte suficientemente al culpable sobre la gravedad del hecho punible que cometió. También se sostiene que existe el peligro de que muchas veces la fiscalía y el tribunal tramiten una causa por mandato penal, únicamente con el fin de ahorrarse trabajo y que, además, la pena impuesta es muy baja intencionalmente, para evitar una objeción del imputado. A estas objeciones no se les puede negar la razón por completo. Sin embargo, un procedimiento sumario es indispensable: en vista de la gran cantidad de delitos de bagatela nuestra justicia estaría completamente sobre exigida si en cada caso se debiera llevar a cabo un juicio oral. Ya no se tendría el tiempo absolutamente necesario para el esclarecimiento diligente de los delitos más complicados y de mayor gravedad. Por ello, no se podrá renunciar al procedimiento por mandato penal. En la actualidad, las fiscalías realizan más procedimientos por requerimiento de mandato penal que a través de la interposición de una acusación”*³⁷.

A través del proceso monitorio penal, no cabe duda, que el Estado Colombiano logrará una mayor eficiencia del apartado judicial respecto de las “pequeñas causas penales” cuya pena sea la de una multa, poniendo en práctica el principio de celeridad, simplificando las etapas procesales pero sin desproteger en ningún momento el debido proceso tal y como se exige en la Carta Constitucional, específicamente en el artículo 29 que establece “El Debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

³⁶ *Ibíd.* p 34.

³⁷ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires. Editorial del Puerto s.r.l., 2000. pp 550-551.

Así es señalado por la Sentencia C-726/14, en donde se expresa que el proceso monitorio constituye una garantía para el presunto deudor en materia civil, con el cual no se presenta afectación de los derechos a la igualdad y debido proceso: *“Le correspondió a la Corte examinar si la regulación del proceso monitorio contenida en los artículos 419 y 421 del Código General del Proceso es contraria a los derechos a la igualdad y el debido proceso (arts. 13 y 29 Const.), en cuanto supuestamente carece de una estructura bilateral y el juez adopta una decisión de fondo, que además no es susceptible de recursos, sin haber escuchado a la parte demandada. Para resolver sobre estos cuestionamientos, la Sala consideró, entre otros aspectos relevantes, el propósito y sentido del proceso monitorio, la forma como en tales casos se integra el contradictorio y sus implicaciones, y la libertad de configuración del legislador en materias procesales. En razón a la íntima relación existente entre estos dos cargos, la Corte los examinó de manera conjunta, aplicando para ello un test integrado de proporcionalidad y razonabilidad, que en este caso fue de leve intensidad, teniendo en cuenta que en relación con las materias procesales el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa. A partir de este análisis, la Sala encontró, de una parte, que la regulación acusada persigue una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de facilitar el acceso a la justicia, particularmente en relación con controversias de mínima cuantía, y de otra, que pese a que en este caso se haya invertido la secuencia que usualmente tienen los procesos judiciales, existen en la normatividad acusada suficientes garantías del derecho de defensa del demandado, entre ellas la imposibilidad de notificarle a través de curador ad litem, o la regla según la cual, en caso de oposición fundada por parte del demandado, el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual aquél podría ejercer plenamente su derecho de defensa. Por ello concluyó que la aplicación de estas normas no rompe la igualdad entre las partes procesales, ni tampoco lesiona el debido proceso, como en este caso se alegó, razón por la cual estas normas resultan exequibles”*.³⁸

Cabe destacar, que el proceso monitorio es un uno con todas sus características y no un mero procedimiento o trámite, ya que el legislador colombiano ha consagrado dentro de su regulación, cada una de las partes que debe tener un proceso, es decir, tal y como fue mostrado en los párrafos precedentes: la presentación de la demanda en donde queda evidenciado el derecho de acceso a la justicia, la contestación de la misma, en donde es posible ejercer el derecho de defensa y el principio de contradicción en igualdad de condiciones, la posibilidad de desarrollar la etapa probatoria si así se hace necesaria y, finalmente la controversia termina con la sentencia dictada por el juez con efecto de cosa juzgada.

³⁸ Corte Constitucional Republica de Colombia. Relatoría. 2014. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-726-14.htm>> [fecha de consulta: 12 de abril de 2015]

Este proceso es la mejor forma de garantizar una tutela judicial efectiva, mediante un proceso que cumple con el principio garantizado a nivel nacional e internacional: Plazo razonable.

5. Proceso monitorio

5.1. Justificación

El proceso Monitorio es un procedimiento especial de origen europeo que se fundó con la necesidad fundamental de hacer efectivo el cobro de una deuda, bajo el derecho de tutela jurídica efectiva y el derecho de crédito.

Este procedimiento especial se explica bajo la premisa fundamental de crear procesos y procedimientos que disminuyan el número de demandas que en los países de nuestro continente es evidente.

Colombia, no escapando de esta realidad, con la expedición del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, el proceso monitorio es positivado.

En este contexto, el objetivo fundamental de implementar un procedimiento de esta naturaleza en Colombia, como lo señalan Ximena Lanos y Claudia Torres, *“responder a la elevada cantidad de obligaciones no documentadas a través de un título ejecutivo y que siendo de poca cuantía, sin embargo, no han podido ser satisfechas o solucionadas de manera ágil a través de los procedimientos hasta ahora consagrados”*, agregan, *“la consagración legal del proceso monitorio aspira a darle una solución más pronta y eficaz a la creación de un título ejecutivo de todas esas obligaciones que sin estar documentadas, no obstante reclaman la intervención del Estado a través de la administración de justicia, mediante un procedimiento breve, con términos cortos y simplificados que haga realidad la justicia para muchos justiciables que se hallan en tal situación”*³⁹

El proceso monitorio no sólo vino a brindar prontitud y eficiencia a un sistema procesal civil bastante tardío e incumplido, sino que además supo brindar un acceso real a la administración de justicia a un sector de la población colombiana, bastante importante y olvidado por las autoridades judiciales y gubernamentales, que no obstante ser acreedores pero sin cumplir con los requisitos legales que se exigían en la vía ejecutiva, no contaban con instrumentos expeditos y ágiles que posibilitaran la satisfacción de sus créditos.

³⁹ Lanos Torres, Ximena; Torres Montaña Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil Colombiano. Monografía para optar al título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. 2013. p 4.

5.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del proceso monitorio es establecida por el legislador como uno de carácter declarativo especial, es decir, dentro de este proceso se le permite al juez declarar un derecho en la sentencia, puro, constitutivo o de condena.

Es declarativo, porque la naturaleza de la pretensión, exigida para dar trámite al proceso, es conforme lo establece el artículo 420 numeral 3 del Código General del Proceso, de pago, no importando que el acreedor (demandante) no ostente el respectivo título ejecutivo, ya que en tal caso, si el demandado que ha sido debidamente citado no concurre, o si lo hace guarda silencio, el juez dicta sentencia creando dicho título ejecutivo faltante, declarando de esta manera el derecho –inciso 3 del artículo 421 del mismo cuerpo legal citado–.

Es especial, ya que, como lo dice Jaime Guasp Delgado, *“es aquel que no está pensado para una hipótesis general o indeterminada, sea ordinaria o no ordinaria, sino para una hipótesis particular y concreta. No responde a un género, sino a una especie, en el sentido de que su objeto está integrado por pretensiones específicamente definidas y no genéricamente definidas, de donde resulta la propiedad del término “especial” frente al de proceso “general” o “común”*⁴⁰.

5.3. Diferencia con el proceso ejecutivo.

Respecto de las diferencias existentes entre el proceso ejecutivo y el proceso monitorio, podemos nombrar las siguientes:

- a. En el proceso monitorio solo se exige un principio de prueba o la simple declaración juramentada de la existencia de la obligación, mientras que en el proceso ejecutivo que contenga una obligación clara, expresa y exigible, es decir, una prueba documental en contra del deudor.
- b. El proceso monitorio solo se puede iniciar contra el deudor que de manera ineludible sea notificado personalmente, mientras que en el proceso ejecutivo el deudor-demandado puede ser representado mediante un curador ad litem.
- c. En el proceso monitorio no procede recurso alguno, en el ejecutivo procede el recurso de reposición en contra del mandamiento de pago.

⁴⁰ *Ibíd.*, p 15.

- d. El proceso monitorio solo procede respecto de obligaciones de dar sumas de dinero, mientras que en el ejecutivo procede en contra de obligaciones de dar, hacer y no hacer.
- e. El proceso monitorio procede solo respecto de obligaciones de mínima cuantía, en cambio, en el ejecutivo pueden haber obligaciones de mínima, menor y mayor cuantía.⁴¹

5.4. Características

Dentro de las características más importantes del proceso monitorio y que permiten distinguirlo de otro tipo de proceso, son las siguientes:

- a. Se está frente a un proceso donde se da una inversión de la iniciativa del contradictorio, ya que es el demandado quien iniciará o no el enfrentamiento, y de oponerse a la demanda se iniciará un proceso verbal sumario.
- b. Es facultativo para el demandante, ya que en todo caso existe el proceso verbal sumario para que declare la existencia de la obligación.
- c. El demandante puede solicitar medidas preventivas mas no cautelares, sin necesidad de discutir en tal instancia, acerca de la naturaleza del proceso. Salvo, que tal como lo establece el artículo 421 del Código General del Proceso, sí podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos.
- d. La no contestación del demandado determina la sentencia condenatoria. Es el único proceso en donde la inactividad del demandado implica una sanción. Su simple oposición abre la controversia.
- e. Su celeridad. El proceso monitorio tiene su eje principal en la creación de un proceso ágil del título ejecutivo que permita acceder a la apertura del proceso de ejecución, sin la necesidad de incurrir en mecanismos largos y tortuosos.
- f. La sentencia presta el mérito ejecutivo teniendo efectos de cosa juzgada.⁴²

5.5. Procedencia y regulación en el Código General del Proceso.

El art. 419 del Código General del Proceso consagra la procedencia de este proceso, al señalar que: Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza

⁴¹ *Ibíd.* pp 15-16.

⁴² *Ibíd.* pp 16-18.

contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio.

Es así que dicho proceso sólo podrá ser iniciado por persona que pretenda una obligación que tenga las siguientes características:

a. Pago de una obligación en dinero.

Las obligaciones dinerarias son a su vez, una especie de obligaciones de dar⁴³, que tienen el objeto de pagar una suma en dinero como cumplimiento de un deber adquirido.

b. Obligaciones de naturaleza contractual.

La obligación que sirve de fundamento al trámite es aquella de naturaleza contractual, es decir, que se encuentra contenida en un contrato. Es necesario que este último reúna todos los requisitos de validez y existencia.

c. Obligación determinada.

Conforme al art. 419 del Código General del Proceso se desprende que la obligación que se exige en el proceso monitorio debe estar determinada en su valor, ya que si se habla del pago de una suma de dinero, debe estar establecido el valor numérico correspondiente que se comprometió a pagar el deudor como consecuencia del contrato que realizó con el acreedor.⁴⁴

d. Obligación exigible.

Una obligación será exigible cuando se encuentre en estado de ser cumplida, es decir, cuando la obligación esté vencida.

5.6. Aspectos formales de la demanda

El art. 420 del Código General del Proceso establece que el demandante deberá promover la demanda bajo los siguientes requisitos:

a. La designación del juez a quien se dirige, conforme a los límites que la competencia establece⁴⁵.

⁴³ Véase artículo 1605 del Código Civil Colombiano.

⁴⁴ LANOS TORRES, Ximena; TORRES MONTAÑO, Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil Colombiano. Monografía para optar al título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. 2013. p 25.

⁴⁵ Véase LANOS TORRES, Ximena; TORRES MONTAÑO, Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil Colombiano. Monografía para optar al título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. 2013. pp 26-30.

- b. Identificación de las partes en el proceso: *“El nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en su caso, de sus representantes y apoderados”*.
- c. *“la pretensión de pago expresada con precisión y claridad”*.
- d. La manifestación clara en donde se indique que no encuentra incumpliendo ninguna prestación a cargo del demandado.

5.7. La prueba

Respecto de la prueba podemos decir que en el proceso monitorio se pueden presentar tres situaciones, en relación a la prueba de los hechos referidos al origen de la obligación contractual.

- a. El demandante en principio deberá aportar las pruebas que tenga en su poder respecto del origen de la obligación contractual adeudada por el demandado.
- b. Si el demandante no posee prueba alguna que acredite dicho origen, deberá mencionar donde están y quien las tiene.
- c. Si no existen pruebas que acrediten la existencia de la obligación adeudada, el demandante deberá manifestar bajo juramento (que se entenderá prestado con la presentación de la demanda) que no existen pruebas, y que por tal razón se dice que la carga de la prueba en el proceso monitorio se encuentre en cabeza del demandante.⁴⁶

5.8. Las Notificaciones

Según Sentencia C-783/04 de la Corte Constitucional: *“La notificación judicial es un acto procesal mediante el cual se hacen saber o se ponen en conocimiento de las partes o de terceros las decisiones adoptadas por los funcionarios respectivos, con las formalidades señaladas en las normas legales. En virtud de esta función, dicho acto es un instrumento primordial de materialización del principio de publicidad de la función jurisdiccional”*. (Corte Constitucional de Colombia, 2004)⁴⁷.

El artículo 420 numeral 7 del Código General del Proceso establece para el proceso monitorio respecto de la notificación *“El lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones”*.

⁴⁶ Ibíd. p 36.

⁴⁷ Ibíd. p 37.

En cuanto se refiere a las “direcciones físicas” hace alusión a las del demandante y su apoderado, y las del demandado.

5.9. Trámite procesal

Presentada la demanda por parte del acreedor, el despacho judicial proferirá un auto que puede o no admitir la demanda. En caso que se establezca su no admisión, el demandante tendrá 5 días para subsanarla. De no presentar dicha subsanación, la demanda será definitivamente rechazada y archivada.

En caso de ser admitida la demanda, se notificará mediante estado un auto que contendrá el requerimiento de pago. A su vez, este auto deberá ser notificado personalmente al demandado conforme lo establece el artículo 291 del Código General del Proceso. En su defecto, se notificará por medio de avisos, según lo dispuesto por el art. 292 del mismo cuerpo legal. En caso de no poder notificado por ninguna de estas formas, se procederá al archivo del expediente.

Ya notificada la parte demandada, se hará traslado a la misma por 10 días hábiles para oponerse. Podrá adoptar las siguientes actitudes:

- a. Pagar: cancelada la obligación saldrá un auto que dará por terminado el proceso como resultado del pago de la obligación – inciso 2 del artículo 421 del Código General del Proceso-.
- b. Oponerse total o parcialmente a las pretensiones demandadas: En caso de existir una pretensión fundamentada se dará inicio al proceso verbal sumario. En tal caso, el juez proferirá traslado al demandante por 5 días para que solicite pruebas adicionales. Luego emitirá un auto en donde se cita a las partes a la audiencia fijadas por el artículo 392. De resultar absuelto el deudor, se le impondrá una multa al acreedor consiste en el 10% del valor de la deuda demanda.
- c. Guardar silencio, realizar conducta concluyente u oponer excepciones infundadas, provocarán que el juez dicte sentencia donde declarare la existencia de la obligación, la cual prestará merito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada. No procede recurso alguno en contra.
- d. De oponerse infundadamente, se le impondrá al demandado una multa de 10 % del valor de la deuda en el fallo.

Con dicha sentencia se podrá iniciar proceso ejecutivo, en el mismo juzgado y sin necesidad de presentar nueva demanda.

6. Proceso Monitorio. una alternativa viable para el sistema penal. Experiencia comparada

En este capítulo se concretará la idea u objetivo principal de esta ponencia, que es demostrar la viabilidad de la implementación del proceso monitorio en el Derecho Penal colombiano. Basaré y fundamentaré mis argumentos, en la experiencia comparada chilena, ya que es de prioridad considerar que para la aplicación de una nueva institución, cualquiera que sea ésta, en un país determinado, éste debe contar con una realidad política, económica y social que la sustente, tal es el caso, que Colombia ha basado muchas de sus reformas del campo jurídico en el derecho chileno, considerando la similitud del desarrollo local de cada país.

Antes de adentrarnos en el tema principal de este acápite, me gustaría hacer mención a una ley que fue implementada en el año 2007 a través de la promulgación de la ley 1153, cuyo objetivo principal era lograr la descongestión de la Fiscalía *“con miras a que el proceso penal consagrado en la ley 906 de 2004 –proceso acusatorio- sea destinado a las conductas de impacto social considerable”*⁴⁸. La ley de pequeñas causas, convirtió en contravenciones algunas conductas que hasta ese entonces eran consideradas como delitos, fijando para las mismas un régimen diferente de penas, entre las principales: arresto, multa y trabajo social no remunerado en dominicales y festivos. Implementó un procedimiento oral y sumario en el que el ejercicio de la acción penal estaba supeditado, salvo en caso de flagrancia, a la querrela por parte de la víctima. Se asignó además la función de indagación e investigación de las contravenciones a la Policía Nacional y no a la Fiscalía. Además, se crearon jueces especializados para ver estas pequeñas causas, se entregaron atribuciones a estudiantes de los consultorios jurídicos para desempeñarse como defensores de querellados o representantes de los mismos querellantes, y se consagró también, la posibilidad de extinguir la acción penal por conciliación judicial y extrajudicial e indemnización integral⁴⁹.

Al año siguiente, mediante la sentencia C-879 la Corte Constitucional declara inexecutable la ley en comento en razón de que al haber entregado funciones de indagación e investigación a la Policía Nacional se estaba violando el artículo 250 de la Constitución, ya que tal norma señala que tales funciones le corresponden

⁴⁸ Editorial. Sobre la declaratoria de inexecutable de la “Ley de pequeñas causas” (Ley 1153 de 2007) [en línea]. Nuevo Foro Penal, No 71. < <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/1847/1847>> [fecha de consulta: 11 de abril de 2015]. p 10.

⁴⁹ *Ibíd.* p 10.

exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, al tratarse de conductas que revisten las características de delitos.

Cabe destacar además, que pese a no estar consagrado en unas de las causales de inexequibilidad que hace alusión la Corte Constitucional, la ley de pequeñas causas alberga otro problema, y es el trato desproporcionado y desigual para los contraventores reincidentes, en relación con los infractores del mismo código penal, como por ejemplo la imposibilidad para los primeros de acceder a beneficios, la extinción de la acción penal por conciliación o indemnización integral, a mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la ejecución de la sanción, la libertad condicional y rebaja por aceptación de la imputación o confesión⁵⁰.

Es de este modo incomprensible que en muchos casos la cuantía de la sanción sea más severa para la contravención que para los delitos, más aún cuando la exposición de motivos de dicha ley –prevención general y especial– sea más necesaria y razonable cuando se trata de contravenciones que de delitos, más cuando allí mismo se reconoce que se trata de conductas de menor gravedad⁵¹.

El fracaso de la ley de pequeñas causas hace necesario buscar otras herramientas procesales que al fin cumplan con el mandato internacional de una tutela judicial efectiva y de un plazo razonable, sin transgresión al debido proceso y las garantías que estable y protege la Carta Constitucional y el nuevo proceso acusatorio, sobre todo, cuando son pequeñas contravenciones las que impiden o frenan sus objetivos, el avance y modernización de la justicia colombiana.

6.1. Proceso monitorio chileno

Como fue señalado con anterioridad, el objetivo de esta ponencia es argumentar que el mejor camino para enfrentar los problemas enunciados a lo largo de la misma, es la implementación de un proceso monitorio. Y el mejor ejemplo para ellos es el proceso monitorio penal chileno.

A continuación daremos cuenta, además de sus características y funcionamiento, el por qué tal proceso es el camino más viable para la realidad judicial del derecho penal colombiano.

6.2. Procedencia y regulación legal

Conforme lo establece el artículo 392 del Código Procesal Penal chileno, este procedimiento solo resulta procedente cuando se trate de la persecución penal de faltas

⁵⁰ *Ibíd.* pp 8-9.

⁵¹ *Ibíd.* p 9.

en las que el fiscal requiera únicamente la imposición de una pena de multa. Pese a que se tratara de faltas que tuvieran asignada sólo pena de multa o multa copulativa o disyuntivamente con la de prisión u otras de distinta naturaleza, igualmente para la procedencia de este proceso, el fiscal deberá pedir en su requerimiento únicamente la imposición de la pena de multa indicando su monto⁵².

El juez deberá examinar el requerimiento del fiscal y la propuesta relativa a la multa, en caso de considerarlos suficientemente fundados, deberá acogerlos inmediatamente dictando una resolución que así lo declare.

Este requerimiento satisfará la exigencia legal si contiene todos los requisitos estipulado en el artículo 391 del Código Procesal Penal y además, el establecimiento de antecedentes y elementos que funden la imputación de modo suficiente.

Dispone el artículo 391 del cuerpo legal antes citado que el requerimiento deberá contener:

- a. La individualización del imputado
- b. Una relación sucinta del hecho que se le atribuye, con indicación del tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes.
- c. La cita de la disposición legal infringida
- d. La exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación.
- e. La pena solicitada por el requirente, y
- f. La individualización y firma del requirente.

Cabe destacar, que la propuesta de multa realizada por el fiscal en el requerimiento, deberá ajustarse al marco punitivo de la respectiva falta y a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que se desprendan de los hechos y antecedentes del caso. Control jurisdiccional sobre el mérito del requerimiento que el juez, en caso de no corresponderse, deberá rechazarlo inmediatamente, siguiendo en tal caso las reglas del procedimiento simplificado conforme a los artículos 393 y siguientes del Código Procesal Penal.⁵³

En caso de ser acogido el requerimiento, la resolución del juez que lo establezca, deberá contener ciertas indicaciones para el imputado:

⁵² Horvits Lennon, María Inés. Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II. [en línea]. Chile. Editorial Jurídica de Chile. <<http://es.slideshare.net/mamario2626/derecho-procesal-penal-chileno-tomo-2>> [fecha de consulta: 12 de abril de 2015], p 496.

⁵³ *Ibídem*.

