

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA NO DINERARIA EN EL PROCESO MONITORIO COLOMBIANO*

Semillero de Derecho Procesal - Universidad Libre, Sede Bogotá
José Joaquín Rodríguez Arévalo^I / Kelly Johana Merchán Bejarano^{II}
Sebastián Gómez Alarcón (Ponente)^{III}
Coordinador del semillero: Armando Augusto Quintero González^{IV}

Resumen

Sin lugar a dudas el proceso monitorio fue incorporado a buena hora dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal, por tanto beneficiará a los miembros de la población menos favorecida con un escenario de litigio sumario, flexible y breve. Esto evitará juicios interminables y engorrosos en aquellos eventos en los que los ciudadanos hayan configurado con sus deudores obligaciones en dinero, determinadas

Recibido: septiembre 11 de 2015 - Aprobado: febrero 29 de 2016

- * Artículo Inédito.
Para citar el artículo: GÓMEZ, Sebastián; RODRÍGUEZ, José Joaquín; MERCHÁN, Kelly Johana. “Tutela judicial efectiva no dineraria en el proceso monitorio colombiano”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 43-80.
Investigación presentada en el XVI Concurso Internacional de Semilleros de Derecho Procesal, que se llevó a cabo en el marco del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal en la ciudad de Pereira, en el mes de Septiembre del 2015 y con el cual se obtuvo el segundo lugar en dicho certamen. La ponencia fue escogida entre los mejores memoriales escritos.
- ^I Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre - Bogotá. Miembro del semillero de investigación “Procesos Constitucionales y Activismo judicial” del Centro de Investigaciones. Ganador del 13° Concurso Universitario de Derecho Humanos de la Defensoría del Pueblo. Representante de la Universidad Libre en la 21st Annual Inter-American Human Rights Moot Court Competition. Email: joaquinrodriguezarevalo@gmail.com.

y exigibles, que emanen de una relación jurídico negocial y que no superen la mínima cuantía.

Con las anteriores características, fue creado el proceso monitorio en Colombia, por lo que se advierten varios puntos de interés para los estudiosos del Derecho procesal, como la viabilidad del mencionado proceso judicial para obligaciones extracontractuales, la eventual timidez del legislador al configurar este proceso declarativo para asuntos que no superen la mínima cuantía y asuntos procedimentales como la prohibición de la notificación por emplazamiento, entre otros.

El presente trabajo de investigación busca responder las siguientes preguntas: *¿se necesita en Colombia un proceso monitorio para crear títulos ejecutivos de obligaciones de hacer y dar-entregar?*; además, de ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, *¿sufriría alguna modificación el procedimiento establecido por el artículo 421 del C.G.P. en los casos en que se demande la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de hacer o dar-entregar?*; finalmente, *¿con el actual proceso monitorio regulado por el C.G.P., es posible constituir títulos ejecutivos dinerarios por obligaciones de dar-entregar y/o hacer por medio de subrogados pecuniarios?*

Palabras clave: obligaciones de dar y hacer, subrogados pecuniarios, acreedores, proceso monitorio.

Abstract

The monitory process was, without any doubt, integrated just in time in our legal system, since it will benefit the poor population with summary, flexible and brief litigation, which will avoid endless and cumbersome trials in those events where are citizens that have

ⁱⁱ Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre. Bogotá. Miembro del Semillero representante de la Universidad Libre ante el concurso de semillero del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Email: kelly.bejarano2@gmail.com

ⁱⁱⁱ Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre - Bogotá. Ponente en las XVII Jornadas de Derecho Procesal Adolfo Mina Balanta. Ponente ante el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho "Semilleros de Derecho Procesal". Email: gomezalarcons@gmail.com.

^{iv} Abogado Universidad Libre. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magister de la Maestría en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado de la misma Universidad. Docente Universidad Libre, Seccional Bogotá. Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre. Email: quintero-gonzalez@gmail.com.

configured financial, determinate and enforceable obligations, with a legal negotiated source under the small amount range.

With the characteristics and benefits given above, the monitorio process was created in Colombia, but they raise as well interesting topics worth studying, like its application to non-negotiated obligations, the eventual legislator shyness when set it to the small amount range, also, procedural issues like prohibiting the emplacement notification, among others.

The present investigation project pretends with to answer the next questions: is needed in Colombia a monitorio process to create executive titles of doing or giving-delivering obligations?; also, If the answer is affirmative, would it change the process established by the article 421 of the "C.G.P." in the case that its demanded the executive titles constitution for doing or giving-delivering obligations?; Finally, with the actual monitorio process regulated by the C.G.P., it is possible to build executive money titles for doing or giving-delivering obligations and / or do through pecuniary surrogates?

Key words: giving-delivering obligations, pecuniary surrogates, debtors, monitorio process.

1. Introducción.

El éxito que ha logrado el proceso monitorio en diversos países tanto europeos¹ como iberoamericanos² lo hace uno de los procesos más utilizados en el ámbito civil y da lugar a su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta consagración se materializó con la expedición del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, con el objetivo de brindar a los ciudadanos una herramienta más expedita y eficaz que los actuales procesos judiciales. Así lo

¹ En España, de los 420.599 procesos monitorios en 2007 se pasó a 895.875 en 2010, es decir, en cuatro años se han duplicado el número de procesos monitorios. Datos extraídos de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial aprobada por el Pleno el 21 de mayo de 2011. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_judicial> [consultado el 29 de mayo de 2015]. Por su lado, en 2008 en Italia se han tramitado cerca de un millón de procesos monitorios, en Francia se ha superado el millón doscientos mil y en Alemania se ha llegado a la cifra de ocho millones. Datos tomados de PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio, una visión española y europea pensada en Colombia. 1a ed. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C., Universidad Libre de Colombia, septiembre 2012. p. 1022.

² "La introducción del proceso monitorio en países latinoamericanos ya es una