- a. La instrucción acerca del derecho del imputado de reclamar en contra del requerimiento y de la imposición de la sanción, dentro de los quince días siguientes a su notificación, así como de los efectos de la interposición del reclamo.
- b. La instrucción acerca de la posibilidad de que dispone el imputado en orden a aceptar el requerimiento y la multa impuesta, así como de los efectos de la aceptación, y
- c. El señalamiento del monto de la multa y de la forma en que la misma deba enterarse en arcas fiscales, así como del hecho que si la multa es pagada dentro de los quince días siguientes a la notificación, ella será rebajada en 25%, expresándole el monto a enterar en dicho caso.⁵⁴

Considerando el derecho establecido a nivel internacional que señala que nadie puede ser condenado sin ser oído, el procedimiento en comento contempla un sistema de reclamación por parte del afectado, de modo que si éste manifiesta, de cualquier modo fehaciente, su falta de conformidad con la imposición de la multa o monto, debiendo proseguir el tal caso, con las normas del procedimiento simplificado. La única limitación es que tal derecho deberá realizarse dentro de los quince días siguientes a la notificación. –mismo plazo de la letra c) precedente-. Siendo el pago de la multa rebajada, una presunción de que el imputado aceptó su responsabilidad y no ejerció su derecho a ser oído. Tal y como lo establece el artículo 392 del Código Procesal Penal: “si el imputado pagare dicha multa o transcurriere el plazo de quince días desde la notificación de la resolución que la impusiere, sin que el imputado reclamare sobre su procedencia o monto, se entenderá que acepta su imposición”.

Se agrega en este último artículo citado, que “en dicho evento la resolución se tendrá, para todos los efectos legales, como sentencia ejecutoriada”. Sin embargo, habrá otras hipótesis en donde este efecto no se producirá, a saber:

- a. Cuando el imputado no hubiera podido efectuar la reclamación dentro del plazo por un hecho que no le fuere imputable.
- b. Por defecto en la notificación.
- c. Por fuerza mayor o caso fortuito.

En tales hipótesis el imputado podrá solicitar al tribunal un nuevo plazo para ejercer su derecho, siempre que lo realice dentro de los cinco días siguientes a aquel en que haya cesado el impedimento.⁵⁵

⁵⁴ *Ibíd.* p 497.

⁵⁵ *Ibíd.* p 498.

Conviene destacar, respecto de la delimitación existente en ambos ordenamientos jurídicos, la que se establece entre las faltas, contravenciones y delitos, que tal como lo señala María Inés Horvits que, “*no existe ningún argumento racional plausible que, por un lado, legitime la aplicación del procedimiento monitorio para las faltas y, por el otro, justifique su exclusión para las contravenciones, infracciones que suelen prever la multa como penal principal*”. Agrega en el mismo sentido “*No puede atenderse al criterio formalista de la denominación que el legislador le asigne a las respectivas infracciones cuando las sanciones que ellas prevén son enteramente idénticas y cumplen funciones punitivas*”⁵⁶. Lo fundamental es entender que este procedimiento solo se justifica con aquellas conductas en que se requiera la imposición de una pena pecuniaria, o en su defecto, otras penas equivalentes en gravedad o que afecten la propiedad o el patrimonio, no siendo permitido jamás frente a una conducta que merezca pena privativa de libertad⁵⁷.

6.3. Tramitación

El fiscal solicita por medio de un requerimiento –deberá contener las menciones del artículo 391 del Código Procesal Penal, antes mencionado- al Juez de Garantía la citación de una audiencia. El juez podrá:

- a. Si estima que el requerimiento o el monto de la multa cuya imposición se solicita, so se encuentra suficientemente fundado, aplicará el procedimiento simplificado, rechazando el requerimiento para el procedimiento monitorio.
- b. Si estima que se cumplen los requisitos de procedencia del procedimiento monitorio, lo acogerá inmediatamente, dictando una resolución judicial que así lo declare, que deberá contener tres menciones esenciales –nombradas precedentemente-, aparte de las comunes a una resolución judicial.

El imputado tendrá dos opciones:

- a. Pagar la multa, o bien no hacer nada dentro del plazo de 15 días contados desde que se le notifica la resolución que acepta el requerimiento y el monto de la multa impuesta.
- b. Si dentro del plazo de 15 días contados desde la notificación de la resolución, el imputado reclama, fundado en su disconformidad con la imposición de lo contenido en el requerimiento, el procedimiento seguirá de acuerdo a lo que se establece para el simplificado.

6.4. Control de garantías en el procedimiento monitorio

⁵⁶ *Ibíd.* p 500.

⁵⁷ *Ibíd.* p 502.

En el acápite que sigue a continuación, además de fijar algunos aspectos del procedimiento monitorio, dará cuenta que pese a que este procedimiento especial puede ser sometido a distintas críticas, tales como la considerable disminución de las garantías establecidas en el proceso acusatorio o la total pasividad del juez de garantía, quedan del todo descartadas. Para esto me basaré en lo escrito por el Docente y Juez de Garantía de Santiago de Chile, Jorge Sáez Marín⁵⁸.

6.4.1. Forma en que se establecen los hechos

En el procedimiento monitorio los hechos se establecen por el acuerdo del requirente y requerido. Es decir, el requirente formula en su presentación una proposición fáctica que el imputado confirma por medio de su conducta concluyente, quedando así fijados los hechos para los efectos de resolver el caso.

Esta aceptación del requerido puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando manifiesta explícitamente su conformidad y, será tácita cuando transcurren quince días desde que toma conocimiento del requerimiento y no manifiesta su disconformidad o si paga dentro del mismo periodo el monto de la sanción.

De esta forma, la aceptación de requerido de los presupuestos fácticos establecidos en el requerimiento perfecciona un acuerdo de voluntades entre las partes que permite concluir lo innecesario de recibir pruebas de los hechos, ya que la falta de controversia termina legitimando la falta de un juicio propiamente tal.

6.4.2. Determinación de la Sanción

Esta sanción es igualmente determinada por el acuerdo de las partes antes mencionadas. El requirente formula una proposición de una multa que al ser aceptada por el requerido fija sin más trámite la cuantía de la misma.

Es necesario tener presente, para ambos puntos mencionados, y como ha quedado en evidencia, que durante el procedimiento monitorio no existe (necesariamente) una versión expresa del imputado, no hay tampoco un ejercicio efectivo del derecho de defensa, sino que sólo existe una decisión del imputado de allanarse a una pretensión.

Sin embargo, y como fue afirmado al comienzo de este acápite, existen controles judiciales que establece este procedimiento con el fin de resguardar que a partir de la

⁵⁸ SÁEZ MARTIN, Jorge Eduardo. Revista Procesal Penal. Santiago de Chile. Enero 2007, N°55. Editorial Lexis Nexis. En doctrina nacional: “Controles Judiciales en los procedimientos convencionales. pp 9-25.

considerable disminución de garantías, no se produzcan consecuencias distintas a las que el legislador ha aceptado. La que serán detalladas a continuación.

a. Control formal del requerimiento

El artículo 391 del Código Procesal Penal, como ya lo vimos en los párrafos precedentes, exige que contenga ciertas menciones. El juez de Garantía debe controlar, en primer lugar, que el requerimiento cumpla con estas menciones que resultan de importancia para entregarle al imputado o requerido la información necesaria para que esté en condiciones de tomar una decisión. Lo que deja, sin lugar a dudas, de lado las críticas a los preacuerdos y negociaciones previas en donde existe una decisión concertada entre imputado y Fiscalía.

b. Control de Procedencia del procedimiento

Si este ha de considerarse como el procedimiento más simple del proceso penal chileno, es especialmente importante limitar su aplicación en forma estricta a lo establecido por el legislador.

Es así que los casos son exclusivamente las faltas que debieren sancionarse sólo con pena de multa.

La razón está en la gradualidad directamente proporcional entre las garantías vulneradas y la gravedad de la pena. Es decir, a más gravedad del delito y pena impuesta más complejo y resguardo de garantías en los procedimientos, y así en escala descendente.

c. Control de plausibilidad del requerimiento

El juez deberá examinar que el requerimiento se encuentre debidamente fundado, al igual que el monto de la multa propuesta. Este análisis dice relación con los siguientes aspectos:

c.1. Determinar si los hechos que se imputan emergen razonablemente de los antecedentes de la investigación. El estándar no es el de descartar cualquier duda razonable, ya que tal pertenece al juicio oral, sino que han de establecer que existen antecedentes que recogen la versión contenida en la imputación no obstante que ellos puedan estar contradichos con otros. Es decir, lo que ha de descartarse es que la imputación surge únicamente de la imaginación del requirente.

c.2. La calificación jurídica que de los hechos hace el requirente. El juez deberá determinar si los hechos relatados constituyen el ilícito que se invoca por la Fiscalía.

c.3. Descartar todas las situaciones que impiden la sanción como son las causas eximentes de responsabilidad, las justificantes, las que conllevan una extinción de responsabilidad, etc.

c.4. el requirente deberá tener la legitimación activa para interponer el requerimiento.

d. Control de plausibilidad de la multa

La multa será fundada cuando la propuesta se encuentre dentro de los márgenes que la ley contempla, y para esto es necesario tener también en cuenta el juego de atenuantes y agravantes que emergen de los antecedentes establecidos en el requerimiento.

El juez determina esta situación sólo conforme a lo establecido por la ley, no siendo relevante lo que él estime o no adecuado para el caso. Esto además, porque será el imputado al ser notificado quien deba resolver su adecuación, decidiendo o no reclamarla.

e. Control del conocimiento de la acción

Al imputado se le debe notificar válidamente el requerimiento y la resolución que sobre él recaerá. Conteniendo todas las menciones que se nombraron anteriormente.

f. Control de la voluntad de aceptación

La aceptación del imputado debe referirse tanto a la imputación fáctica que se le hace, como a la consecuencia legal que ella adquiere, es decir, la falta que constituye y la pena que se le va a imponer. Es así que el imputado se podrá oponer al requerimiento ante cualquiera de los supuestos ante dichos, sin que se exija para esto formulismos especiales. (Artículo 392, inciso 2º, letra a) de Código Procesal Penal). Al igual que lo que ocurre con la conducta concluyente en el proceso monitorio civil, ya que debemos entender que el delito, no importando su gravedad, es un acto jurídico, y por tanto exige la aceptación del tipo.

Conclusión

A lo largo de este trabajo ha quedado en evidencia que el sistema judicial colombiano vive una crisis, de la cual muchos de los ciudadanos se ven afectados por una sobre demora en sus procedimientos, por una justicia que no llega a las pequeñas causas, por

una privación de libertad condicionada a una investigación atochada o un juicio oral, en que más bien de asegurar garantías del debido proceso, ha significado una vulneración de las mismas a la larga, e incluso una economía procesal cada vez más delirante.

El plazo razonable y la tutela judicial efectiva constituyen principios no solo para los grandes conflictos penales, civiles, laborales etc., no se estipulan sólo para ser observados desde los asientos del fiscal, defensor o juez, sino que para ser aplicados e implementados en cada una de las causas y cada rama del derecho.

Hoy el derecho colombiano ha sabido dar respuesta, incompleta por cierto, a esta crisis. Implementando figuras jurídicas que intentan cumplir con estos principios reconocidos a nivel no solo nacional ni local latinoamericano, sino que también de forma internacional, tales como el principio de oportunidad, los preacuerdos o negociaciones previas, la oralidad en el proceso, y el procedimiento monitorio en un campo aparte.

Sin embargo, y como se ha dejado en evidencia a lo largo de esta ponencia, estas instituciones no han podido aminorar los costos de estas crisis, es más, incluso han traído a la palestra otras problemáticas que incluso se pensaron dejar atrás con la implementación del proceso acusatorio. Tales como: el condicionamiento de la aceptación por parte del imputado de los hechos materia del conflicto a la sola rebaja de la pena, sin –en la mayoría de los casos- conocer los hechos de la acusación, como ocurre con los preacuerdos o negociaciones previas; la impunidad que quedaría con el principio de oportunidad; o el gran gasto procesal que trae aparejado la realización de un juicio oral adversarial, contradictorio, con inmediatez.

El procedimiento monitorio, en cambio, ha constituido para la experiencia civil, una efectiva garantía para aquel deudor que no cuenta con la documentación necesaria para hacer valer su crédito por vía ejecutiva, pero que igualmente tiene derecho a una tutela judicial efectiva.

Es de considerar, sin embargo, que este procedimiento no ha estado exento de toda crítica, se le ha dicho que en su realización no existen o se ven considerablemente disminuidas las garantías y principios fundamentales del proceso acusatorio, como son el derecho a defensa, a un juicio oral y contradictorio o el derecho a una segunda instancia procesal para su revisión. Sin embargo, no podemos dejar de lado para responder dichas críticas, el sentido y mérito de la implementación de este procedimiento.

Esta finalidad, constitucionalmente legítima, es la de dar acceso efectivo a la justicia. Ya lo afirmó Claus Roxin, todos los procedimientos de carácter sumario vulneran

garantías, pero se debe confesar que su existencia es indispensable. Sin su ejercicio el acceso a la justicia de una gran cantidad de delitos de bagatela quedaría absolutamente fuera de alcance.

Cabe destacar incluso, que las garantías y el control de las mismas, si son aseguradas, por lo menos en su piso básico y necesario para una no vulneración de las mismas. Tales como: la imposibilidad de notificar al requerido a través de curador ad litem, o la regla según la cual, en caso de oposición fundada por parte del demandado, el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual aquél podría ejercer plenamente su derecho de defensa; de establecer, además de los requisitos generales de todo requerimiento, otros específicos para lograr una buena comprensión y desarrollo de los hechos, y por lo tanto dar cabida a una correcta decisión del requerido sin condicionamiento alguno.

Es por esto, que es meritorio y del todo necesario pensar en siquiera la posibilidad de ampliar este tipo de procedimiento a otras ramas del derecho, ya que la crisis del sistema judicial colombiano no solo cabe dentro del derecho civil o en los tribunales civiles de nuestra república, sino afecta a un sistema de justicia completo, en donde, ramas como la del derecho penal no pueden quedar olvidadas.

La experiencia chilena ha desarrollado un proceso monitorio que ha sabido enfrentar la congestión judicial del proceso penal, en donde ha asegurado controles de garantías fuertes, que impiden la disminución o vulneración completa de las garantías procesales del debido proceso, sobre todo, los consagrados en el proceso acusatorio; tales como: El control formal del requerimiento, control de procedencia del procedimiento; control de plausibilidad del requerimiento; control de plausibilidad de la multa; control del conocimiento de la acción y por último, el control de la voluntad de la imputación, todos ellos también establecidos y llevados a cabo en el proceso monitorio civil colombiano.

Cabe destacar las críticas que pudieran enfrentarse a este último punto, se señalaría que el juez en este tipo de procedimiento se conviertan en un mero “buzón” de las peticiones de los intervinientes, especialmente del Fiscal, es decir, sólo constata las peticiones de los intervinientes y les da su “beneplácito”. Sin embargo, apreciaciones de este tipo no son más que fruto de un análisis ligero y despreocupado, cuando no prejuicioso de lo que este proceso exige al juez de garantía. Controles como los expuestos anteriormente, solo producto de un análisis exhaustivo de las normas, hacen concluir que la ley jamás ha pretendido reducir a labor del juez a la de un mero buzón, que sin bien la pérdida de protagonismo del órgano juzgador con el nuevo proceso acusatorio, es innegable, se ha profundizado el sentido y la función del juez en la cautela de garantías dentro de este procedimiento.

De esta manera ha quedado fundamentado en esta ponencia, que el juez de garantía tiene en el procedimiento monitorio un papel activo que cumplir, ya que sólo de esta manera se podrá dar cabida a los estándares fijados por la ley, y de esta manera dar curso a los méritos y propósitos del proceso monitorio, sin vulneración de garantías.

Referencias bibliográficas

Doctrina

CORONADO BRITTO, Ximena. La Congestión Judicial en Colombia. Trabajo de Grado para optar por el título de Comunicador social y periodista. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Comunicación y Leguaje, 2009.

MONTOYA, Darío. La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Colombia. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006.

LANOS TORRES, Ximena; TORRES MONTAÑO, Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil Colombiano. Monografía para optar al título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. 2013.

GARZÓN MARÍN; LONDOÑO AYALA Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ. Negociaciones y preacuerdos. Tomo I. Bogotá, D.C-Colombia. Ediciones nueva jurídica, 2007.

Revista Procesal Penal. Santiago de Chile. Enero 2007, N°55. Editorial Lexis Nexis. En doctrina nacional: “Controles Judiciales en los procedimientos convencionales. 9-25pp.

SÁEZ MARTIN, Jorge Eduardo. La organización y administración de los nuevos tribunales. Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. Noviembre de 2007.

Roxin, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editorial del Puerto s.r.l. 2000.

SÁEZ MARTIN, Jorge Eduardo. Revista Procesal Penal. Santiago de Chile. Enero 2007, N°55. Editorial Lexis Nexis. En doctrina nacional: “Controles Judiciales en los procedimientos convencionales.

Material en web

HERRERA MERCADO, Hernando. Estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia. Departamento de Derecho Internacional. Organización de los Estados Americanos Washington D.C. [en línea] <http://projusticia.org.pe/Informes/Reforma/Solucion_Conflictos_Colombia.pdf>

GONZÁLEZ, Francisco; Posada, Carlos. Criminalidad, violencia y gasto público en defensa, justicia y seguridad en Colombia. [en línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v3n4/v3n4a5>>

PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. Teoría/Práctica de la jurisdicción. [en línea] <<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-AcercaDelDerechoFundamentalAlPlazoRazonableDeDurac-839241.pdf>>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>

Consejo de Europa, Comité de Ministros. Recomendación (2000)19 a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia Penal. 6 de octubre de 2000. [en línea] <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1465399&SecMode=1&DocId=1452698&Usage=2>>

Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. ¿Qué es el sistema penal Acusatorio? [en línea] <http://cispa.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=6>

Delgado Llano, Luis. Los nuevos paradigmas de la justicia penal colombiana frente a la ley de “pequeñas causas”. [en línea]. Colombia. <<http://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/1962776/pequeñas+causas+25+01+08.pdf/020f7356-2b60-4b5a-a6c9-0b1eb09e7c5f>>

GÓNGORA MERA, Manuel. El principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. [en línea] <<http://www.menschenrechte.org/lang/en/lateinamerika/oportunidad-procedimiento-penal-colombia>>

Daza González, Alfonso: Problemas actuales del sistema acusatorio en Colombia. [en línea]. Informa de Investigación Grupo: Grupo Derechos Humanos y garantías procesales Dialnet <<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-ProblemasActualesDelSistemaAcusatorioEnColombia-1454535.pdf>>

Velasco Cortés, Margarita. ¿Son los preacuerdos entre Fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal? [en línea] <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:zGxbSSea_gJ:scholar.google.com/+preacuerdos+o+negociaciones+previas&hl=en&as_sdt=0,5>

Corte Constitucional Republica de Colombia. Relatoría. 2014. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-726-14.htm>>

Editorial. Sobre la declaratoria de inexecutable de la “Ley de pequeñas causas” (Ley 1153 de 2007) [en línea]. Nuevo Foro Penal, No 71. <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/1847/1847>>

Horvits Lennon, María Inés. Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II. [en línea]. Chile. Editorial Jurídica de Chile. <<http://es.slideshare.net/mamario2626/derecho-procesal-penal-chileno-tomo-2>>

PODERES OFICIOSOS DEL JUEZ EN EL PROCESO MONITORIO*

Semillero “José Rafael Sañudo” adscritos al grupo de investigación
CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Nariño**

*María Fernanda Arteaga Cuaran, Yedy Stheffanie Castro Narváez,
Martha Lucia Garzón Potosí, María Alejandra Martínez Hidalgo,
Johan Sebastián Mejía Urbano, María Alejandra Muñoz Ordoñez,
Ana Julieth Muñoz Valdés, Angie Catherine Ordóñez Arcos,
Katherin Lizeth Pabón Martínez, María Fernanda Ramos Obando,*

Director del Semillero: *Omar Alfonso Cárdenas Caycedo*¹

Resumen

Los artículos que regulan el proceso monitorio en el Código General del Proceso, no hacen referencia a las actuaciones que debe realizar el juez, cuando al proferir el requerimiento de pago, el silencio del demandado no objeta aquellas obligaciones contractuales falsas, nulas, de objeto ilícito, con intereses indebidos, etc. Frente a este

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 10 de noviembre de 2016.

Para citar el artículo: ARTEAGA CUARAN, María; CASTRO NARVÁEZ, Yedy; GARZÓN POTOSÍ, Martha; et al. Poderes oficiosos del juez en el proceso monitorio. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 404 - 431.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pertenecientes al semillero “José Rafael Sañudo” adscritos al grupo de investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Nariño.

¹ Abogado Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Miembro del Capítulo Nariño del ICDP, Director del Consultorio Jurídico y Docente de la Universidad de Nariño.

vacío normativo, se analizará el control de legalidad que realiza el juez para proferir el requerimiento de pago, determinando los poderes oficiosos que el juez debe cumplir, y realizando una ponderación de los principios constitucionales de celeridad y debido proceso por ser directamente aplicables a este caso. Con el fin de determinar si ante una obligación que no se ajuste a derecho el juez debe darle una continuación normal a este proceso o por el contrario, debe negar las pretensiones de la parte demandante y darle un trámite distinto al establecido legalmente.

Palabras claves: proceso monitorio, poder oficioso, debido proceso, derecho sustancial, principio de celeridad.

Abstract

The articles governing the payment procedure in the General Code of Procedure, they not refer to the actions requires of the judge, when to utter the payment order, the silence of the defendant does not object to those false contractual obligations, null obligations, obligations unlawful object, obligations with undue interests, etc. Against this legal empty, will be analyzed judicial review made by the judge to utter the payment order, determining the officious powers that the judge must accomplish, and performing a weighting of constitutional principles of speed and due process because these are directly applicable to this case. In order to determine if when faced with an obligation that does not fit right, the judge must give you a normal continuation of this process, or, conversely, to deny the claims of the plaintiff and give this a different step that which is legally established.

Key words: payment procedure, officious power, right process, substantial law, principle of speed.

Introducción

Con la sanción del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano el proceso monitorio contemplado en los artículos 419 a 421 de la mencionada norma, como herramienta novedosa que tiene como principal finalidad la descongestión de los despachos judiciales, a partir de la creación de un trámite diligente para el cobro de obligaciones dinerarias, determinables y exigibles de mínima cuantía que se hayan generado a partir de relaciones contractuales entre particulares; además pretende garantizar el respeto de los derechos del acreedor para obtener un pago con el mínimo cumplimiento de formalismos procesales de manera eficiente, haciendo lo propio frente al deudor en cuanto a la posibilidad del

ejercicio pleno del derecho a ser escuchado en igualdad de condiciones, y de manera oportuna oponerse a las pretensiones de la parte demandante.

Este proceso se fundamenta en la tutela jurisdiccional efectiva¹, a través de la cual se busca dar solución a las controversias presentadas ante el juez en un tiempo menor al que normalmente se ve sometido un proceso ordinario o verbal² en la jurisdicción Colombiana, toda vez que su trámite se caracteriza por proferir un requerimiento de pago con la sola declaración que haga la parte demandante en la demanda, la cual se entendería vertida en los hechos que demuestran la existencia de una obligación contractual, y en la posibilidad de anexar las pruebas que se estimen pertinentes.

Una vez el juez profiere el requerimiento de pago, éste deberá ser notificado de manera personal a la parte demandada para que al conocer los hechos de la demanda interpuesta en su contra, si a bien lo tiene, ejerza debidamente el derecho de contradicción, dando como resultado que si el demandado se opone el proceso monitorio adecúa su trámite al de un proceso declarativo (verbal sumario), y en caso contrario, si guarda silencio, se proferirá sentencia que constituirá un título ejecutivo con una obligación clara, expresa y exigible, permitiendo su recaudo a través del trámite del proceso ejecutivo.

Con la regulación del procedimiento monitorio, teóricamente, la legislación Colombiana ha realizado grandes avances en el desarrollo de la sociedad y el derecho procesal. Debe resaltarse que éste proceso se ha adoptado de países Europeos y Latinoamericanos, dado a la excelente respuesta en los diferentes ordenamientos³, lo cual permitiría establecer que en Colombia se presentaría como una solución frente a los problemas de congestión judicial, tema de importancia suma para el legislador con el fin de lograr una justicia acorde con un Estado Social de Derecho.

Sin embargo, al aplicar directamente los artículos que mencionan el trámite del proceso monitorio señalan que, una vez proferido el requerimiento de pago y realizada

¹ “De manera doctrinaria y jurisprudencial se reclama como principio que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Solo deben existir las formas propias y esenciales del proceso sin exceso para sacrificar la justicia material”. Colmenares Uribe, Carlos Alberto. “El procedimiento monitorio en Colombia”. *El procedimiento monitorio en América Latina pasado, presente y futuro*. 2013. Bogotá. Editorial Temis S.A. p. 167.

² Debe recordarse que el proceso declarativo por excelencia en el marco del código de procedimiento civil es el ordinario mayor cuantía. En cambio, en el código general del proceso el proceso declarativo de mayor relevancia es el verbal y verbal sumario.

³ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. “El proceso monitorio una visión española y europea pensando en Colombia”. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Primera edición. 2012. Bogotá. Departamento de Publicaciones, Universidad Libre. pp. 1021 – 1023. También ver: Cfr. CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”. *El procedimiento monitorio en América Latina pasado, presente y futuro*. 2013. Bogotá. Editorial Temis S.A. pp. 25, 26.

la notificación a la parte demandada, si ésta no interpone contradicción a las pretensiones, es menester condenar al pago a través de sentencia.

Empero, las disposiciones del Código General del Proceso guardan silencio acerca de las actuaciones que debe seguir el juez en caso de que se presente el silencio del demandado, pero de los hechos de la demanda y la pruebas adjuntas, se observe que se pretende el recaudo de una obligación contractual falsa, nula, de objeto ilícito, con intereses indebidos, etc., circunstancias éstas que pueden presentarse en este tipo de proceso, sobre todo cuando la actitud del juez una vez admitida la demanda para su estudio y evaluación, emite un requerimiento de pago basado tal como lo señala el profesor Carlos Alberto Colmenares Uribe⁴, en una revisión simplemente formal de los requisitos establecidos por el legislador para la presentación del libelo introductorio, mas no se detiene la función del juez en dilucidar si dicha obligación que se pretende cobrar se encuentra conforme al derecho sustancial vigente.

La evaluación inicial que el juez realiza de la demanda que da inicio al proceso monitorio, en nada se relaciona con un verdadero control de legalidad que debe asumir el juez para verificar el origen acorde a derecho de la obligación cuyo recaudo se pretende. Toda vez que, su actividad deja de lado el estudio de fondo a los hechos expuestos en la demanda que le permitan establecer si las pretensiones deben ser o no debatidas en un proceso judicial, en cuanto a la concordancia al ordenamiento jurídico establecido.

Así, es necesario establecer si el artículo 421 del Código General del Proceso, relacionado con el trámite que debe seguir el proceso monitorio se debe entender de manera literal, en el sentido de que en el evento en el cual no se presente oposición por parte del demandado, se emita sentencia que lo condene sin realizar ningún otro análisis, o, por el contrario, aun cuando el demandado guarde silencio y en caso de que la obligación que se pretenda cobrar no se ajuste a derecho, el juez puede hacer uso de los poderes oficiosos que la ley le concede⁵, con el fin de detener la continuación

⁴ “Si el acreedor presenta la demanda en la forma y términos que exige el legislador aun sin presentar documento alguno, pero sí la afirmación de que no existen los soportes documentales, la cual se considera prestada bajo la gravedad del juramento con la presentación de la demanda, el juez de manera inmediata debe, sin oír al deudor, requerirlo para que en el plazo de diez días pague, con la advertencia de que si no paga o no justifica su renuencia, se dictara sentencia con efecto de cosa juzgada, o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada. (...) Los aspectos de fondo que el juez debe observar es que se trate de una relación jurídica de crédito de naturaleza contractual, de mínima cuantía, pretendiéndose el pago de una suma líquida de dinero con carácter de determinada y exigible, y la afirmación expresa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor...”. Colmenares Uribe. op. cit., p. 143.

⁵ Tal como lo establece el numeral 4 del artículo 42 del Código General del Proceso, el cual dispone que es deber del juez: “Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”.

normal de este proceso, en virtud de mantener incólumes los principios propios del derecho procesal, y con ello proferir sentencia negando las pretensiones.

Con lo mencionado anteriormente, la presente ponencia pretende indagar sobre los poderes oficiosos de los cuales podría hacer uso el juez, en el marco de un proceso monitorio, incluso cuando el demandado ha guardado silencio.

1. Planteamiento del problema

Pretende esta ponencia absolver el siguiente interrogante: ¿En el proceso monitorio regulado en Colombia, el juez de conocimiento puede ejercer los poderes oficiosos en materia de pruebas y excepciones, antes o durante la sentencia, cuando la parte demandada no ha ejercido oposición frente a la demanda?

Frente a dicho interrogante es necesario establecer las medidas que podría tomar el juez cuando el demandado no contesta o guarda silencio en un proceso de características tan particulares como lo es el monitorio, dado que el requerimiento de pago se realiza solamente con las manifestaciones que realiza la parte demandante.

El mencionado problema se resolverá de la siguiente manera: inicialmente se realizará un planteamiento general de la tipología del proceso monitorio referente a su historia y trámite, enfocado al estudio de los poderes oficiosos otorgados al juez. Posteriormente, se analizarán los límites que el legislador colombiano y la Corte Constitucional le han impuesto al juez respecto al ejercicio de los poderes oficiosos en el derecho procesal civil, con el fin de llegar a la solución del problema planteado. Así mismo, se abordará el análisis desde la ponderación entre los principios de celeridad y debido proceso, los cuales se encuentran directamente relacionados al momento de establecer si en el proceso monitorio debe dar prioridad a la resolución ágil de las controversias o, por el contrario, es válido aceptar que debe prevalecer el respeto por el debido proceso y los demás derechos que lo sustentan.

Finalmente se expondrán unas conclusiones que permitirán establecer si el trámite del proceso monitorio establecido en el artículo 421 del Código General del Proceso, se encuentra debidamente elaborado o por el contrario, el legislador omitió mencionar los casos en los cuales es obligatorio el control oficioso por parte del juez.

2. GENERALIDADES: El proceso monitorio y su ingreso a Colombia

2.1. Breve antecedentes históricos del proceso monitorio

El proceso monitorio desde épocas remotas⁶ ha evolucionado hasta lograr convertirse en el proceso tal y como se lo conoce en la actualidad, proveniente de lo que la gran mayoría de autores denominan “*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*”⁷, siendo una alternativa efectiva frente al juicio ordinario para constituir un título ejecutivo, evitando los largos trámites que traen consigo las actuaciones judiciales propuestas para estos casos y con la garantía de que si el demandado una vez notificado, no interpone oposición, se emitirá por parte del juez un título ejecutivo que permita el cobro de la obligación no cumplida⁸.

Este tipo de proceso, se encuentra regulado en ordenamientos jurídicos de países europeos y latinoamericanos⁹, con características propias en cada nación, pero con la particularidad de ser un proceso ágil con relación a un proceso ordinario.

Respecto a los poderes oficiosos que puede adquirir el juez frente a este tipo de procesos, no ha sido tema de estudio por quienes se han dedicado a desentrañar los orígenes del proceso, ni por los diferentes autores que esgrimen las características particulares de este procedimiento en los diferentes ordenamientos jurídicos donde se encuentra. El estudio de este proceso se ha enfocado en explicar y determinar cómo se le otorga al demandante un título ejecutivo con obligación clara, expresa y exigible de

⁶ No contar con las pruebas suficientes para desentrañar los verdaderos orígenes del Proceso Monitorio, ha sido la mayor dificultad para quienes se han dedicado a dicha labor, trayendo como consecuencia que los antecedentes con los que se cuentan, sean solamente algunos indicios recogidos a partir de la interpretación de los vestigios que se han encontrado. Así las cosas, para Nieva Fenoll el surgimiento del Proceso Monitorio pudo haber sucedido en Italia a partir del *Edicto de Rotario* y, en la *Mishneh Torah*, donde, iniciada una actuación judicial y a partir del conocimiento por parte del demandado, este se encontraba obligado a responder a dicha acción prestando juramento o contradiciendo la demanda, de lo contrario, si no realizaba algún acto dentro del término estipulado, se accedían a las pretensiones de la parte demandante condenando al demandado. Posteriormente, en los siglos XIX y XX, se tiene referencia del proceso *solemnis ordo iudiciarius*, entendido como aquella actuación judicial iniciada por el demandante, el cual, de manera escrita daba a conocer al juez sus pretensiones, sin ser obligatorio a esgrimir las razones de dicha solicitud. El juez, con la actuación introducida por el demandante, realizaba una revisión del escrito de manera abreviada y con esa rápida consideración emitía su actuación consistente en proferir orden de notificación a la parte demandada por el término que el demandante estipulara, para que el demandado ejerciera el derecho de contradicción sin exigírsele tampoco que su oposición fuese motivada, toda vez que, la etapa de contradicción, debía resolverse más adelante, pero, si se le exigía al demandado el pago de una caución para garantizar que este continuara asistiendo al desarrollo del proceso. Si el demandado no comparecía, luego de ser llamado a conocer del proceso mediante adicto o si guardaba silencio, era condenado por las pretensiones expuestas por la parte demandante. Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi. “Aproximación al origen del procedimiento monitorio”. *El procedimiento monitorio en América Latina pasado, presente y futuro*. 2013. Bogotá. Editorial Temis S.A. pp. 5 – 10.

⁷ Hace referencia a “*la no contestación del demandado determina su vencimiento*”. (NIEVA FENOLL. *Ibidem*. p. 4.)

⁸ Cfr. NIEVA FENOLL. *Ibidem*. p. 10.

⁹ El proceso monitorio se encuentra regulado en países como: Uruguay, Venezuela, Brasil, Argentina, Perú, Chile, Honduras, Costa Rica, El Salvador, y España. Cfr. QUINTERO PEREZ, Magda Isabel, BONNET ORTIZ, Samir Alberto. “El proceso monitorio. Tendencia del Derecho Procesal Iberoamericano”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Núm. 40, 2014, Bogotá, D.C – Colombia. p. 352.

una manera ágil y sin obstáculos procesales. Sin embargo, no se ha encontrado en ningún texto que el debido proceso en torno a los poderes oficiosos del juez haya sido tema de debate o análisis.

2.2. Clases de proceso monitorio

El proceso monitorio se ha adoptado en diferentes legislaciones, y si bien en todas ellas tiene como fin lograr la creación de un título ejecutivo que convalide una obligación surgida con anterioridad, su adopción, aplicación y legislación no se puede catalogar como semejante en todas las latitudes; ya que cada estado lo ha adoptado teniendo en cuenta el conocimiento respecto de este proceso, la necesidad de implementación, la seguridad en su aplicación, su efectividad y sobre todo, la descongestión que pueda lograr en cada contexto judicial. Con ello, es posible encontrar dos clasificaciones de este proceso a nivel global.

2.2.1 Primera clasificación: respecto de la exigencia o no de anexar pruebas al momento de presentar la demanda, pudiendo ser:

2.2.1.1 Puro: Para este tipo de proceso no se requiere de acompañamiento de pruebas, ni por parte del actor para formular su demanda ni tampoco por parte del demandado. Además, para presentar el requerimiento de pago solo se necesita la afirmación por parte del acreedor. Una vez el juez admite la demanda y ordena el pago al deudor, éste tiene un plazo para presentar su oposición que pretende impedir la condena en su contra.

2.2.1.2 Documental: El juez profiere la orden de pago siempre y cuando el actor cuente con documentos auténticos que prueben la existencia de la obligación que tiene frente al deudor, o por lo menos mencione en su escrito de demanda bajo la gravedad de juramento, el lugar en el cual se encuentran las pruebas que demuestran la obligación contraída.

2.2.2 Segunda clasificación: relacionada con la cuantía del proceso, pudiendo ser:

2.2.2.1 Limitado: Este tipo de proceso se caracteriza porque el requerimiento de pago está sometido a un límite de cuantía, es decir que estará restringido hasta cierto monto la obligación cuyo recaudo se pretende. En caso de exceder ese límite, no podrá hacerse uso del proceso monitorio y deberá acudir a otra cuerda o trámite procesal.

2.2.2.2 Ilimitado: A este tipo de procedimiento se puede acceder sin existir un límite en la cuantía de la obligación que es dable perseguir.

En el ordenamiento Colombiano de acuerdo al artículo 420 del Código General del Proceso, se ha regulado un proceso monitorio de carácter puro¹⁰ en el entendido de que si no se conocen documentos¹¹ que demuestren la certeza de la obligación se puede manifestar dicha situación a través de una declaración juramentada, y limitado a mínima cuantía, es decir, cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 S.M.M.L.V) al momento de la interposición de la demanda.

2.3 Trámite del proceso monitorio en el Código General del Proceso Colombiano

El artículo 421 del Código General del Proceso, señala el trámite del proceso monitorio. Una vez presentada la demanda y verificado por el juez que ésta cumple con todos los requisitos exigidos por el legislador, el juez deberá decretar el requerimiento de pago a través de auto, el cual será notificado de manera personal al demandado para que dentro de diez (10) días siguientes a su notificación, objete la pretensión si así lo desea, en cuyo caso el proceso tomará los cauces de un proceso verbal sumario. Por el contrario, si el demandado en dicho término, no realiza ninguna objeción al requerimiento, se dictará sentencia condenándolo a pagar la suma de dinero pretendida por el demandante, con tal título ejecutivo el demandante podrá continuar con el trámite de un proceso de ejecución.

Lo dispuesto por el artículo mencionado se remite particularmente a una situación en la cual, el demandado actúa de manera responsable frente a un proceso que se le ha dado a conocer. Sin embargo, resulta evidente que gran parte de los demandados en el proceso monitorio eventualmente serán pequeños comerciantes, o personas de escasos recursos, dado que la obligación dineraria a perseguir es de mínima cuantía, por lo cual quedan descartadas las persecuciones de grandes sumas de dinero. Eso permite inferir que muchos de los demandados bien por falta de tiempo, asesoría especializada, o conocimiento procesal, no interpondrán actuación alguna, lo que conduciría a que el juez profiera sentencia a favor de la parte demandante. Desde esa perspectiva, las partes demandadas podrían verse expuestas al recaudo fraudulento de obligaciones inexistentes, caducadas, nulas, contraídas bajo el abuso de posición dominante, usurarias, etc., y a su vez, la administración justicia podría verse utilizada en procura del recaudo de obligaciones en contravía del derecho sustancial. Ello requiere entonces un control claro y contundente por parte del juez que tramite el proceso monitorio.

¹⁰ “En Colombia se implementó el monitorio puro (art. 420, num. 6 inc. 2º, C.G. del P.), bastando la mera afirmación unilateral del acreedor de ausencia absoluta de documento. La cognición cautelar se limita a un juicio indudablemente de primera vista, en especial cuando se habla del monitorio puro”. Colmenares Uribe. op. cit., p. 154.

¹¹ Cfr. CORREA DELCASSO. op. cit., pp. 32, 33.

Es necesario en este entendido, establecer las posibles soluciones al caso planteado, donde la norma no manifiesta respuesta alguna, bien porque las omitió por considerarlas poco importantes, o porque tal como lo menciona el profesor Juan Pablo Correa Delcasso¹²:

“... el proceso monitorio es un proceso “que tiende a la rápida creación de un título ejecutivo que produce penos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley”; esto es, en aquellos casos en los que el legislador estima que el carácter aparentemente incontrovertido del crédito hace presumir que la decisión del tribunal dictada inaudita altera parte, en el momento de dictarse el requerimiento de pago, no será objeto de una contestación seria por parte del deudor. Motivo por el cual la gran mayoría de ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos determinan con precisión cuales son las deudas que deben ostentar la categoría de aparentemente incontrovertidas, ya sea precisando su origen (contractual o estatutario, como en Colombia o en Francia), ya sea atendiendo a su naturaleza (de carácter líquido, exigible y determinado, como en Alemania, Colombia, El Salvador, España o Venezuela)...”.

La respuesta a esta inquietud hace parte del estudio u objeto de esta ponencia que se desarrollara más adelante.

3. Poderes oficiosos del juez en el proceso monitorio

El fin primordial de la administración de justicia de acuerdo al artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, es dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, es decir, se prefiere alcanzar los derechos en cabeza de las personas por encima de los formalismos exagerados que conlleven al disfrute de los mismos. Dicho mandato para que sea efectivamente realizado, le ha conferido al juez a partir de la implementación de un Estado Social de Derecho los deberes y facultades de buscar en cada uno de los procesos que se presenten para su conocimiento, una verdad¹³ real de los hechos, con el fin de dar solución de manera justa y en igualdad de condiciones sobre las partes, que propenda por mantener un orden dentro de la sociedad, teniendo

¹² CORREA DELCASSO. op. cit., p. 29.

¹³ “... la correcta aplicación del derecho, bien sea mediante la atribución de consecuencias jurídicas a determinadas situaciones de hecho, bien sea mediante la ponderación de principios en un caso concreto, solo se logra si se parte de una base fáctica adecuada. Por lo tanto, la verdad es un presupuesto de la vigencia del derecho material o, dicho de otra forma, de la justicia de las decisiones. Como lo ha reiterado la Corte, el derecho procesal, en el marco de un estado constitucional de derecho, debe buscar la solución de conflictos, pero desde una base justa y no sólo eficiente, basada en el establecimiento de la verdad”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-264. 3 de abril de 2009. Magistrado Ponente. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

como fundamento legislativo un sistema procesal mixto¹⁴, que se asienta en unas bases dispositivas y en algunos eventos inquisitivas para el correcto desarrollo de los procesos judiciales.

Pero el fin de lograr en cada proceso la realización de unos derechos pertenecientes a quien se le habían negado cuando los reclamo por medios extrajudiciales, conlleva acatar las normas procesales que al conocerse como instrumentos para alcanzar un derecho, implican someterse a sus disposiciones con el fin de garantizarlos. No obstante, los formalismos de obligatorio cumplimiento, muchas veces pueden converger en incontables prolongaciones del proceso que terminan por desvirtuar la característica principal de la administración de justicia que es solucionar conflictos en el menor tiempo posible. Esto sucede debido a que los funcionarios judiciales al tratar de cumplir al pie de la letra las disposiciones procedimentales, olvidan dar prevalencia a la garantía de los derechos que se debaten en un proceso. Razón por la cual, la jurisprudencia y doctrina es consecuente en afirmar que si bien es necesario e importante cumplir con la forma, en el ordenamiento jurídico colombiano se debe dar prevalencia al derecho sustancial¹⁵.

Al ser la prevalencia al derecho sustancial la regla principal de impartir justicia en Colombia, se debe advertir que dicho principio constitucional no puede entenderse con tal trascendencia hasta el punto de convertirlo en un derecho fundamental¹⁶ del sistema jurídico, debido a que su función se logra en la medida que se lo entienda en conexión con los demás principios del derecho procesal, por cuanto, si bien representa el fundamento para garantizar efectivamente un derecho sin dilaciones y formalismos

¹⁴ “... el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento. (...) El proceso civil colombiano establecido en el Código de 1931 era puramente dispositivo, como lo afirmara Antonio Rocha para quien en dicho sistema “el juez desempeñaba un papel pasivo, pues le correspondía a las partes y no a él la carga exclusiva de la prueba, es decir, pedir las y activar su ejecución. Hoy en día, siguiendo la tendencia contemporánea, nuestro proceso civil se ha orientado hacia un sistema mixto. En efecto, es dispositivo por cuanto las partes inician el proceso por demanda y lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan y piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por el demandado (principio de congruencia). Sin embargo, es inquisitivo en cuanto a que el juez impulsa el proceso y decreta pruebas de oficio en primera o en segunda instancia, puede oficiosamente declarar probadas las excepciones de mérito cuando se encuentren probados los hechos que las constituyan, y emplear los poderes que la ley le otorga para evitar fallos inhibitorios, nulidades y castigar el fraude procesal”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-874. 30 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. “De los principios en general”. *Principios constitucionales del derecho procesal*. Primera edición. Medellín. 1999. pp. 225, 226.

¹⁶ “[...], porque el principio “en sí mismo” no es “valioso”, como diría Habermas, pues es un principio de eficiencia que racionalmente debe ceder ante otros, eso sí “valiosos en sí mismos”, como lo son el debido proceso y la tutela judicial efectiva, a los cuales sirve”. RAMÍREZ GÓMEZ. op. cit., p. 228.

injustificados, su vigencia no puede, “[...] llegar al extremo de desconocer la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad de las partes [...]”¹⁷.

De tal importancia es la afirmación anterior que, su razonamiento descansa cuando se comprende que la prevalencia del derecho sustancial adquiere importancia y aplicación en la práctica judicial, al vincularlo a la aplicación del principio de igualdad de partes en un proceso, debido a que no se puede exigir al juez que dicte una sentencia justa, donde se de prevalencia a lo sustancial, si en dicho proceso se ha dejado de lado garantizar a las partes las mismas oportunidades para actuar, o si al darles las facultades para atacar y defenderse, no se ha asegurado normativamente que dichas herramientas sean realmente cristalizadas¹⁸.

Reconocer los derechos pertenecientes a las personas antes que cumplir con formalismos infructuosos, requiere garantizar a las partes en un litigio, desde el primer momento en que se interpone la demanda, un trato igualitario que responda verdaderamente a su definición constitucional¹⁹.

Determinar cómo justa una decisión dada por el juez, no solamente implica que esta se haya desarrollado en un plano de igualdad para las partes y que se haya dado prevalencia al derecho sustancial, además exige que se haya respetado el núcleo esencial de cada uno de los principios que integran el derecho procesal, los cuales delimitan el actuar de las partes y el juez, garantizan la existencia, validez y eficacia de las providencias judiciales y sobre todo, permiten un orden social justo²⁰.

Atendiendo al verdadero significado de los principios constitucionales del derecho procesal, la implementación de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso -, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico unas responsabilidades y deberes en cabeza del juez, que de antaño incluso desde el mismo Código de Procedimiento Civil, se cambió su función de un simple convidado de piedra frente a la resolución de controversias judiciales, donde sus sentencias se basaban únicamente en lo que las

¹⁷ RAMÍREZ GÓMEZ. op. cit., p. 227.

¹⁸ Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ. op. cit., p. 159.

¹⁹ “El principio de igualdad consagrado en la Constitución no es ni un parámetro formal de valor de toda persona ante el derecho, ni un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo, sino una fórmula de compromiso para garantizar a todos la igualdad de oportunidades. (...) La igualdad de oportunidades es un mundo caracterizado de diferencias de todo tipo (éticas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución solo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta”. Ramírez Gómez. op. cit., p. 157.

²⁰ Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ. op. cit., p. 146.

partes actuaban dentro del proceso, para pasar a ser el director²¹ de éste, actuando de manera activa, tal y como lo señalan los artículos 42, 43 y 44, del CGP. Con ello, al juez se le entregó como deber dentro de cualquier proceso con las características y desarrollo procesal particular, la obligación de realizar un control de legalidad en cada una de las etapas del proceso hasta el punto de poder ejercer actos procesales de manera oficiosa, como es el caso del decreto oficioso de pruebas²², con el fin de desentrañar los hechos que a su juicio no sean claros o dada su importancia requieran de mejores fundamentos y que las partes, dentro del término para actuar, no los aportaron, generándose así una forma ideal de impartir justicia²³.

Frente al proceso monitorio, tal como lo señala el profesor Juan Pablo Correa Delcasso²⁴ “... presente en los países latinoamericanos, que exige básicamente, como requisitos añadidos más importantes, la aportación de un principio de prueba documental junto con el escrito de petición inicial, así como un control previo por parte del juez”. El control previo al que se refiere el mencionado profesor, hace puntual referencia al control oficioso tratado anteriormente, toda vez que, dentro del ordenamiento jurídico Colombiano el tema procesal civil gira en torno a principios y

²¹“A juicio de la Corte, el carácter actual del procedimiento civil confiere al juez una serie de poderes que son suficientes para asegurar un proceso sin dilaciones injustificadas, dentro del cual las partes cumplan con las cargas procesales que les son impuestas y se comporten dentro de los parámetros de lealtad procesal que exige el principio de la buena fe. Estos poderes judiciales son de varias clases, que la doctrina ha clasificado como (i) poderes de decisión, en virtud de los cuales el juez puede decidir el conflicto de intereses mediante la sentencia; (ii) poderes de coerción o de imperio, que facultan a la jurisdicción para ejercer la coerción, especialmente en la realización coactiva del derecho (proceso de ejecución forzada); y (iii) poderes de documentación y de ordenación, mediante los cuales el juez puede decretar pruebas de oficio o a petición de parte para la demostración de los hechos y puede impulsar el proceso... el juez está obligado a proveer sobre las pretensiones incoadas en la demanda y que tiene una potestad jurisdiccional que comprende las facultades necesarias para llegar a proferir una decisión de fondo que ponga fin a la cuestión jurídica debatida. El ordenamiento le otorga potestades para llevar el proceso hasta el final, asegurando su normal desenvolvimiento y la obtención del material probatorio que le permita formarse el juicio necesario para emitir la decisión. En síntesis, el juez debe dirigir e impulsar el proceso...”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-874. op. cit.

²² “... el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-264. op. cit.

²³ “Como puede apreciarse, los anteriores deberes tienden a que el juez cumpla su misión de verdadero director del proceso, busque la verdad real, decretando oficiosamente las pruebas necesarias para la verificación de los hechos objeto del proceso, castigue la deslealtad y la mala fe, integre el contradictorio, evite las sentencias inhibitorias mediante la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho procesal, y evite la morosidad en la decisión, todo lo cual hace que si se cumplen tales deberes, se habrá cumplido el objeto primordial del proceso, que es la debida aplicación de la justicia y la búsqueda de la verdad. Nótese además, que si el juez incumple con estos deberes incurre en responsabilidad disciplinaria”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-874. op. cit.

²⁴ CORREA DELCASSO. op. cit., p. 33.

lineamientos iguales para todo tipo de proceso, razón por la cual frente al proceso monitorio no se puede desconocer el poder oficioso del juez simplemente porque la normatividad que plantea su trámite no lo menciona.

Es posible afirmar que el control oficioso en manos del juez se encuentra indirectamente incluido en el trámite del proceso monitorio, por tratarse de una obligación que el juez debe acatar en cada uno de los procesos que estén en su conocimiento; esto con el fin de evitar proferir decisiones que reconozcan el recaudo de obligaciones contractuales que se encuentren en contravía del derecho sustancial vigente. Así pues, el juez deberá realizar un control efectivo con el fin de evitar el recaudo de obligaciones que adolezcan de nulidad, inexistencia, cobro de lo no debido, cobro de intereses excesivos, situaciones que favorezcan la competencia desleal, etc.; con lo cual se distorsionaría el fin de la rama judicial, y se transgrediría el fin de la justicia.

Supóngase, a título de ejemplo, que un acreedor de una obligación dineraria que cumple los requisitos para reclamarse por vía del proceso monitorio, efectivamente presenta la demanda que abre el citado trámite. Sin embargo, en las pretensiones requiere el pago del capital y exige el reconocimiento de unos intereses a una tasa que supera ampliamente la permitida como límite máximo por la ley civil o comercial según el caso. El juez admite la demanda, requiere al deudor, se realiza la correspondiente notificación, y el demandado guarda silencio. En este punto surge una diatriba para el juez: aplica literalmente la normatividad atinente al proceso monitorio y profiere sentencia constituyendo título ejecutivo, o aplica sus poderes oficiosos para reconocer una excepción de fondo consistente en el cobro de intereses excesivos. En el primer evento estaría honrando el principio de celeridad, en cambio en el segundo caso sacrificaría tal principio, dando prevalencia otros como el debido proceso, prevalencia el derecho sustancial, etc.

Ahora bien, es necesario entrar a determinar si esos poderes oficiosos por parte del juez son de obligatorio cumplimiento hasta el punto de limitar el principio de celeridad presente en el proceso monitorio, o si es éste último principio el que debe prevalecer para poder lograr en un futuro cercano la descongestión de los despachos judiciales, en desmedro del debido proceso y otros principios constitucionales del derecho procesal.

3.1 Ponderación como solución al debate

Entender el proceso monitorio como aquella herramienta creada con el fin de agilizar el recaudo de obligaciones, que de no existir esta figura, implicaría un gran desgaste procesal hasta el punto que muchos optarían por no iniciar acción alguna. Lo anterior

teniendo en cuenta el monto de la obligación (mínima cuantía), los gastos de representación judicial, el debate probatorio y el tiempo mismo de duración del litigio.

Para ello, acorde con las regulaciones foráneas en torno al proceso monitorio, se ha establecido que el silencio del demandado, conduce a una sentencia en la cual se constituye título ejecutivo contra éste. De este modo, el plantear que el juez pueda utilizar los poderes oficiosos de decreto de pruebas y excepciones, con el fin de equilibrar la *litis*, y eventualmente evitar el recaudo de obligaciones usuarias, nulas, con orígenes ilícitos, etc.; puede observarse como un atentado contra la celeridad como principio constitucional. Sin embargo, es dable asumir la postura contraria, advirtiendo que el juez deberá utilizar los citados poderes de carácter oficioso, con el fin de proteger el debido proceso, la igualdad de la partes, la prevalencia del derecho sustancial frente al procesal, entre otros.

En consecuencia, existe una clara disyuntiva entre el debido proceso y el principio de celeridad. Debiendo ofrecerse una solución al debate, para cual deberá realizarse un ejercicio de ponderación entre los principios en contienda. Con ello se garantizará las funciones de los principios constitucionales del derecho procesal²⁵, por un lado, y se buscará una solución intermedia que haga respetar los dos principios en la mayor medida posible, por otro.

Agilizar los procesos dentro de un Estado Social de Derecho implica no solo disminuir los formalismos procesales que demoraban la resolución de los procesos, sino que además se requiere que esa eliminación de procedimientos innecesarios, no afecte el núcleo esencial de a cada uno de los principios constitucionales que rigen el derecho procesal.

²⁵ Respecto de las funciones atribuibles a los principios constitucionales, estas se dividen y definen de la siguiente manera: “[...] *función creativa* [...] no se agota en la actividad legislativa, porque ella también “dirige todos los órganos de la producción jurídica en la realización de su tarea”. Al funcionario administrativo, pero especialmente al juez que en su papel de creador de la norma particular (la sentencia), debe hacer una producción no solamente libre de la inconstitucionalidad manifiesta, que por su asimilación a la vía de hecho es susceptible de impugnarse a través de la acción de tutela, sino acorde con los principios que se presentan como trasunto de los valores vigentes en la sociedad, pues de ello depende la aceptabilidad del razonamiento judicial [...]; *función hermenéutica* [...] mediante los principios y su función interpretativa se organiza el sistema al cerrar las fisuras del ordenamiento. Pero, además, por constituir ellos una técnica jurídica se tornan en pauta para la resolución de problemas particulares y concretos, y en un plus para la elección del o de los criterios de interpretación (gramatical, lógico, teleológico, histórico, sistemático, comparativo, etc.). Ellos, entonces, por antonomasia son el instrumento más idóneo para la comprensión de la norma jurídica oscura, ambigua, contradictoria. [...] *función integradora* [...] se superan las anomalías y se obtiene la solución para los casos no previstos legalmente. Particularmente en los sistemas de derecho positivo la función en comentario resulta invaluable, porque los principios, entendidos como normas jurídicas explícita o implícitamente positivas, permiten decidir los casos aunque no haya ley exactamente aplicable, sin llegar al extremo del arbitrio judicial, ni pretextar el silencio de la ley por estar prohibido [...]”. Ramírez Gómez. op. cit., pp. 37 – 40.

Es así como al momento de analizar el transcurso normal de un proceso monitorio, debe establecerse el grado de aplicación que presentan los principios constitucionales del derecho procesal, a la hora de decidir las posibles acciones oficiosas en cabeza del juez, y así poder establecer hasta qué punto es posible y acorde a derecho mantener indemne un principio sin vulnerar los demás.

Acorde con lo anterior, se procederá a analizar la aplicación de los principios constitucionales del derecho procesal en contienda (celeridad y debido proceso), en el marco del proceso monitorio.

3.2 Principio de celeridad en el proceso monitorio

La celeridad es aquel principio procesal que busca agilizar las actuaciones que se desarrollan dentro de las diferentes etapas de los procesos establecidos en el ordenamiento jurídico, pero considerando lo mencionado por la Corte Constitucional²⁶ en el entendido de que:

“El derecho fundamental de acceder a la administración de justicia implica necesariamente que el juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento. Para lograr lo anterior, es requisito indispensable que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador. Por ello, esta Corporación ha calificado, como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el “derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos”.

Desde este punto de vista, es posible afirmar que el principio de celeridad se encuentra subsumido dentro del principio del debido proceso, es decir que un proceso será ágil y por tanto acorde al ordenamiento jurídico, si éste al momento de cumplir con los trámites respectivos, no vulnera los derechos fundamentales de las partes, y al contrario garantiza que se ejecuten los derechos a la defensa, decreto de pruebas, igualdad de las partes, como elementos integrantes y necesarios para que se materialice efectivamente el debido proceso²⁷.

²⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037. 5 de febrero de 1996. Magistrado Ponente. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁷ El principio de celeridad se encuentra desarrollado en las siguientes sentencias: T- 006. 17 de junio de 1992, T-450. 12 de octubre de 1993, C-416. 22 de septiembre de 1994, C-803. 29 de junio de 2000, y T-558. 10 de julio de 2003.

Si bien el principio de celeridad dispone que por parte del juez se obre de tal manera que cumpla debidamente el trámite procesal establecido, dicha disposición no puede, reiterando la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁸:

“... circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio judicial permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y es fundamento real del Estado social de derecho”.

El desarrollo de un proceso será acorde con el ordenamiento jurídico, si en éste el juez administra justicia atendiendo los deberes propios de su función, lo que implica dictar sentencia con base en cada una de las actuaciones que hayan hecho las partes, valorándolas en conjunto de tal manera que permitan establecer una perspectiva verdadera por parte del juez, respecto del asunto y con ello dicte su decisión tendiendo como base fundamentos coherentes y cercanos con la realidad.

El principio de celeridad frente al proceso monitorio, entonces, no implica que se deba dejar a un lado la valoración de los hechos por parte del juez, el control de legalidad que tiene por obligación realizar y el control oficioso, con el fin de realizar un proceso sin dilaciones injustificadas. Contrario a lo anterior, la celeridad debe velar porque dentro del proceso se realicen cada una de las acciones pertinentes para lograr un proceso acorde con un Estado Social de Derecho dentro del término establecido para ello, y si es necesario deberá ampliar dicho término, o realizar actuaciones adicionales para eliminar vicios que afecten el proceso o su sentencia, las cuales deberán realizarse sin demoras prolongadas e injustificadas²⁹.

3.3 El debido proceso como justificante de los poderes oficiosos del juez, en el proceso monitorio

Una recta y cumplida administración de justicia es el pilar fundamental del debido proceso como principio, el cual se convierte en el principal derecho que adquieren las

²⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037. op. cit.

²⁹ “[...] El proceso judicial siempre se ha enfrentado con el dilema de seguridad o celeridad. Entre la recta y la cumplida justicia, lo ideal es lograr la primera con la segunda, porque la morosidad, el retardo injustificado contiene una gran dosis de injusticia. Con razón Couture duplicaba el tiempo como oro del proceso. La perentoriedad de los plazos legales o judiciales es correlato de la celeridad, al igual que la preclusión, la concentración, la facultad para la renuncia de términos, la prescindencia de pruebas cuando el tema esta verificado, las sentencias anticipadas, etc.”. Ramírez Gómez. op. cit., p. 233.

partes en el escenario judicial, por cuanto, de acuerdo a la Corte Constitucional, “*El fin del proceso está determinado por la búsqueda de la verdad material dentro de la confrontación ideológica establecida por las partes. Esa meta sólo se puede cumplir, si el juez y las partes, adecúan su proceder a unos trámites previos y obedecen unos principios fundamentales constituidos como garantías universalmente reconocidas para que el juicio sea eficiente e idóneo y el fallo produzca efectos en derecho*”³⁰. Es decir, que el debido proceso pregona el desarrollo de procesos con igualdad de armas entre las partes, para que tengan los mismos derechos y oportunidades.

Además, el debido proceso garantiza que en el caso que se generen obstáculos en el normal desarrollo de un trámite judicial, el juez tenga la capacidad plena de dar solución a dichos inconvenientes y con ello se realice un proceso justo, tal como se lo plantea a continuación³¹.

En el proceso monitorio el demandado puede, si a bien lo tiene, contestar dentro del término concedido y presentar excepciones perentorias. En cuanto a la excepción perentoria como único medio de contradicción por parte del demandado, es dable traer a colación lo afirmado por Profesor Hernán Fabio López Blanco, respecto a éstas en los procesos de ejecución, advirtiendo que la excepción perentoria: “... *busca el desconocimiento de la pretensión aducida por el demandante (...) se persigue que desde un primer momento y sin necesidad de esperar al fallo de instancia, se decida dado que versa sobre hechos que normalmente no requieren un dilatado periodo probatorio*”³². Entonces desde una perspectiva general, la responsabilidad de acatar el derecho que se pretende a través de una demanda bajo los parámetros del proceso monitorio está dirigida al demandado, quien en caso de no estar conforme con lo que reclama la parte demandada, debe interponer la correspondiente excepción y demostrar el contenido de la misma.

Sin embargo, atendiendo a los deberes y poderes oficiosos en manos del juez como actividad que garantiza la correcta aplicación del debido proceso, las excepciones perentorias pueden y deben ser declaradas de oficio por el juez en la sentencia, aun cuando el demandado al momento de contestar la demanda no las haya mencionado en su totalidad o simplemente haya guardado silencio. Lo anterior opera para la mayor parte de excepciones de mérito, recordando que existen tres frente a las cuales existe expresa prohibición de ser declaradas de oficios, y que se encuentran señaladas

³⁰ Colombia. Corte constitucional. Sentencia T – 442. 3 de julio de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

³¹ El principio del debido proceso se encuentra desarrollado también en las siguientes sentencias: T – 001. 3 de abril de 1992, T – 419. 17 de junio de 1992, T – 001. 12 de enero de 1993, T – 140. 16 de abril de 1993, T-280. 5 de junio de 1998, C - 159. 7 de marzo de 2007, T – 417. 30 de abril de 2008, T-589. 26 de julio de 2010, T- 764. 7 de octubre de 2011.

³² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Parte especial. Dupré Editores, 8ª edición, Bogotá, 2004, pp. 471 y 472.

taxativamente en el artículo 282 del Código General del Proceso, referentes a prescripción, compensación y nulidad relativa.

Por lo tanto, el juez con la salvedad del 282 CGP, podrá decretar oficiosamente excepciones de mérito, siempre y cuando estén debidamente probadas, e incluso contando el juez con la potestad de utilizar los medios probatorios que hayan sido allegados al proceso³³ y los que de oficio considere pertinente decretar.

Lo anterior puede explicarse a través de un ejemplo: en caso de que el juez con los hechos y demás documentos que se hayan aportado al proceso encuentra que se está realizando el cobro de una suma de dinero con intereses excesivos, su poder oficioso debe impedir que se autorice dicho cobro, y en sentencia podrá reconocer tal hecho exceptivo, procediendo a la disminución de los intereses establecidos por fuera de la ley y decretando un requerimiento de pago con base únicamente en sumas de dinero ajustadas a derecho.

Otro ejemplo ilustraría la postura del juez, acorde con el debido proceso, en el tema del decreto oficioso de pruebas. Así pues, si el juez observa de los hechos de la demanda o de alguna de los medios probatorios anexos a ella que existen serios indicios de la ilicitud, nulidad o inexistencia de la obligación que se recauda, puede el juez decretar las pruebas de oficio que estime pertinentes con el fin de esclarecer los hechos de la demanda, y en caso de verificar la existencia de algún hecho que configure excepción, proceder a decretarla en la demanda.

En estos eventos, no resultaría necesario que el juez adapte el proceso al trámite de un verbal sumario, por cuanto tal posibilidad únicamente se genera frente a la contestación de la demanda por parte del demandado. Ante el silencio de éste, el proceso continúa siendo monitorio, y el juez podrá si lo requiere, decretar pruebas de

³³ “... el juez debe reconocer, aun de oficio, cualquier hecho exceptivo que parezca probado salvo las excepciones de “prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda” (art. 92), oportunidad que no sólo sirve para proponer esas excepciones que requieren petición de parte sino, también, toda otra excepción perentoria que el demandado tenga contra las pretensiones de la demanda, pues aunque el juez las puede reconocer de oficio, por la índole de las relaciones que se debaten es una carga que corresponde al demandado y, de no cumplirla, solo excepcionalmente podrá el juez declarar oficiosamente probada una excepción, ya que es el demandado quien conoce los hechos y sabe cuáles son las pruebas útiles. Esta facultad oficiosa reconocida a los jueces por nuestro Código Procesal Civil, que implica teóricamente un gran avance sobre muchas legislaciones que exigen que toda excepción se alegue, en la práctica es poco utilizada. (...) En resumen, son dos las características importantes del tratamiento de las excepciones en el sistema del Código de Procedimiento Civil colombiano: 1. Normalmente las debe alegar (previas y perentorias) el demandado; 2. Si no lo hace y se estructuran dentro del proceso las circunstancias que ameritarían su declaratoria, el juez las puede reconocer de oficio, las perentorias en la sentencia y las que serían causal de excepción previa mediante el trámite de la nulidad que el juez puede impulsar de oficio, salvo cuando el no alegarlas el demandado en tal forma conlleva saneamiento de la nulidad que podrían originar”. LÓPEZ BLANCO. *Ibidem*. pp. 472 y 473.

oficio o reconocer oficiosamente excepciones de mérito cuando las circunstancias lo ameriten, para lo cual aplicará la normatividad general.

Si el demandado no hace uso de su derecho de defensa, pero el juez con lo afirmado en los hechos de la demanda, o las pruebas anexas, puede constatar que la obligación carece de algunos de los requisitos para su creación, como la capacidad de las partes o el objeto lícito, debe corregir dicha situación, así la parte demandada no haya objetado directamente en esas circunstancias, hasta el punto de dictar sentencia en contra de las pretensiones del demandante, negándolas.

Sin embargo, la discusión puede resultar un poco compleja. En materia de procesos ejecutivos, se tiene que ante el silencio del ejecutado, se proferirá auto que ordena seguir adelante con la ejecución. En ese escenario, el profesor Hernán Fabio López sugiere que si el demandado no realizó al menos una actuación que debidamente probada intente derrocar la pretensión de la parte demandante, le está vedado al juez decretar excepciones perentorias. Debe, en consideración del citado profesor, al menos haberse alegado una para abrir la posibilidad al juez del decreto oficioso de otras excepciones que se hallen probadas.³⁴

Este análisis propio del proceso ejecutivo, no puede aplicarse de similar manera en el proceso monitorio. Primero, por cuanto éste último es un trámite típicamente declarativo en el cual el demandado no enarbola de entrada un título ejecutivo que otorgue certeza al recaudo, sino que, por el contrario, el fin del proceso es justamente la obtención de tal título; y segundo, que ante la interposición de una sola excepción por parte del demandado, el trámite migra al típico de un proceso verbal sumario, en el cual existe una auténtica etapa de decreto y práctica de pruebas, en la cual el juez puede hacer uso de sus poderes oficiosos conforme a las reglas generales.

En consecuencia, en el proceso monitorio pueden presentarse las siguientes situaciones: (i) Que el demandado se oponga pero mencione algunas excepciones, encontrando el juez probadas otras, en tal caso, como el proceso monitorio migra al trámite de un verbal sumario, el juez cuenta en éste con amplios poderes en materia de decreto oficioso de pruebas y declaración de excepciones de oficio salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa. (ii) Que el demandado no se oponga,

³⁴ “... Así, es obligación alegar las excepciones perentorias, pues el juez no las puede reconocer de oficio si el demandado no las propone; cuestión diferente es que al alegarlas, salvo las tres citadas, recobra el juez la facultad de declararlas de oficio si se estructuran probatoriamente. (...) La razón para que el juez no pueda sin la iniciativa del ejecutado declarar las excepciones perentorias obedece a que si debe acompañarse como anexo obligatorio de la demanda un documento escrito auténtico que contenga una obligación clara, expresa y exigible de cuyo análisis el juez infiere la posibilidad de la ejecución, el demandado es notificado y no excepciona, mal puede el juez, sin que existe ninguna circunstancia procesal que varíe la situación inicial, dudar de la suficiencia del título ejecutivo y disponer de oficio que se practiquen pruebas, pues tal conducta implicaría que no halla con nitidez reunidos los requisitos para ejecutar y en esta hipótesis lo que ha debido hacer es negar el mandamiento de pago”. LÓPEZ BLANCO. *Ibidem*. p. 475.

en tal caso el juez tendrá amplios poderes de decreto oficioso de pruebas y de declaratoria de excepciones de mérito, salvo las tres que obligatoriamente requieren petición de parte.

No obstante lo anterior, se convertiría en una contradicción y falta a los deberes que como juez debe realizar en el análisis del caso planteado, la circunstancia en la cual una vez decretado el requerimiento de pago y sin existir ningún hecho adicional y posterior que pudiera reformar su decisión anulará lo que en principio concibió como oportuno.

Esta situación solo sería admisible en el evento en el cual dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, se llevará a cabo el trámite del proceso monitorio con una simple revisión formal por parte del juez para decretar el requerimiento de pago, lo que le obligaría a que luego del decreto del requerimiento de pago y antes de dictar sentencia, debería realizar una nueva evaluación de lo que se ha actuado, con el fin de tomar una decisión; sin embargo, atendiendo al principio de celeridad en concordancia con el debido proceso, agilizar la actuación judicial de manera real, implica que el juez realice un control de legalidad desde el primer momento en que conoce del caso.

Circunstancia diferente es aquella en la cual, una vez proferido el requerimiento de pago, y en el evento en que el demandado frente a dicho cobro no realice ninguna acción, ni de pago, ni de presentación de excepciones; el juez no avizore ninguna ilegalidad ni irregularidad sustancial en la obligación que se pretende recaudar, en ese evento, de acuerdo a lo previsto en el artículo 421 del Código General del Proceso, el juez “... *dictará la sentencia a que se refiere este artículo (se condena al pago del monto reclamado) y se proseguirá la ejecución de conformidad con lo previsto en el artículo 306*”. Pero, si con posterioridad al requerimiento de pago inicial realizado de manera juiciosa por el juez, éste establece que los hechos y razones en que se fundó para proferirlo pueden crear una obligación clara, expresa y exigible, pero se basan por ejemplo, en la ocurrencia de circunstancias ilegales o contrarias a derecho, deberá actuar de manera oficiosa, para detener los efectos que surjan una vez se profiera el requerimiento de pago, hasta el punto de poder anular dicho proceso tal como la doctrina autorizada lo plantea para el proceso ejecutivo, que en este punto resultaría aplicable al proceso monitorio³⁵; o, si se percata de que el requerimiento no cumpliría

³⁵ “... es necesario poner de presente que si el juez profiere mandamiento de pago por estimar que se reúnen los requisitos de ley y el ejecutado no propone excepciones, se debería dictar sentencia de acuerdo con lo previsto en el art. 507 del C. de P. C.; empero, si el juez reanaliza el título ejecutivo y encuentra que se equivocó y que no ha debido proferir mandamiento de pago, considero que no está obligado a dictar sentencia ordenando que prosiga la ejecución, pues lo que debe es enmendar su error y dictar sentencia pronunciándose hacer de la insuficiencia del título ejecutivo. (...) En verdad, una cosa es que el título ejecutivo realmente lo sea y que en la oportunidad legal no se haya propuesto ninguna excepción (en cuyo caso debe ordenarse que siga la ejecución), y otra, en cambio, ilógica y

con las formalidades necesarias para proferirlo, puede tal como lo señala el Doctor López Blanco, quien aborda esta situación desde la perspectiva de un proceso de ejecución, pero que se considera oportuna para ser aplicada en el proceso monitorio:

*“... dictar sentencia negando la prosecución del proceso, lo cual por no conllevar un pronunciamiento de fondo (haciendo en este caso referencia al requerimiento de pago) no genera efectos de cosa juzgada, en el sentido de que no es impedimento en un futuro, de estar reunidos los requisitos que faltan, que pueda adelantarse una nueva ejecución”*³⁶. Puesto que, de continuar con su desarrollo provocaría una lesión a los derechos y principios que protegen a las partes dentro del proceso, y es obligación del juez evitar que dicha circunstancia se genere sobre todo, cuando la parte demandada no ejerce su derecho de contradicción. Situación que no impide que el juez deba velar por sus derechos, desde el entendido de realizar un debido proceso donde se parta de una igualdad entre las partes para llegar a una sentencia justa basada en una verdad real.

4. El poder oficioso del juez en el proceso monitorio – derecho comparado

El procedimiento monitorio es muy ágil³⁷, porque puede iniciar con la simple afirmación del acreedor, aportando cualquier prueba que acredite la relación entre las partes, y de esta manera se traslada al deudor la posibilidad de oponerse, para así iniciar un procedimiento posterior, según sea el caso a la vista de las pruebas aportadas, para determinar cuál parte (demandante o demandada) tiene la razón.

Se hace necesario entonces, realizar un comparativo sobre el control oficioso que tiene el juez en otros países, con el fin de conocer cuál es el poder que tiene el mismo y si éste podría ser aplicable en Colombia.

Se puede en primer lugar, tomar como referente a Costa Rica³⁸, donde solo existe el proceso monitorio documental, y la única prueba prevista para acreditar la existencia

contradictoria, que por una ciega aplicación del art. 507 el juez no pueda, si se percata del error, tomar las providencias necesarias; de ahí que no vacilo en afirmar que en circunstancias como la anotada, ciertamente de rara ocurrencia, el juez puede dictar la sentencia negando que prosiga la ejecución; así el mandamiento de pago este ejecutoriado, los errores cometidos en ese auto no atan definitivamente al juez, quien tiene una oportunidad adicional para revisar los requisitos necesarios para que exista título ejecutivo. Sostener lo contrario sería sacrificar el fondo a la forma, aferrar fatalmente al juez a sus errores”. López Blanco. *Ibídem*. p. 476.

³⁶ López Blanco. *Ibídem*. pp. 476 y 477.

³⁷*“(…) la naturaleza del procedimiento monitorio, que tiene la finalidad “de proveer un título ejecutivo (56) rápido y poco dispendioso, queda por sí misma claramente definida; el mismo no sirve para hacer valer contra el deudor un título ejecutivo ya existente, pero sirve para crear de un modo rápido y económico, contra el deudor, un título ejecutivo que no existe todavía; por consiguiente, es un procedimiento de cognición, no de ejecución”*. Calamandrei, Piero, *El Procedimiento Monitorio*. Ediciones de Cultura Jurídica, Buenos Aires. p. 55.

³⁸ Cfr. QUINTERO PÉREZ, BONNET ORTIZ. op. cit., p. 352.

del crédito es un documento debidamente firmado, donde de manera clara conste la obligación, así mismo, se le exige al demandado para efectos de su defensa aportar un documento de peso, que le sirva para su oposición o para presentar excepciones; lo que conlleva a que el juez pueda realizar un control escueto de la demanda y de su contestación, puesto que depende del demandante el aporte de la prueba fehaciente de la existencia de la deuda, entendiéndose que la posibilidad de un control oficioso por parte el juez viene a ser innecesaria al requerirse de un documento que haga constar la existencia de la deuda, a diferencia de Colombia en donde no hay la obligación de hacer la entrega de un documento de tales características.

En los países Europeos, donde existe una gran experiencia en la aplicación de este procedimiento³⁹, se encuentran diferentes tipos de aplicación del proceso monitorio, como es el caso de España⁴⁰, donde el procedimiento es flexible y el demandante puede aportar cualquier prueba que confirme la existencia de una deuda, correspondiéndole al secretario judicial el análisis de la prueba entregada con la demanda y si ésta hace que el proceso pueda seguir su curso o no, originándose un control previo en cuanto a la legalidad de la demanda al momento de admitirla e informándose al juez de las circunstancias que generan la inadmisión de la demanda, para que se tome la decisión que sea procedente.

En Austria existe el procedimiento monitorio puro⁴¹ y documental⁴², y en el cual el poder para decretar las pruebas de oficio está presente únicamente en el monitorio puro, pues se le exige al juez realizar un juicio de admisibilidad y/o fundabilidad para que pueda darse el trámite del mismo.

En los países sur americanos, como es el caso de Venezuela, el control oficioso que tiene el juez ha tenido regulación mediante vía jurisprudencial, porque en su legislación es corto el acápite que trata sobre el procedimiento monitorio⁴³, en

³⁹ En países como, Suiza, Francia, España y Portugal.

⁴⁰ Cfr. Secretaría General De La Administración De Justicia, Portal administración de justicia, “Guía práctica del procedimiento monitorio, No 1, España, consultado en: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/guia%20n%C2%BA1_monitorio.pdf?idFile=59ce256e-11b1-46d9-b870-3a93d4a65c66 el 3 de junio de 2015.

⁴¹ Cfr. CALAMANDREI. op. cit. p. 30.

⁴² Cfr. CALAMANDREI. op. cit. p. 37.

⁴³ Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil.

Artículo 642. “En la demanda se expresarán los requisitos exigidos en el artículo 340 de este Código. Si faltare alguno, el Juez ordenará al de-mandante la corrección, del libelo, absteniéndose entre tanto de proveer sobre lo pedido. De esta resolución del Juez se oirá apelación libremente, la cual deberá interponerse de inmediato o dentro de los tres días siguientes. CPC. Art. 434 y 643, Ord. 2º Instrumentos fundamentales de la acción.

Artículo 643. El Juez negará la admisión de la demanda por auto razonado, en los casos siguientes:

1º. Si faltare alguno de los requisitos exigidos en el artículo 640,

2º. Si no se acompaña con el libelo la prueba escrita del derecho que se alega.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26-07-89. Ponente Magistrado Dr. Aníbal Rueda, se dijo lo siguiente:

"...Por la naturaleza especial de este procedimiento, el Juez deberá hacer un examen diligente y sumado para la admisión de la demanda de intimación. En dicho examen, el Juez deberá determinar la satisfacción de las condiciones requeridas en los artículos 640, 641, 642, 643, 644 y 645 del Código de Procedimiento Civil. Esas condiciones son: que la pretensión persiga: a) El pago de una suma líquida y exigible de dinero o; b) La entrega de cantidad cierta de cosas fundibles (en cuyo caso debe expresarse en dinero la cantidad que se estaría dispuesto a recibir). (Artículo 645 del Código de Procedimiento Civil), o; c) La entrega de una cosa mueble determinada; d) Que el derecho que se alega no está subordinado a una contraprestación o condición, a menos que el demandante acompañe un medio de prueba que haga presumir el cumplimiento de la contraprestación o la verificación de la condición. (Artículo 643 del Código de Procedimiento Civil), También es necesario: e) Que el deudor se encuentre en Venezuela o aun encontrándose en el extranjero, haya dejado apoderado a quien pueda intimarse, que acepte representado (artículo 640 del Código de Procedimiento Civil); f) Que la demanda se interponga ante un Juez competente por razón del territorio, del valor y de la materia (artículo 641 del Código de Procedimiento Civil); g) Que se hayan cumplido en el libelo de demanda los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil (artículo 642 del Código de Procedimiento Civil); h) Que el documento acompañado al libelo de la demanda sea alguno de los que se enumeran a continuación: instrumento público. Instrumento privado, cada, misiva, admisible según el Código Civil. Facturas aceptadas, letra de cambio, pagarés, cheques, o cualquier otro documento negociable.

El examen de los puntos anteriormente expuestos, es previo a la admisión de la demanda e implica el análisis del libelo y de los instrumentos en que se funda la pretensión.

El pronunciamiento de admisión o no admisión de la demanda de intimación, tiene una naturaleza exclusivamente procesal y no implica pronunciamiento alguno sobre la bondad de la pretensión, sino sobre la idoneidad del procedimiento de intimación para la satisfacción de la misma en vista de la constatación previa por el órgano jurisdiccional del cumplimiento de las con-

3°. Cuando el derecho que se alega está subordinado a una contraprestación o condición, a menos que el demandante acompañe un medio de prueba que haga presumir el cumplimiento de la contraprestación o la verificación de la condición.

Artículo 644. Son pruebas escritas suficientes a los fines indicados en el artículo anterior: los instrumentos públicos, los instrumentos privados, las cartas, misivas, admisibles según el Código Civil, las facturas aceptadas, las letras de cambio, pagarés, cheques y cualesquiera otros documentos negociables.

diciones formales y sustanciales establecidas en los artículos antes mencionados (...)”

Como se ha mencionado anteriormente la importancia de hacer un análisis en cuanto al proceso monitorio en otras latitudes, es con el fin de contar con una noción sobre cómo se lleva a cabo el control oficioso por parte del juez y si éste podría ser aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pero con el estudio realizado se evidencia que en países en donde se maneja el proceso monitorio clasificado como mixto (puro y limitado) el control que se hace a la demanda es un control de legalidad previo por parte del juez para admitir o no la demanda, pero más ligado a los requisitos para poder hacer la presentación de la demanda y no en cuestiones como un cobro de intereses excesivos, o si la obligación parte de un objeto ilícito.

5. Solución al debate celeridad – debido proceso, en el proceso monitorio colombiano

Una vez analizado el tema, cabe afirmar que el debido proceso ha sido entendido por la Corte Constitucional como un conjunto de derechos, entre los cuales se encuentra la celeridad, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, la igualdad procesal, etc. En consecuencia, la interpretación de las normas que disciplinan el proceso monitorio, requiere la armonización de todos los principios en juego, en procura de evitar el sacrificio innecesario de alguno de éstos, y que conduzca tal situación a una decisión irracional o contraria al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto se requiere una interpretación que acoja la celeridad como principio fundante, en aquellos eventos en los cuales el demandado no contesta la demanda dentro del término establecido. En tal caso el juez deberá proferir sentencia constituyendo el respectivo título ejecutivo, siempre y cuando de la demanda y sus anexos no se advierta una ilegalidad, o vicios que afecten gravemente la validez o existencia de la obligación contractual pretendida.

En aquellos eventos excepcionales, en los cuales el juez observe en la demanda o en sus anexos, que existe un vicio que afecta la validez de la obligación contractual pretendida, deberá este menguar los efectos del principio de celeridad, y proceder a apalancar su actuación en el marco del debido proceso, la igualdad procesal, la primacía del derecho sustancial sobre el procesal; y proceder bien a decretar pruebas de oficio cuando requiera esclarecer algún hecho sobre el cual existe un manto de duda, o bien, decretar excepciones oficiosamente siempre que éstas se encuentren debidamente probadas en el proceso.

Así, por ejemplo, si el juez advierte que las pretensiones y hechos de la demanda pretenden el cobro de una obligación con intereses que sobrepasan los límites legales, deberá el juez reconocer tal hecho en la sentencia, aun cuando el demandado haya guardado silencio, y proceder a reducir la tasa al máximo vigente al momento de constituir el título ejecutivo a favor del demandante. En cambio, si el juez advirtiere que la obligación pretendida tiene un objeto ilícito, (v. gr. Se pretende el pago de una obligación dineraria no pagada a cambio de un objeto de arte precolombino), el juez deberá negar las pretensiones de la demanda mediante sentencia, aun a pesar de que el demandado no haya postulado una oposición a las pretensiones.

En ese escenario se observa armonizado tanto el principio de celeridad como los demás principios constitucionales del derecho procesal inmersos en el debido proceso.

Conclusiones

De todo lo expuesto puede afirmarse que el debate que emerge entre la celeridad y el debido proceso, puede resolverse de manera clara a favor de la posibilidad de ejercicio de los amplios poderes oficiosos de juez en materia de pruebas y declaratoria de excepciones, en el marco del proceso monitorio. Lo anterior por cuanto, la celeridad es parte integrante del debido proceso, y copiosa jurisprudencia exige que aquella se garantice en la medida que no se sacrifique éste.

Lo anterior permite exponer las siguientes conclusiones:

1. En los eventos en que el demandado, dentro de un proceso monitorio, no presente oposición a la demanda dentro de la oportunidad establecida, y el juez no tenga duda sobre la legalidad de la obligación que se pretende recaudar, e igualmente no le asista interrogante alguno sobre los hechos, prevalece el principio de celeridad, y el juez deberá dictar sentencia condenando al demandado sin mayores dilaciones.
2. Si el demandado no ha contestado la demanda, dentro del trámite del proceso monitorio, pero al juez le asiste alguna duda sobre los hechos de la demanda, deberá dar prelación al debido proceso y echar mano de los amplios poderes oficiosos en materia de decreto de pruebas. En tal caso, el proceso no migra a un verbal sumario, sino que bien podrá el juez a través de auto decretar las pruebas que requiere y practicarlas conforme a las reglas comunes, y una vez recaudadas proferir sentencia.
3. Si el demandado dentro de un proceso monitorio no contesta la demanda, y el juez observa que existen vicios que afectan la legalidad de la obligación que se pretende recaudar (intereses excesivos, nulidad sustanciales, inexistencia, etc.), prevalece el

debido proceso sobre el principio de celeridad, y en este caso el juez tiene que decretar las excepciones de mérito pertinentes, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa. En este caso, el proceso tampoco migraría a un verbal sumario, y basta con que el juez haga el pronunciamiento en la sentencia.

4. Se esperaría que el juez haga un control claro y eficiente al momento de admitir la demanda y requerir al deudor, con el fin de evitar que el control se haga sólo al momento de dictar sentencia, desgastando innecesariamente el aparato jurisdiccional.

Referencias bibliográficas

Doctrina

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. “El procedimiento monitorio en Colombia”. *El procedimiento monitorio en América Latina pasado, presente y futuro*. 2013. Bogotá. Editorial Temis S.A.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América Latina”. *El procedimiento monitorio en América Latina pasado, presente y futuro*. 2013. Bogotá. Editorial Temis S.A.

CALAMANDREI, Piero. *El Procedimiento Monitorio*. Ediciones de Cultura Jurídica, Buenos Aires

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel, BONNET ORTIZ, Samir Alberto. “El proceso monitorio. Tendencia del Derecho Procesal Iberoamericano”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Núm. 40, 2014, Bogotá, D.C – Colombia.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. “De los principios en general”. *Principios constitucionales del derecho procesal*. Primera edición. Medellín. 1999.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Parte especial. Dupré Editores, 8ª edición, Bogotá, 2004.

NIEVA FENOLL, Jordi. “Aproximación al origen del procedimiento monitorio”. *El procedimiento monitorio en América Latina pasado, presente y futuro*. 2013. Bogotá. Editorial Temis S.A.

PICÓ I JUNOY, Joan. “El proceso monitorio una visión española y europea pensando en Colombia”. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Primera edición. 2012. Bogotá. Departamento de Publicaciones, Universidad Libre.

Secretaría General de la Administración de Justicia, Portal administración de justicia, “Guía práctica del procedimiento monitorio, No 1, España, consultado en: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/guia%20n%C2%BA1_monitorio.pdf?idFile=59ce256e-11b1-46d9-b870-3a93d4a65c66 el 3 de junio de 2015.

Jurisprudencia colombiana:

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-450. 12 de octubre de 1993. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____ Sentencia T-280. 5 de junio de 1998. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____ Sentencia C – 416. 22 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

_____ Sentencia T – 558. 10 de julio de 2003. Magistrado Ponente. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T- 006. 17 de junio de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 803. 29 de junio de 2000. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ Sentencia C - 159. 7 de marzo de 2007. Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____ Sentencia T-589. 26 de julio de 2010. Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____ Sentencia T – 001. 12 de enero de 1993. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

_____ Sentencia T – 001. 3 de abril de 1992. Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____ Sentencia T-264. 3 de abril de 2009. Magistrado Ponente. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____ Sentencia C-874. 30 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____ Sentencia T – 417. 30 de abril de 2008. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____ Sentencia T- 764. 7 de octubre de 2011. Magistrado Ponente. Dra. María Victoria Calle Correa.

_____ Sentencia T – 419. 17 de junio de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

_____ Sentencia T – 442. 3 de julio de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

_____ Sentencia C-037. 5 de febrero de 1996. Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____ Sentencia T – 140. 16 de abril de 1993. Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Leyes:

Colombia. Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012, Código de Procedimiento Civil.

Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil.

IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA *

Semillero de Derecho Público
Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”**

*Jorge Luis Borja Zúñiga, Marvin Cuesta Baldrich,
Osias David Hurtado López, Maryurys Andrade Caicedo,
Jesús Orlando Moreno Lozano, Hames Yanier Lozano Urrego,
Cristobalina Mena Moya, Yessenia Robledo Martínez,
Santiago Ospina Cartagena, Deymar Murillo Aluma*

Director de Semilleros: *Rafael Bechara Palacios*¹

RESUMEN

El Estado social de Derecho, consagrado en la constitución política de Colombia garantiza la efectividad de principios, derechos y deberes en ella establecidos, entre ellos el derecho de contraer obligaciones entre particulares y entre estos y el Estado.

* Artículo inédito. Recibido 12 de septiembre de 2015 – Aprobado el 28 de octubre de 2016.

Para citar el artículo: BORJA ZÚÑIGA, Jorge; CUESTA BALDRICH, Marvin; HURTADO LÓPEZ, Osias; et al. Implementación del proceso monitorio en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 3, julio – diciembre de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 432-465

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2015, en la ciudad de Pereira.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”.

¹ Docente de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba” y Director de los Semilleros de Investigación en Derecho Procesal.

Las controversias contractuales atípicas entre particulares y la administración , el creciente enriquecimiento injustificado del Estado , causado muchas veces por actuaciones de hecho, de buena fe, producen el empobrecimiento del particular colaborador que no debe soportar; situación que genera frustración e impotencia por las dificultades de un acceso ágil a la administración de justicia por las dilaciones judiciales , lo tardío y complicado de la procedencia del proceso ordinario de reparación directa, como única acción procedente para reclamarle al Estado , más aun, las inaceptables talanqueras de los recientes cambios de posición jurisprudenciales en torno a la procedencia del enriquecimiento sin causa, generan más descontento , desconfianza y sobretodo congestión en el sistema judicial, ponen en el tapete de las inaplazables discusiones jurídicas la urgente necesidad de contribuir proponiendo la implementación del proceso monitorio como medio de control rápido, ágil y eficaz, garantizador del debido proceso de cara a una justicia material verdadera que resuelva las controversias dinerarias de poca cuantía en la jurisdicción contenciosa administrativa.

PALABRAS CLAVES: Proceso Monitorio, Reparación directa, Enriquecimiento sin Causa, Actuaciones de Hecho, Jurisdicción Contenciosa.

ABSTRACT

Social state of law enshrined in the Colombian political constitution guarantees the effectivity of principles, laws and duties, established in the political constitution, among them the right to condense liabilities between individuals and the state.

Not typical contractual controversies between individuals and management, the unjustified increasing enrichment of the state because of the fact ways of good faith, that it constitutes in the unjustified impoverishment of individual contributor, who should not bear the situation that generates the difficulties of having an agile access to the justice administration creating an atmosphere of frustration and impotence due to judiciary delay and a very complicated an late ordinary process and a very late direct repair, as a one and only action to claim to the state by enrichment, attached to the unacceptable barriers of position in jurisprudential orders generating mal content and especially congestion in the judicial system, these events put on the table of these legal discussions cannot be postponed and the urgent need to contribute by proposing the implementation of the payment process as a fast, agile and an effective control, guaranteeing a due process facing a material justice and true indeed that resolve the monetary controversies of little valves in the administrative jurisdiction.

KEYS WORDS: Payment Process, Direct Repair, Enrichment without Cause, Performance of Facts, Administrative Jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

La administración de justicia pronta y eficaz, ha sido uno de los objetivos de los Estados democráticos como el nuestro, para descongestionar el aparato judicial, se han formulado diferentes alternativas sin que ninguna haya resuelto significativamente la problemática en particular en materia contenciosa, por ello, nuestro semillero de derecho público propone la implementación de la estructura monitoria en la jurisdicción contenciosa administrativa, como medio de control rápido, ágil y eficaz, no obstante, que se invierta el contradictorio para reclamar a la administración acreencias dinerarias de poca cuantía, por actuaciones de hecho, de naturaleza contractual que generan su enriquecimiento in causado y el correlativo empobrecimiento del particular colaborador, en los casos concretos señalados dentro del estudio que proceda la pretensión.

En ese orden de ideas, se analizan en primer lugar, los antecedentes históricos de la estructura monitoria y de la acción in rem verso, de la mano del derecho comparado, mostrando su evolución desde su nacimiento antiquísimo en la cultura jurídica romana hasta nuestros días, su asimilación por los países europeos, los Estados Unidos y algunos países latinoamericanos hasta llegar a nuestro país.

En segundo lugar se hace un estudio analítico conceptual en relación con la naturaleza, características y estructura del proceso monitorio y la acción in rem verso, en este punto precisaremos los aspectos relevantes de estas figuras jurídicas identificando sus ventajas y su procedencia para su implementación, en particular referido al proceso monitorio. En punto del enriquecimiento sin causa se analizan las ambivalentes y cambiantes posiciones jurisprudenciales del máximo tribunal de lo contencioso colombiano, que generan estabilidad jurídica y descontento por las trabajas al acceso de la administración de justicia, para lo justiciables empobrecidos por el Estado.

Con el acervo investigativo de los elementos antes expuestos desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y legal, proponemos puntualmente la implementación del proceso monitorio, en la jurisdicción contenciosa administrativa como medio de control rápido, ágil y eficaz para resolver controversias contractuales atípicas de poca cuantía en contra de la administración pública por enriquecimiento sin causa, determinada por actuaciones de hecho, de buena fe, en los eventos que más adelante precisaremos en que sea procedente esta pretensión, de cara a una verdadera justicia material para el ciudadano de a pie.

Finalmente plantearemos algunas conclusiones como punto de llegada que coadyuven a la discusión y profundización sobre la implementación del proceso monitorio en la jurisdicción contenciosa colombiana.

1. IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las actuaciones de hecho de la administración pública, en la actividad contractual atípica, con ocasión de la prestación de servicios a la comunidad, -prestados por particulares colaboradores- genera una creciente cantidad de obligaciones dinerarias no documentadas en debida forma como títulos ejecutivos que siendo de poca cuantía, no son satisfechos de manera pronta y eficaz a través de los medios de control de la vía contenciosa hasta ahora consagrados (*actio in rem verso* y reparación directa). En efecto, lo anterior configura un enriquecimiento injustificado con el correlativo empobrecimiento del particular que no puede soportar y que reclama del Estado la garantía de un procedimiento breve especial rápido y eficaz que haga real la justicia material para quienes se hallan en tal situación. Por lo anterior, el tema abordado en el presente trabajo académico intenta dar respuesta de manera propositiva al problema planteado en términos de implementar el proceso monitorio como medio de control rápido ágil y eficaz para resolver controversias de enriquecimiento injustificado por actuaciones de hecho de la administración pública.

1.1.1 Hipótesis

La inequidad de nuestro país, tiene como una de sus causas la morosidad, ineficiencia y trabas en la administración de justicia con procesos que tardan muchos años en decidirse, haciéndola nugatoria en la práctica.

El enriquecimiento injustificado de la administración cuenta con instrumentos procesales poco expeditos y ágiles que posibiliten a los justiciables la satisfacción de sus créditos, como son la *actio in rem verso* de dudosa aplicación y la acción de reparación directa proceso ordinario y moroso.

La implementación del proceso monitorio en la jurisdicción contenciosa administrativa atiende la necesidad de responder pronto y eficazmente a los problemas de enriquecimiento injustificado de la administración pública por actuaciones de hecho de buena fe y urgencia manifiesta entre otras causales.

La entronización del proceso monitorio en la jurisdicción contenciosa colombiana puede responder a criterios de eficiencia y prontitud de la justicia para mejorar los niveles de acceso a la administración de justicia de un sector poblacional significativo

referido a aquellos justiciables, que siendo acreedores pero sin llenar los requisitos legales exigidos para reclamar ejecutivamente sus acreencias no cuentan con elementos judiciales expeditos y ágiles que posibiliten la satisfacción de los mismos.

1.2 JUSTIFICACIÓN

Nuestro trabajo de investigación propositivo encuentra sustento factico en la penosa morosidad e ineficiencia del sistema judicial del país, particularmente en las precarias y ambivalentes respuestas del contencioso administrativo en las acciones de reparación directa y la actio in rem verso, para dirimir la controversias, de enriquecimiento injustificado de la administración pública y más aún por las restricciones para la procedencia, del enriquecimiento mediante la sentencia de unificación del Consejo de Estado al excluir la buena fe, no obstante esta gozar de garantía constitucional tal como lo señala el salvamento de voto de la magistrada STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, y reafirmar las solemnidades del contrato estatal. Por otra parte de la mano del tratadista Mitchell Taruffo; “la protección judicial es el derecho que tiene cada persona de un país de acceder al aparato judicial para que se solucionen las diferentes controversias que surjan en el diario vivir, de este derecho se desprende la obligación del Estado de garantizar la verdad, la justicia y que de manera eficaz y eficiente se resuelva el litigio”¹. El C.G.P Ley 1564 de 2012, y el CPACA Ley 1437 de 2011; intentan de alguna manera aportar para la disminución de procesos y generar la eficacia de los mismos, de la mano de la oralidad, con resultados insuficientes, por eso se hace valido que la comunidad académica, jurídica, semilleros, estudiantes, profesores, etc., propongan alternativas para hacer que los procesos funcionen de manera rápida pronta y eficaz en las diferentes áreas del Derecho. No es de recibo plantear la descongestión de los despacho judiciales, como fría estadísticas, para validar políticas públicas de administración de justicia, esta tiene que estar conectada a una efectiva solución de los procesos y a un acceso real y pronto, por otra parte la razón de ser de la administración pública es la prestación de los servicios para cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 CP.) y en ese contexto realiza actuaciones administrativas que muchas veces por circunstancias especiales de fuerza mayor, caso fortuito, urgencias manifiestas entre otras son de hecho, pero que generan obligaciones dinerarias algunas veces no documentadas en debida forma, que en muchas ocasiones se quedan sin reclamar al Estado que se le ha servido, con grave perjuicio para el particular que presto el servicio. Lo anterior justifica que se hagan propuestas académicas encaminadas a resolver problemas de vivencias diarias de los colombianos,

¹ TARUFFO, Michelle “PÁGINAS SOBRE JUSTICIA CIVIL” año 2009 tomado de : [Http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497686853_1.pdf](http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497686853_1.pdf) consultado el 7 de marzo de 2015.

de la mano del proceso monitorio, implementándolo en la jurisdicción contenciosa administrativa por que como ya sabemos justicia tardía no es una verdadera justicia y puede llegar a constituirse en la mayor de las injusticias.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

Proponer la implementación del proceso monitorio en la jurisdicción contenciosa administrativa como medio de control rápido ágil y eficaz para resolver las controversias de poca cuantía, de enriquecimiento injustificado de la administración pública por sus actuaciones de hecho.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Dar cuenta de los antecedentes históricos y del derecho comparado del proceso monitorio y de la *actio in rem verso*.
2. Conceptualizar el proceso monitorio y la *actio in rem verso* en términos de su naturaleza, estructura y características

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 DEL PROCESO MONITORIO

El proceso monitorio tiene su antecedente más remoto en el “*mandatum de solvendo*” del derecho medieval italiano, creado ante la necesidad de establecer procedimientos que agilizaran el tráfico mercantil en las ciudades mercantiles que abrieron espacio al comercio entre occidente y oriente. Esta institución prontamente se convirtió en una alternativa efectiva frente al juicio ordinario para constituir un título ejecutivo en casos en los que el acreedor no disponía de los medios de prueba, con la finalidad de evitar las demoras del juicio plenario. De esta manera, se configuró como procedimiento sin fase previa de cognición, caracterizado por prescindir de la etapa probatoria, reduciendo así trámites y requisitos formales en la resolución de controversias de carácter civil y mercantil.

De allí se trasladó al derecho germánico, donde sería desarrollado durante varios siglos y de donde fue tomado para múltiples ordenamientos jurídicos, en los que ha adquirido una utilidad social significativa, al convertirse en el principal procedimiento a través del cual, de manera simplificada y accesible, los ciudadanos resuelven las controversias que se originan en los negocios y transacciones civiles y comerciales

informalmente celebradas². En palabras de Capelleti: “*El procedimiento ordinario corresponde a las preferencias ideológicas y a las exigencias materiales de grupos ya firmemente consolidados en el poder, mientras que los procedimientos especiales más simples, accesibles, rápidos, económicos, sustraídos de las cavilaciones y maniobras fatigosas corresponden a las exigencias de estratos sociales o grupos de presión relativamente nuevos, pero lo suficientemente aguerridos como para estar en posibilidad de imponer su propia voluntad en el derecho sustancial y en el derecho judicial.*”³

Siguiendo al profesor Calamandrei⁴, en el derecho comparado han surgido un repertorio de categorías monitorias, siendo las dos tipologías principales: el proceso monitorio puro y el proceso monitorio documental. En el primero, la orden de pago que imparte el juez tiene por base la sola afirmación unilateral y no probada del demandante. En cambio, en el documental el mandato de pago presupone que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos.

2.2 DE LA ACTIO IN REM VERSO

La *actio de in rem verso* es una locución latina que traducida al español significa “acción de reembolso”, conocida por algunas legislaciones como “acción de restitución”, pero no se trata de restituir una propiedad o un inmueble, hace referencia al enriquecimiento ilícito o más bien sin causa de carácter líquido, es decir; que lo que se paga sin deberlo o que la ley lo manda, debe el deudor reembolsarlo a aquel que lo pago.

Entonces, teniendo claro que uno de los pilares de la teoría del enriquecimiento sin causa yace en la equidad, como comenta López, se puede aseverar que el “enriquecimiento sin causa -como figura o concepto- tiene su origen remoto en la exégesis, glosa y comentario de un texto de Pomponio, recogido en el Digesto (Libro 50, Tít. 17, N° 206) y de los textos sobre las condiciones en que aquél se fundaba”⁵.

La *actio in rem verso* de raigambre civilista sirvió eficientemente para la pretensión del enriquecimiento injustificado surgido en las relaciones entre particulares en donde uno resultaba con una ganancia y el otro con una merma patrimonial que no estaba llamado a soportar.

² CHIOVENDA, Giuseppe. “Las Formas en la Defensa Judicial del Derecho”. En Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ediciones E. He. A, Vol. 1, Buenos Aires, Argentina, 1949

³ CAPELLETTI, Mauro. Giustizia e Società, 1972. Citado por Parra Quijano Jairo en El Procedimiento Monitorio en América Latina. Editorial Temis, 2013.

⁴ CALAMANDREI, Piero “El procedimiento monitorio”, Buenos Aires, 1946.

⁵ LÓPEZ, Manuel El enriquecimiento sin causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un instituto controversial). La Coruña: Anuario da Faculta de de Dereito da Universidad de La Coruña 2012

2.3 DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

La doctrina autorizada, e incluso la jurisprudencia, coinciden en señalar que el origen del enriquecimiento sin causa se halla en el Derecho Romano, específicamente en el Digesto 50.17.206 que reproduce la regla de derecho propuesta por Pomponio, que reza en su tenor literal: “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*”, que traducida al español significa: “Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria”. O como lo sostuvo textualmente el mismo jurisconsulto: “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*. 12.6.14. Pomponius libro. 21 *ad Sabinum*”, que traduce al castellano: “Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro”⁶. La regla establecida por Pomponio, instituida en el Digesto citado hace mención a lo conocido en el Derecho Romano como la “*aequitas*”, bajo el entendido de “dar a cada uno lo suyo con base al saber jurídico común a todos (*ius naturae*), mientras que la frase ‘*fieri locupletiores*’ se refiere al enriquecimiento obtenido a expensas de aquél sujeto que sufrió el consiguiente empobrecimiento (*cum alterium detrimento*)”⁷. Armonizando la precitada regla a la contemporaneidad jurídica, se podría decir que esta propende por la equidad traducida en el equilibrio o arreglo de la ruptura de una relación patrimonial fundada entre las personas, dándole a cada uno lo que justamente le corresponde. Ante ese rompimiento o desequilibrio, resulta natural que en virtud de la justicia y equidad se procure por el restablecimiento o equilibrio patrimonial, tal y como debe ocurrir al presentarse un enriquecimiento sin causa, donde resulta una persona empobrecida y otra enriquecida en su patrimonio sin justificación alguna.

En palabras del tratadista ELOY MADURO LUYANDO sobre esta figura dice “Dado que la noción de enriquecimiento sin causa se funda en la idea o necesidad de restituir o restablecer el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho (el enriquecido y el empobrecido), y no en la idea de reparar ningún daño injusto causado, la indemnización objeto de la acción *in rem verso* tiene por finalidad la restitución o restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado; por lo tanto, es una acción de equidad que no aspira a indemnizar al empobrecido de todo su empobrecimiento, ni tampoco despojar al enriquecido de todo su enriquecimiento, sino persigue restaurar en lo posible el equilibrio patrimonial entre dichas partes.”⁸

⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sal Cas Civil. Rad. 540001-3103-006-1999-00280-01, 2012, p.21.

⁷ JUSTINIANO, Digesto, Prado, 2012, P. 12. (530 d.C.),

⁸ MADURO LUYANDO, Eloy. Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Caracas, Universidad Católica BELLO, Andrés. Manuales de Derecho, Séptima Edición (1989, p. 722),

Por otra parte, conforme la **doctrina del hecho ilícito**. Propuesta por *planiol*, El enriquecido incurre en un hecho ilícito al quedarse con un bien a costa de otro y sin un motivo legítimo que justifique el traspaso⁹. Desde hace muchos siglos, la doctrina distingue la indemnización del efecto restitutorio del enriquecimiento sin causa. Así en la indemnización prevalece la reparación integral del daño, en cambio, la restitución se limita a reponer las cosas al estado anterior del enriquecimiento. Finalmente la **doctrina de la gestión de negocios impropia o anormal**, en torno a la figura que nos ocupa, sostenida por *Demelombe, Laurent y Larombierre*. Se presenta cuando el patrimonio de una persona se transfiere a otro individuo sin existir una causa jurídica que justifique ese traspaso.¹⁰

3. EL PROCESO MONITORIO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

Es factible afirmar que esta figura jurídica en cada ordenamiento ha adquirido particularidades propias, con una rápida asimilación, por sus resultados prácticos, en relación con la solución a las controversias dinerarias de una de manera rápida, ágil y eficaz, y de ello dan cuenta los países siguientes:

- En Alemania se desarrolló desde mediados del siglo XIX, pero en su configuración actual se denomina “*Mahnverfahren*” y está previsto en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de un procedimiento puro en el que la orden de pago emitida por el juez se otorga ante la sola afirmación del demandante sobre la existencia de la obligación. Una vez dictado el requerimiento de pago y notificado el demandado, éste puede oponerse en el plazo de dos semanas, sin que proceda recurso contra dicho requerimiento y sin que exista límite para la cuantía de la pretensión dineraria. En 1998 los juzgados y tribunales civiles de Alemania¹¹ emitieron más de ocho millones de requerimientos de pago.
- En Austria desde el año 1895 en el artículo 488 del Código Procesal Civil, está previsto el proceso monitorio denominado “*Mandatsverfahren*”, que le otorga un plazo de cuatro semanas al demandado para recurrir una resolución de requerimiento, término que se cuenta a partir de la notificación personal. En cuanto a su aplicación, es preciso señalar que en el año 1994, los jueces

⁹ MARTÍNEZ FLORES, Héctor. El Enriquecimiento Injustificado: ¿Indemnización o Restitución?, tomado de: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919271.pdf pág. 148-149.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *Revista Xuridica Galega*. Recuperado de: <http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf> (septiembre 1 de 2014).

austriacos emitieron un total de 857.038 mandatos de pago, lo que representó el 78% de los procesos que cursaron en la jurisdicción civil ese año¹².

- En Italia desde el año 1922 se estableció en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil la “*Ingiunzione*”. Se trata de un proceso monitorio documental en el que el deudor cuenta con un plazo de cuarenta días contados a partir de la notificación personal de la orden de requerimiento para oponerse. Si no se presenta oposición, el requerimiento de pago será definitivo y el deudor podrá ser ejecutado. Con relación a la operatividad de este procedimiento especial, las estadísticas dan cuenta del incremento en su utilización, teniendo en cuenta que en 1985 los juzgados y tribunales civiles italianos¹³ expedieron 272.837 mandatos de pago, cifra que en el año 1993 aumentó a 970.784 mandatos de pago.
- En Francia desde 1937 está previsto en el artículo 1405 del Código de Procedimiento Civil el proceso monitorio documental denominado “*injection de payer*”, que permite constituir títulos ejecutivos a través de un procedimiento documental simplificado.
- En España fue incorporado en el año 1999 a partir de la expedición del artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece un proceso monitorio de tipo documental, a través del cual es posible reclamar pretensiones dinerarias de cualquier cuantía, mediante un procedimiento abreviado que le confiere al deudor un plazo de veinte días para que pague o se oponga al requerimiento. Con relación a la cuantía, es preciso señalar que esta ha aumentado gradualmente según la utilización, pues en un primer momento se limitó a obligaciones que no superaran treinta mil euros, pero a partir de la Ley 13 de 2009 la cuantía aumentó a doscientos cincuenta mil euros y en el año 2011 se liberó la cuantía para que fuera ilimitada. En el informe sobre los datos de la estadística judicial, el Consejo General del Poder Judicial reportó que durante el año 2011 se tramitaron un total de 811.634 procesos monitorios, de los cuales sólo el 6,2% se transformó en un procedimiento declarativo ordinario. Los 760.500 casos resueltos, no generaron actividad judicial posterior, pues suponen la finalización del procedimiento monitorio, sin transformación en un

¹² DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *Revista Xuridica Galega*. Recuperado de: <http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf> (septiembre 1 de 2014).

¹³ DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *Revista Xuridica Galega*. Recuperado de: <http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf> (septiembre 1 de 2014).

declarativo; esta cifra constituye el 40,2% de toda la demanda de justicia tramitada por los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil¹⁴.

- A nivel continental, el Reglamento 1896/2006 de la Unión Europea establece un proceso monitorio puro que constituye un tipo de reclamación sumaria aplicable a las obligaciones transfronterizas que se generan en un país, pero que se cobran en otro. Este procedimiento tiene como característica procedimental que opera a través de medios electrónicos para facilitar el funcionamiento del mercado común, sin que exista limitación en la cuantía de la demanda y como claro efecto de la integración política este proceso es comunitario y, por ende, de aplicación inmediata en los Estados que conforman la Unión Europea, sin necesidad de reglamentación interna. Según cifras del Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales de España, durante el año 2012 en la Unión Europea¹⁵ el 52% de los procesos judiciales comunitarios se tramitaron a través de juicios monitorios.
- En América Latina, también ha adquirido relevancia en varios ordenamientos que lo prevén de distinta manera.
- Así, por ejemplo, el ordenamiento uruguayo desde 1989 establece un procedimiento monitorio en el artículo 354 del Código General del Proceso, que más que un proceso constituye una especie de medida cautelar (embargo y orden de ejecución inmediata) que se adelanta a petición del acreedor, sin darle noticia al deudor. Por su parte, en Venezuela desde 1990 se implementó el proceso por *intimación* como categoría especial del proceso ejecutivo, en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil:

“Artículo 640. Cuando la pretensión del demandante persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, el Juez, a solicitud del demandante, decretará la intimación del deudor, para que pague o entregue la cosa dentro de diez días apercibiéndole de ejecución. El demandante podrá optar entre el procedimiento ordinario y el presente procedimiento, pero éste no será aplicable cuando el

¹⁴ Situación actual de la Administración de Justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal. Informe sobre los datos de la estadística judicial y los datos generales sobre “panorámica de la Justicia” contenidos en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial (Págs 19-20). Referenciado por: Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/Informe_datos_estad%C3%ADsticos_CGAE_UAM.pdf (septiembre 1 de 2014).

¹⁵ Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. *El secretario judicial en cifras-informe 2012*. Recuperado de: file:///D:/Users/AdhARR/Downloads/SJ_EN_CIFRAS_CNSJ_2012%20(2).pdf (septiembre 1 de 2014).

deudor no esté presente en la República y no haya dejado apoderado a quien pueda intimarse, o si el apoderado que hubiere dejado se negare a representarlo.”

- En Honduras desde el año 2006 está previsto el proceso monitorio de tipo documental en el artículo 676 del Código Procesal Civil:
“Artículo 676.- OBJETO. El proceso monitorio será el adecuado para la interposición de pretensiones cuyo fin sea únicamente el pago de una deuda de dinero, vencida y exigible, de cantidad determinada en Lempiras o en moneda extranjera admisible legalmente, hasta un límite de Doscientos Mil Lempiras (L.200, 000.00). Esta referencia al derecho comparado, le permite a la Corte constatar que, no obstante que en el derecho colombiano el proceso por intimación o proceso monitorio aparece como una novedad recientemente incorporada al Código General del Proceso, en otros entornos normativos es una institución longeva, utilizada como procedimiento simplificado para la constitución de títulos de ejecución de manera célere y eficaz.

4. CONCEPTUALIZACIÓN, NATURALEZA, ESTRUCTURA Y CARACTERÍSTICAS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA Y LA ACTIO IN REM VERSO.

Los orígenes de la institución del enriquecimiento a expensas de otro fueron planteados por Aubry y Rau “puesto que partiendo de la aseveración de que dentro de las facultades inherentes al derecho de propiedad estaba la de pedir la restitución de todos los objetos o valores que hacían parte del patrimonio mediante una acción personal denominada *actio de in rem verso*, señalaron que ese fenómeno se fundamentaba en la regla de equidad que prohibía tal enriquecimiento y que por consiguiente debía ser tenida como una noción general separada del ámbito de la gestión de negocios ajenos.”¹⁶

Así las cosas, la *actio de in rem verso* resultó ser autónoma ya que su admisibilidad suponía que no se contara con ninguna otra acción para poder obtener la compensación. Pero además como el fundamento de la *actio de in rem verso* era el enriquecimiento a expensas de otro, resultó obvio que su límite estaba precisamente en la restitución del sólo monto de ese enriquecimiento.

Por su parte, la jurisprudencia colombiana haciendo eco de lo elaborado en Francia, bien pronto sostuvo “que la acción *in rem verso* para su buen suceso requería de: a) Un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) La ausencia de causa que

¹⁶ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de unificación noviembre de 2012 citando a Aubry y Rau Cursos de Derecho Civil 1869

justificara ese desequilibrio patrimonial; y d) La carencia de otra acción que permitiera la restitución.”¹⁷

Pero al seguir estudiando las implicaciones de la figura la jurisprudencia logro advertir que la ley en algunos casos autorizaba el enriquecimiento a expensas de otro, tal como acontece en el artículo 1525 del Código Civil que ordena que no se puede repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas, señalo que la *actio de in rem verso* también tenía como requisito que con ella no se pretendiera eludir una disposición imperativa de la ley.

Ahora bien, el contencioso al estudiar la implementación de la figura en el área administrativa por el enriquecimiento sin causa lo analizo principalmente en relación con la ejecución de actividades en favor de una entidad estatal sin que medie un contrato entre esta y el ejecutor.

Sobre el punto se han sostenido posiciones encontradas que van desde la admisión hasta el rechazo de aquel instituto en la hipótesis antes mencionada, pasando, como podrá suponerse, por una tesis intermedia que se sustenta en el deber de proteger la buena fe del contratista que fue inducido o motivado por la administración a la ejecución de la actividad en esas circunstancias.

Una primera posición de la Sala en torno al reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa se hizo en el marco de eventos en los cuales un particular realizó prestaciones a favor de la Administración Pública sin que existiera un contrato estatal debidamente perfeccionado.

Y para su procedencia determino como elementos indispensables los siguientes:

- *Que exista un enriquecimiento,*
- *Que haya un empobrecimiento correlativo*
- *Que el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos sean injustos.*
- *Que no exista otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito.*
- *Que no se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.*

¹⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales: Sentencia de septiembre 6 de 1935, G. J. No. 1901 y 1902 Tomo XLII, p.587- 06. Sala de Casación Civil: Sentencia de 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, p. 431-437, Magistrado Ponente Ricardo Hinestroza Daza; Sentencia de 19 de noviembre de 1936, G. J. No. p. 471-476, Magistrado Ponente Juna Francisco Mujica; y Sentencia del 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV, p. 25-32, Magistrado Ponente Liborio Escallón.

En esta primera etapa de la Jurisprudencia en torno al enriquecimiento sin justa causa como fuente de las obligaciones en el derecho administrativo, el Consejo de Estado intentó imputar, de manera general, la carga de conocimiento de la ley contractual a la entidad demandada e incluyó el elemento de la confianza en la ecuación¹⁸

“De lo anterior se advierte claramente que la Sala ha manejado el enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones. En otras ocasiones, ha invocado la aplicación de la teoría del enriquecimiento como fuente de la obligación de reparar, fundado en que se violó el principio de confianza legítima, sin verificar la concurrencia de todos los elementos que la determinan y, en no pocas providencias, ha dispuesto la indemnización plena de perjuicios como efecto de la aplicación del enriquecimiento sin causa, olvidando que su aplicación sólo produce la compensación al empobrecido.”¹⁹

¹⁸ Aun cuando la jurisprudencia actual de la Sala impone la existencia de la buena fe acreditada de la parte actora, en fallo reciente la Sala relativizó la carga de conocimiento del ordenamiento jurídico contractual en cabeza de quien alega el enriquecimiento sin justa causa de la parte demandada. En efecto, en sentencia del

2009 se afirmó:

“Así las cosas, la Sala reflexiona sobre la reciente posición que sobre el particular se ha trazado en cuanto concierne a la posibilidad del particular que desarrolla o presta un servicio a favor de la entidad estatal, posición según la cual el contratista que despliega una actividad prestacional, y no está amparado por el ordenamiento jurídico (ausencia de contrato), no puede aprovecharse de su propia culpa para luego solicitar la respectiva reparación patrimonial o el pago de la labor desarrollada, en tanto asume la carga de velar igualmente por la legalidad del ordenamiento jurídico.

“En esa perspectiva, la Sala, por el contrario, retoma la línea jurisprudencial según la cual la teoría del enriquecimiento sin causa es fuente formal de las obligaciones y que, por lo tanto, es posible que, en determinados eventos, se demande la responsabilidad del Estado –por parte de particulares- o viceversa, con el objetivo de recomponer la estabilidad patrimonial que puede verse alterada con un traslado patrimonial injustificado.

(...)

“De otro lado, no son pocos los eventos que el ordenamiento jurídico ampara judicialmente, gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales se encuentran, entre otros:

i) Abusos del derecho desencadenados durante el período precontractual, que generan traslados patrimoniales injustificados, en perjuicio de una de las partes que intervienen en las tratativas, los cuales no puedan ser formulados vía contractual (acción contractual) o extracontractual (reparación directa), dadas las especiales características del caso (v.gr. eventos en los cuales la administración motiva al particular a prestar un servicio o ejecutar determinada obra, mediante actos de confusión, sin que exista contrato estatal que regule las obligaciones contraídas por las partes).

ii) “Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad.”

“iii) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa.

¹⁹ Sentencia de unificación ÓP. cit

Sin embargo en pronunciamientos posteriores la línea jurisprudencial vario evidenciando que La *ACTIO IN REM VERSO* “no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la *ACTIO IN REM VERSO* cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la Ley.”²⁰

Cambio jurisprudencial en el que el consejo de estado comienza a presumir la mala fe de parte del particular que colabora con la administración presunción que atenta contra un principio constitucional como lo es el de la buena fe instituido en el artículo 83 de la CP. de Colombia, repartiendo además la carga de responsabilidad en las actuaciones Entre la administración y el particular cerrando con esto las posibilidades del particular de lograr la debida compensación por los servicios prestados

Situación que se torna aún más compleja cuando en pronunciamientos posteriores el consejo de Estado esboza que “cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, (...) se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación.” Planteamiento que no compartimos apoyándonos en las posiciones ambivalentes de la corporación y el desconocimiento en este fallo de la situación que puede presentarse en el plano real y no normativo, pues en muchas ocasiones pese a que no reposan soportes documentales de las relaciones contractuales o precontractuales entre la administración y los particulares por situaciones de urgencia entre otras, están pueden llegar a desarrollarse y en este sentido resulta desproporcionado considerar que el particular que colabora con la administración pública, deba soportar el detrimento en su patrimonio por haber obrado conforme al mencionado principio de buena fe.

En relación a la manera en la que el particular debe solicitar el restablecimiento del equilibrio patrimonial, la jurisprudencia en aplicación del principio *iura novit curia* o principio de la adecuación de la acción se ha cuestionado cual debe ser la vía idónea

²⁰ ibídem

para la solución de esta controversia. Tradicionalmente consideró que el cauce procesal adecuado para ventilar la pretensión de restablecimiento patrimonial derivado de una eventual declaratoria de enriquecimiento sin justa causa lo constituía la acción de reparación directa, atendiendo a que “más que de una relación contractual, se debe hablar de una de hecho, relación que le da sustento a la *actio in rem verso* si se entiende - como en estricto sentido jurídico debe hacerse - que el enriquecimiento sin causa, como fuente de derechos y obligaciones, tiene la categoría de hecho (...)”. Posteriormente, la jurisprudencia optó por afirmar el carácter autónomo e Independiente de la *actio in rem verso*, atendiendo el hecho de que en ausencia De un contrato debidamente perfeccionado no es posible acceder a la Administración de Justicia mediante la acción de controversias contractuales, pero Que también resultaría improcedente incoar la acción de reparación directa por Considerar que ésta última es de carácter estrictamente indemnizatorio, lo que Pugnaría con la finalidad compensatoria de la pretensión derivada del Enriquecimiento sin justa causa. Más recientemente en 2012 con la sentencia de unificación se establece que la acción de *in rem verso* debe tener un carácter subsidiario, excepcional y que si debe ser la acción de reparación directa el mecanismo idóneo para hacer efectivo el restablecimiento del balance patrimonial reiterándolo como de carácter compensatorio y fijando como elementos puntuales para su procedencia:

- Que se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que la responsable de la situación acaecida fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular.
- En los casos en que es urgente y necesario la ejecución del contrato con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, acreditando la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el proceso en debida forma.
- En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

Justamente es este vaivén jurisprudencial el que ha abocado al semillero de derecho público a intentar realizar una propuesta que responda a la necesidad de ofrecer un medio rápido eficaz y efectivo para la solución de las situaciones descritas en el presente trabajo y por ello proponemos para esto la adopción de las múltiples

bondades de la estructura monitoria en pro de los fines ya mencionados en el presente escrito, utilizando como guía para su implementación los elementos que a continuación procederemos a detallar.

5. IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA MONITORIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

El origen de la ciencia jurídica es eminentemente civilista o privado²¹ sin embargo la evolución misma de las dinámicas sociales ha hecho indispensable separar el derecho en más ramas a partir de una división fundamental en el derecho civil o privado, y el derecho público de corte principalmente estatal

Pese a esta ineludible separación, la necesidad de hacer frente a realidades particulares, contextualizadas de distintas sociedades ha hecho necesario que se haga más difícil la diferenciación de esta barrera imaginaria entre el estudio de la ciencia jurídica. Este es el caso de la Acción de *in rem verso* que como ya hemos mencionado tiene un nacimiento fundamentalmente civilista²² la cual es conocida por algunas legislaciones como "Acción de Restitución" y que no debemos confundir con la acción de reivindicación de un bien inmueble o alguna parecida ya que la Acción de *in rem verso* hace referencia al enriquecimiento ilícito, (sin causa), Es decir que lo que se paga sin deberlo, debe el deudor reembolsarlo al aquel que lo pago, ya sea en virtud de un error, una subrogación, o algunas veces de obligaciones solidarias e indivisibles, o bien, en virtud de una fianza.

Ahora bien, aunque su origen es civil y privado tal y como ya lo habíamos mencionado la necesidad de responder a las realidades jurídicas ha permitido que la rama publica del derecho se vea abocada a introducir esta figura con el fin de hacer frente a las situaciones en las que se pretenda exigir "el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de *in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente."²³ Bajo la órbita de que esta situación puede presentarse en los casos excepcionales a los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 que consagran el requisito formal de la solemnidad contenida en los contratos estatales "los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos

²¹Curso completo de Derecho romano disponible en: <http://fama2.us.es/fde/cursoCompletoElementalT1.pdf>

²²Código Napoleónico, disponible online en: http://cronotecagenealogica.com/codigo_napoleon.html

²³ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de unificación noviembre del 2012. Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa

de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito”²⁴

Es menester entender que los mismos supuestos que hicieron necesaria la inclusión de la figura en mención en el área de estudio del derecho administrativo permiten hoy al semillero de derecho público plantearse la necesidad fundada de incluir otra figura de raigambre civil a las lides del derecho público en este caso el proceso monitorio, o para ser más precisos la estructura monitoria y su inversión del contradictorio esto con el fin de crear un nuevo medio de control o generar una figura especializada a la luz del medio de control de la reparación directa para los caso de enriquecimiento sin casusa por parte de la administración. Cabe precisar que las ventajas prácticas de la inclusión de la estructura monitoria en áreas distintas a la de los procesos civiles ya han sido estudiadas e implementada en áreas como el derecho penal²⁵ el derecho laboral²⁶ derecho de familia²⁷.

Y es que tal y como lo plantea el doctor Colmenares Uribe los antecedentes del monitorio son de larga data en nuestro orden jurídico pues su base fundamental y compartida por todos los países que la han adoptado es la inversión del contradictorio en ocasiones fundado en una prueba documental, dando entonces a este la naturaleza de documental o en otras ocasiones conservando su naturaleza originaria o pura que es la de ser eminentemente oral, sin pruebas documentales o escritas, solo con la mera afirmación de demandante se procede a invertir el contradictorio imponiendo en el demandado en este caso la administración la obligación de oponerse a la prosperidad de las pretensiones del actor.

Las razones de incorporar las virtudes de la estructura monitoria en el derecho administrativo responde a una necesidad generalizada de agilización de las acciones y la eficiencia de la administración en este caso de justicia, sumado a que un análisis concienzudo de la sentencia de unificación del consejo de Estado del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). consejero ponente Doctor JAIME ORLANDO SANTOFINIO GAMBOA deja una onda incertidumbre respecto a la eficacia de la acción in rem verso puesto que tal y como lo esboza en su salvamento de voto la magistrada STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO “la actio de in rem

²⁴ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA REDUCCIÓN DRÁSTICA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN Tomado de : http://www.tesauro.com.co/CONTROVERSIAS/JINREMVerso_1.htm

²⁵DELGADO, Jordi. “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”. Polít. crim. Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), Art. 1, pp. 1-24. Disponible online en :http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A1.pdf

²⁶NAVARRO, Rene “El juicio monitorio en el derecho procesal laboral chileno dogmática y praxis” ediciones jurídicas de Santiago. Santiago de Chile 2011

²⁷FRANCISKOVIC, Beatriz ; TORRES Carlos” El procedimiento monitorio en la legislación comparada y su conveniente regulación en nuestro país.” Revista Jurídica del Perú. Número 139. Setiembre 2012.

verso, la acción de reparación directa aplicada excepcionalmente a los supuestos en la mencionada jurisprudencia impide materializar el principio de equidad que se ve desconocido cuando tiene lugar o se presenta un enriquecimiento sin causa”

Y es en este contexto en el que como semillero en un ejercicio teleológico e imaginativo nos permitimos proponer las grandes ventajas que significaría la adopción de la estructura monitoria para el enriquecimiento sin causa

Sin embargo, por la naturaleza e importancia que reviste el derecho público de orden general e imperativo sería demasiado irresponsable plantear el diseño de esta figura jurídica sin emitir si quiera elementos que permitan su desarrollo en un escenario de garantías para las partes, el interés público enmarcado en un debido proceso y es por eso que como semillero nos permitimos proponer los siguientes elementos de *procedencia previos* y *aspectos procesales propiamente* que diferencian el actual proceso monitorio instituido en el CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO en materia de la jurisdicción ordinaria y nuestra propuesta de implementación en el contencioso administrativo.

5.1 ELEMENTOS DE LA PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA MONITORIA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1.1 ASPECTOS PREVIOS

Apoderado judicial, Termino para el ejercicio del derecho de acción, Competencia, Cuantía.

5.1.1.1 Apoderado judicial

Dentro de los aspectos previos está ubicado la diferencia fundamental con la institución civil entorno a la necesidad de apoderado judicial titulado y en ejercicio para la presentación de la demanda.

5.1.1.2 Termino para el ejercicio del derecho de acción

La limitante temporal para incoar la acción monitoria de 2 años acogiéndonos entonces a los términos utilizados en la acción de reparación directa. Límite temporal que consideramos necesario por cuanto el derecho administrativo, la administración y los actos ejecutados por esta son por regla de interés general y consideramos que contrario sensu como se desarrolla en la jurisdicción ordinaria en la que no existe un límite para incoar la demanda monitoria, la propia naturaleza y los principios constitutivos del derecho administrativos exigen que en la construcción de fórmulas procesales para la solución de controversias estas no queden de manera abierta o ilimitada en el tiempo salvo algunas excepciones puntuales como la acción de simple nulidad, la acción de cumplimiento y algunas sanciones –como el silencio administrativo negativo-, mas no son de buen recibo los medios de control que no

establecen términos perentorios para su ejercicio, es por ello que en nuestra propuesta estimamos conveniente el término de 2 años luego de la renuencia de la administración para el pago de la obligación como fecha límite para la presentación de la demanda monitoria

5.1.1.3 Competencia

En el tema de la competencia consideramos que el juez contencioso administrativo debe ser el competente en única instancia para conocer de este asunto teniendo en cuenta el factor territorial y el factor objetivo en relación con la cuantía

5.1.1.4 Cuantía

Definir la cuantía que permita la procedencia para la adopción de este medio de control en la jurisdicción contenciosa no es tarea fácil por cuanto a diferencia de lo que establece la jurisdicción ordinaria, la administrativa no contempla divisiones en mínima, menor y mayor cuantía, por esta razón y observando el panorama de la contratación estatal estimamos conveniente la cuantía para la procedencia en nuestra propuesta debe oscilar entre los 100 y los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes esto entendiendo que ese límite haría parte de una primera etapa de introducción de la figura en la cual se podrán constatar su eficacia y en la medida en la que comience a mostrar resultados positivos en materia de efectividad y eficacia hacerlo extensivo sin límite de cuantía.

5.2 ASPECTOS PROCESALES

5.2.1 TRÁMITE

El acreedor presentara la demanda según los lineamientos establecidos en el artículo 420 del C.G.P. En seguida el despacho proferirá un auto que puede admitir o no la demanda. Si no la admite, tendrá cinco días para subsanarla, y corregir lo que el despacho solicite para que pueda ser admitida. De no presentar la subsanación, la demanda será rechazada y se archivara.

Si es admitida, se notificara mediante estado un auto que contendrá el requerimiento de pago. A su vez, este auto deberá ser notificado personalmente al demandado según lo establecido en el artículo 291 del C.G.P., la notificación personal, esta se hará a través de correo electrónico de la entidad demanda y con ello se garantiza el derecho a la defensa y el debido proceso. De no ser posible la notificación al demandado, se procederá al archivo del expediente.

Ahora bien, notificada la parte demandada, se le correrá traslado por el término de 10 días hábiles para que pueda hacer uso de su derecho de contradicción. El deudor podrá ejecutar las siguientes conductas, de las que dependerá el curso del proceso:

Puede pagar. Si cancela la obligación saldrá un auto que dará por terminado el proceso como resultado del pago de la obligación, según el inciso 2 del artículo 421 del C.G.P.

Puede contestar la demanda oponiéndose total o parcialmente a las pretensiones. Si existe una oposición fundamentada, se dará inicio al proceso verbal sumario, establecido en los artículos 390 y siguientes. Posteriormente, el juez correrá traslado al acreedor del escrito de oposición por 5 días para que solicite pruebas adicionales. Luego proferirá un auto donde citara a las partes intervinientes a la audiencia prevista en el artículo 392 (inicio, instrucción y juzgamiento). De resultar absuelto el deudor, se le impondrá una multa del 10 % del valor de la deuda al demandante.

No contestar la demanda, allanarse, o proponer excepciones infundadas. El juez dictara sentencia donde declarara la existencia de la obligación, la cual prestara merito ejecutivo, tendrá efectos de cosa juzgada y no condenara en costas. No procederá recurso alguno contra esta decisión.

De oponerse infundadamente, se le impondrá al demandado una multa por el 10 % del valor de la deuda en el fallo.

Con dicha sentencia se podrá iniciar el proceso ejecutivo establecido en los artículos 422 y siguientes del C.G.P en el mismo juzgado donde se inició el proceso monitorio, sin necesidad de la presentación de una nueva demanda por parte del acreedor, aunque si podrá pasar un escrito solicitando las medidas cautelares que considere pertinentes para este tipo de procesos.

Calificación de la demanda. Naturalmente al hablar de la calificación de la demanda, se debe referir a la presentación de la demanda o petición monitoria, entendida esta como la primera fase para que se dé inicio al proceso. Siendo así, la demanda debe contener cada uno de los requisitos establecidos por el legislador en el artículo 420 del C.G.P, de manera que le permita al legislador examinar si la petición cumple o no con los requisitos formales de competencia, capacidad, entre otros. El juez se pronunciará acerca del petitorio y proferirá un auto interlocutorio, del cual se pueden desprender las siguientes situaciones:

5.2.2 ADMISIÓN:

Según el artículo 90 del C.G.P establece que “el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponde”, de manera que para el presente caso, si el petitorio cumple con todos los requisitos del artículo 420 del C.G.P la demanda deberá ser admitida. El presente auto deberá contener el requerimiento de pago y la orden de notificar a la parte demandada.

5.2.3 INADMISIÓN:

De acuerdo con el artículo 90 del C.G.P la demanda será inadmitida cuando no se cumplan los requisitos formales, es decir, cuando no contenga los requerimientos del artículo 420 del C.G.P. En este caso el demandado tendrá el término de 5 (cinco) días hábiles para subsanar la demanda, so pena de ser rechazada. Es por esto que el demandante debe ser sumamente cuidadoso y ceñirse a los requisitos establecidos por el legislador.

5.2.4 RECHAZO:

Del mismo modo, el artículo 90 del C.G.P., también establece las situaciones en que será rechazada una demanda: “cuando carezca de jurisdicción o de competencia”, es decir cuando no sea presentada al juez que le corresponde el conocimiento de este tipo de trámites. Cuando la demanda sea rechazada por jurisdicción o competencia se ordenara enviarla con sus anexos al juez que se considere competente.

5.2.5 RETIRO:

Conforme al artículo 92 del C.G.P, el demandante tiene la oportunidad de retirar la demanda antes de que se haya notificado el requerimiento de pago al deudor. El juez, mediante auto de sustanciación ordenará el retiro de ésta. De igual manera, si existen medidas cautelares el juez autorizará mediante auto el retiro de la demanda, ordenando el levantamiento de estas y condenando al demandante al pago de perjuicios, salvo acuerdo de las partes.

5.2.6 REQUERIMIENTO DE PAGO:

El artículo 421 del C.G.P establece que “a través de auto se ordenara requerir al deudor en un plazo de 10 días para que pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirvan de sustento para negar total o parcial la deuda reclamada”, entendiéndose el requerimiento como “un acto de intimidación por el que se ordena una conducta o inactividad al requerido, distinta de la mera comparecencia” (Poveda, 2006). El requerimiento de pago persigue como finalidad poner en conocimiento del deudor la existencia de la obligación contenida en la demanda, para lo cual debe surtirse la notificación personal. Así las cosas, este acto se constituye en indispensable, pues es a través de él que se coloca al deudor en la necesidad de pagar u oponerse a la demanda (Poveda, 2006). Contra el auto que contiene el requerimiento de pago no procede recurso alguno.

5.2.7 INDEMNIZACIÓN INTEGRAL POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL PROCESO MONITORIO Y LA REPARACIÓN DIRECTA:

El semillero de Derecho Público es del criterio que, en los eventos que proceda el enriquecimiento sin causa, bien sea que el particular empobrecido opte por el proceso monitorio o por el proceso ordinario de reparación directa, en el evento, que prosperen sus pretensiones, el juez administrativo le reconozca no la compensación por el monto de lo enriquecido, como hasta ahora se reconoce, sino que sea el reconocimiento de la indemnización integral por el lucro cesante y el daño emergente causado por la actuación de hecho de la entidad generadora del daño. Es de advertir que esta propuesta esta fundamenta en la ley 446 de 1998, que ordena la indemnización integral por el daño que fue objeto, tesis jurisprudencial acogida por el consejo de Estado, hasta hace muy poco cuando cambio esta línea.

5.2.8 ACTITUDES DEL DEUDOR FRENTE AL REQUERIMIENTO:

Luego de admitida la demanda y notificado el requerimiento de pago, la parte demandada podrá tomar diferentes determinaciones. En primer lugar podrá realizar el pago total de la deuda dentro del término establecido, esto es 10 días, caso en el cual el proceso termina como consecuencia del reconocimiento de la obligación materializada en el pago. Ahora si el deudor paga parcialmente, debido a que se encuentra inconforme con el valor total reclamado, pues considera que la verdadera deuda corresponde al valor que ha cancelado, el demandado podrá fundamentar su inconformidad para que se dé inicio a la controversia en un proceso declarativo verbal sumario donde se decidirá sobre el valor de la deuda que no fue paga. Como segunda actitud se encuentra el silencio del demandado, es decir que este no manifiesta nada respecto de los hechos, las pretensiones, las pruebas y las normas jurídicas propuestas en la demanda, en este caso el juez no tienen otra salida que dictar sentencia condenatoria en contra del deudor declarando así la existencia de la obligación, creando el título ejecutivo que servirá de base para la ejecución del deudor. En tercer lugar el demandado podrá allanarse a la pretensión de pago de la demanda, es decir está de acuerdo con la situación fáctica descrita y los fundamentos establecidos por el demandante, ahora cuando ocurra esta situación, el juez procederá de inmediato a proferir sentencia de conformidad con lo pretendido por el demandante. Y por último el demandante podrá fundadamente oponerse total o parcialmente al requerimiento de pago aportando la prueba que fundamente su oposición, en este caso termina la naturaleza monitoria y la oposición deberá ser resuelta por el trámite del proceso declarativo verbal sumario.

5.3 SITUACIONES QUE NO SE PRESENTAN EN EL PROCESO MONITORIO:

Los terceros en los procesos judiciales, son todos aquellos sujetos de derecho que sin estar mencionados como parte demandante o demandada en la demanda ingresan al proceso y de acuerdo con la índole de su intervención podrá quedar o no vinculados por la sentencia. (López, 2012). En el proceso monitorio se busca como resultado una sentencia que declare la existencia de la obligación, de manera que se cree un título ejecutivo que contenga el derecho cierto y determinado que no fue satisfecho por parte del demandado, todo esto derivado de la relación contractual del acreedor y el deudor, es por ello que no pueden ser llamados terceros, pues se está frente a una obligación constituida entre dos personas, en virtud de un acuerdo celebrado entre ellos. Las siguientes instituciones no se presentan en el proceso monitorio por manifestación expresa de la ley: La coadyudancia: Llamada también la intervención adhesiva la cual se encuentra en el artículo 71 del C.G.P, se caracteriza porque un tercero tiene una relación sustancial con alguna de las partes; en principio no se extenderán los efectos jurídicos de la sentencia para el tercero pero si la parte es vencida, el tercero se podrá ver afectado con esta decisión. Llamamiento de oficio: Se encuentra en artículo 72 del C.G.P, el llamamiento de oficio ex officio, faculta al juez para que en cualquiera de las instancias del proceso, donde exista colusión, fraude o cualquier otra situación similar pueda ordenar la citación de la o las personas que se puedan ver perjudicadas y así con esto bajo el principio de defensa y contradicción, puedan hacer valer sus derechos. El artículo indica que el tercero interviniente bajo este criterio, podrá solicitar pruebas siempre y cuando no se haya practicado la audiencia de instrucción y juzgamiento. Así mismo la Corte Constitucional estableció: “La legislación procesal atribuye al juez la función de citar al proceso al tercero contra quien advierta que se puede estar fraguando un fraude o colusión, a través del llamamiento ex-officio, contemplado en el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil. Como bien lo precisa el artículo, el sentido de este llamamiento es el de darle al tercero la oportunidad de hacer valer sus derechos dentro del proceso. El Código precisa que el aludido llamamiento puede ocurrir en cualquiera de las instancias, sin fijar término o momento procesal alguno. Así, el juez no tiene restricciones temporales para proceder a hacer esta convocatoria”²⁸.

Intervención excluyente: consagrada esta figura en el artículo 63 del C.G.P faculta a quien en proceso declarativo pretenda en todo o en una parte, sea la cosa o el derecho en discusión para que pueda intervenir formulando su demanda frente al demandante o al demandado, antes de la audiencia inicial y así el juez podrá reconocer lo que pretenda en el mismo proceso. Esta intervención se tramitara conjuntamente con el proceso principal, finalmente en la sentencia se deberá en primer lugar resolver la pretensión del interviniente. Llamamiento en garantía, llamamiento al poseedor

²⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-325 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

tenedor consagrados en los artículos 64 y 67 también hacen parte de la intervención de los terceros. Excepciones previas: Dentro del proceso monitorio no se podrán presentar excepciones previas, ya que debe obedecer al criterio de celeridad previsto como característica principal de este proceso. Las excepciones previas básicamente son una medida de saneamiento del proceso a cargo del demandado, ellas evitan actuaciones innecesarias y buscan remediar las fallas del proceso, generalmente esta clase de excepciones terminan con el proceso de manera anticipada...²⁹

5.3.1 Recursos

En las fases del proceso monitorio no procede recurso alguno. Ese trámite monitorio puede agotarse con dos providencias, la primera el mandato de pago y la segunda la sentencia condenando al demandado, ambas providencias se notifican la primera personalmente y la segunda por estado, sin que proceda recurso alguno.

5.3.2 Tramite de la oposición parcial o total

La oposición parcial en caso de solicitarse la ejecución por la parte no objetada y la objeción total tiene el siguiente procedimiento: 1. La contestación de la demanda debe hacerse por escrito donde aparezca las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada.

Por tratarse de nuevos hechos, del escrito se correrá traslado al demandante en la forma prevista en el artículo 110 por el término de cinco días para que pida pruebas adicionales.

Vencido el término de traslado del escrito de oposición el Juez mediante auto que se notificará por estado citará a las partes para resolver sobre la pretensión y la resistencia a la misma por los senderos del procedimiento verbal sumario, en una sola audiencia, decretando las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere, citando a las partes para que concurren personalmente a rendir interrogatorio y una conciliación.

La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.

Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento. El juez oficiosamente y de

²⁹ LANOS TORRES, Ximena Andrea, TORRES MONTAÑO, Claudia Patricia. La Implementación del Proceso Monitorio en el Ordenamiento Procesal Civil Colombiano. En: Monografía Proceso Monitorio en Colombia Versión entrega. [web]. Bogotá D.C. 2013; Pág. 195. [consultado: 27-05-2015]. Disponible en < repository. Unimilitar.edu.co/.../1/LanosTorresXimenaAndrea2014.pdf

manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.

A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.

Cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, ésta no podrá celebrarse, y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso. En la audiencia no podrán decretarse más de dos testimonios por cada hecho, ni las partes podrán formular más de diez (10) preguntas a su contraparte en los interrogatorios. Para establecer los hechos que puedan ser objeto de inspección judicial que deba realizarse fuera del juzgado, las partes deberán presentar dictamen pericial. En la audiencia luego de practicadas las pruebas y oídas las partes hasta por veinte (20) minutos cada una, el juez dictará sentencia. Será una sola la audiencia por ser un asunto de mínima cuantía. La sentencia no será apelable por ser un asunto de única instancia.

5.3.3 Multa

Con el fin de evitar las demandas temerarias en contra del Estado y también castigar a la administración que no responde de manera eficaz a las peticiones y exigencias de los particulares debe contemplarse la adopción de la misma figura propuesta por el C.G.P al contemplar que “Si el deudor se opone infundadamente y es condenado, se le impondrá una multa del diez por ciento (10%) del valor de la deuda a favor del acreedor. Si el demandado resulta absuelto, la multa se impondrá al acreedor.”³⁰ Es decir en caso de que la administración se oponga infundadamente y sea vencida en el proceso en la sentencia el juez contencioso la condenara a una multa adicional equivalente al 10% de las pretensiones del demandante , y en el caso contrario si el vencido resulta ser el petente este será quien tenga que soportar la imposición de dicha multa.

³⁰ COLOMBIA, Código General Del Proceso, Artículo 421.

6. CONCLUSIONES

El proceso monitorio y el enriquecimiento sin causa, constituyen una fuente para canalizar diversos casos en que no existe adecuación legítima entre el desembolso efectuado por una persona y el beneficio que recibe otra, en los que el ordenamiento no confiere al empobrecido otra acción para revertir el desequilibrio. Estos mecanismos procesales pueden favorecer al ciudadano en cuanto el acceso a la justicia de manera fácil y expedita y tutelar jurisdiccionalmente de una manera eficaz el derecho de crédito cuando no exista título ejecutivo debidamente documentado.

Quisiéramos dejar sentado que en esta materia el derecho colombiano poco o nada ha avanzado en los últimos veinticuatro años. Sin embargo el C.G.P., dio un impulso trascendente a la configuración de una doctrina coherente y bien lograda en materia

del proceso monitorio. Se propuso la sanción de normas jurídicas, se señalaron concretas limitaciones de la herramienta y también se hicieron las necesarias precisiones en la materia en este texto normativo realizado en el seno del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Entendiendo que es lamentable que nuestro ordenamiento se tardara más de dos décadas para regular este tipo de instituciones que procuran dar respuesta pronta a los requerimientos de justicia material, efectiva por parte de los ciudadanos Esperemos que no pasen otras dos décadas para que se sigan expidiendo normas que aporten de manera real al mejoramiento de la justicia en nuestro Estado.

La estructura monitoria es una institución procesal con las características suficientes para responder a las necesidades que demandan los particulares a la hora de solicitar de la administración pronunciamientos rápidos y eficaces que reconozcan las demandas de justicia de los administrados, sin embargo, la eventual implementación del mismo debe darse de manera proporcional y mesurada entendiendo que una propuesta como la presentada por nuestro semillero que altera el orden natural de las actuaciones procesales de la administración generara rechazo por los sectores más conservadores de la doctrina pero un análisis panorámico de la realidad colombiana nos muestra que no hay otro camino más que el de la dinamización de las actuaciones que permitan contrarrestar las malas prácticas sociales, culturales y en este caso administrativas de nuestra nación , estudios como el de la organización DOINGBUSINESS³¹ para la economía en el que Colombia ocupa el lugar 168 entre 189 países a nivel de cumplimiento de contratos nos permiten caer en cuenta de que la implementación de estos mecanismos procesales para el cobro de las obligaciones no corresponde a una tarea caprichosa si no a una necesidad imperiosa de nuestra sociedad.

Los constantes y ambivalentes cambios jurisprudenciales por parte de las altas cortes estatales especialmente el Consejo de Estado han generado un estado de cosas anárquicas en el cual el enriquecimiento sin causa se torna casi imposible de efectivizar en pro de equilibrar el balance de las cargas patrimoniales entre la administración y el particular que presto el servicio en razón de que de manera muy lamentable los criterios esbozados en la sentencia de unificación 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) que limita la posibilidad material del lograr la satisfacción de las pretensiones del actor y en caso de que pueda adaptarse a las formulas establecidas por el Consejo de Estado deberá además someterse a los largos plazos y la excesiva congestión judicial³² que atraviesan los despachos en Colombia.

³¹ DOINGBUSINESS 2015: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia>

³² Justicia formal, oralidad y descongestión. Contralora general de la nación disponible online en : <http://www.contraloriagen.gov.co/web/georreferenciacion/congestion>

Además, las citadas experiencias internacionales nos sirven de fundamento, para comprender que son perfectamente aplicables las bondades de la estructura monitoria a dinámicas distintas a las que se presentan en la órbita del derecho civil y un análisis ponderado de los principios del derecho administrativo y de los hechos que dan lugar al enriquecimiento sin causa en favor de la administración, aunado a la mencionada sentencia de unificación del Consejo de Estado, nos permiten colegir, que alternativas como estas son las únicas llamadas a brindar una solución real rápida, ágil y efectiva en procura de tutelar de manera eficaz los derechos de los empobrecidos colaboradores.

Como semillero de Derecho Público, discrepamos de manera profunda con la lamentable postura adoptada por el máximo tribunal contencioso estatal en la sentencia de unificación 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), del 19 noviembre de 2012, objeto de estudio en el presente trabajo, por cuanto en esta se presume de una manera bastante reprochable la mala fe tanto de los particulares colaboradores como de la administración pública, bajo el supuesto de que la existencia de institutos procesales como la *actio in rem verso* solo fomentan la defraudación del patrimonio estatal, por la inobservancia perversa de las partes, de los requisitos legales establecidos en la contratación estatal, desconociendo el carácter constitucional del principio de buena fe como principio general y rector del derecho, y principios como el de la confianza legítima de los particulares en las actuaciones de la administración. Todo esto por cuanto, consideramos que si son necesarias este tipo de herramientas jurídicas que procuran el restablecimiento del equilibrio patrimonial ente la administración y los particulares que colaboran en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y si bien no es incoherente pensar en la posibilidad de que figuras como la propuesta por nuestro semillero puedan intentar utilizarse para sacar un beneficio injustificado en perjuicio del Estado, no se puede desconocer la existencia de instituciones, y mecanismo de control para poder contrarrestar en la medida de lo posible las malas intenciones de algunos, pero esto no puede suponer una denegación de justicia para el pueblo colombiano que en su gran mayoría obran de buena fe y apegados a las formas y formulas de la justicia.

Para nuestro semillero, en el evento de proceder el enriquecimiento sin causa en contra de la administración pública y prosperar las pretensiones, independientemente de que el particular colaborador, empobrecido y perjudicado por el daño causado por la entidad, opte por el proceso monitorio o por la reparación directa, se le debe reconocer, no la compensación como hasta ahora se hace, por el monto de lo enriquecido, sino la indemnización integral, por el lucro cesante y el daño emergente causado en virtud de la Ley 446 de 1998, posición jurisprudencial acogida y aplicada inicialmente por nuestro máximo tribunal contencioso administrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLO, Andrés. Manuales de Derecho, Séptima Edición, 1989, p. 722

BORJA NIÑO, Manuel A., La prueba en el Derecho Colombiano, Tomo I, Generalidades, derecho probatorio y acción probatoria

CALAMANDREI, Piero. El Procedimiento Monitorio (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

_____ “El procedimiento monitorio”, Buenos Aires, 1946.

CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Bogotá Ed. Temis S.A. 2007.

CAPELLETTI, Mauro. Giustizia e Società, 1972. Citado por Parra Quijano Jairo en El Procedimiento Monitorio en América Latina. Editorial Temis, 2013.

COLOMBIA, Congreso de la Republica. Ley 1564 de 2012.

_____, Congreso de la Republica. Ley 1437 de 2011.

_____, Congreso de la Republica. Ley 446 de 1998.

_____, Congreso de la Republica. Ley 80 de 1993.

COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-726 de 2014. M.P. Martha Victoria Sachica Méndez.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de unificación noviembre del 2012. Consejero ponente Jaime Orlando SANTOFINIO Gamboa.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de unificación noviembre de 2012 citando a Aubry y Rau Cursos de Derecho Civil 1869

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia Constitucional 250 de 2012 ,28 De Marzo 2012, M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente D-8590

_____ Sentencias C-370 de 2006, C-1199 de 2008 y C-771 de 2011 – PALOMA AGUILAR, la justicia transicional en los casos español, argentino y chileno, Estudio de “Talleres 10 –Enfoques alternativos para superar el pasado.

_____ Sentencia T-325 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sal Cas Civil. Rad. 540001-3103-006-1999-00280-01, 2012.

_____ Sala de Negocios Generales: Sentencia de septiembre 6 de 1935, G. J. No. 1901 y 1902 Tomo XLII., Sala de Casación Civil: Sentencia de 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, Sentencia de 19 de noviembre de 1936, G. J. Sentencia del 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Las Formas en la Defensa Judicial del Derecho”. En Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ediciones E. He. A, Vol. 1, Buenos Aires, Argentina, 1949

FRANCISKOVIC, Beatriz ; TORRES Carlos” El procedimiento monitorio en la legislación comparada y su conveniente regulación en nuestro país.” Revista Jurídica del Perú. Número 139. Setiembre 2012.

LANOS TORRES, Ximena Andrea, TORRES MONTAÑO, Claudia Patricia. La Implementación del Proceso Monitorio en el Ordenamiento Procesal Civil Colombiano. En: Monografía Proceso Monitorio en Colombia, Bogotá D.C. 2013.

LÓPEZ, Manuel El enriquecimiento sin causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un instituto controversial). La Coruña: Anuario de Faculta de Derecho de la Universidad de La Coruña 2012

MADURO LUYANDO, Eloy. Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Caracas, Universidad Católica, 2012.

NAVARRO, Rene “El juicio monitorio en el derecho procesal laboral chileno Dogmática y praxis” Ediciones jurídicas de Santiago. Santiago de Chile 2011

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Parte General y Personas. Novena Edición. Tomo I. Bogotá Editorial Temis. 1.981.

REFERENCIAS VIRTUALES

Curso completo de Derecho romano disponible en:
<http://fama2.us.es/fde/cursoCompletoElementalT1.pdf>

Código Napoleónico, disponible online en:
http://cronotecagenealogica.com/codigo_napoleon.html.

DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *Revista Jurídica Galega*. Recuperado de:
<http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf> (septiembre 1 de 2014).

DELGADO, Jordi. “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”. *Polít. crim.* Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), Art. 1, pp. 1-24. Disponible online en:
http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A1.pdf.

<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>

http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/Informe_datos_estad%C3%A9sticos_CGAE_UAM.pdf (septiembre 1 de 2014).

http://www.tesauro.com.co/CONTROVERSIAS/JINREMVERSO_1.htm.
Enriquecimiento sin causa reducción drástica del ámbito de aplicación

Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. *El secretario judicial en cifras-informe 2012*. Recuperado de: [file:///D:/Users/ AdhARR/Downloads SJ_EN_CIFRAS/_CNSJ_/2012%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/AdhARR/Downloads/SJ_EN_CIFRAS/_CNSJ_/2012%20(2).pdf)(septiembre 1 de 2014).

MARTÍNEZ FLORES, Héctor. El Enriquecimiento Injustificado: ¿Indemnización o Restitución?, tomado de:
dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919271

TARUFFO, Michelle “PÁGINAS SOBRE JUSTICIA CIVIL” año 2009
tomado de : [Http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497686853_1.pdf](http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497686853_1.pdf)
consultado el 7 de marzo de 2015

www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.procuraduria.gov.co%2Frelatoria%2Fmedia%2Ffile%2Fdependencia%2FConsejoEstado%2F4_delegada%2F2012%2F16%2520conciliacion.docx&ei=872EVZq1CsOlyASd8J6wAQ&usg=AFQjCNHEaQC6UeQA4ev7CskkOw-37q6p7Q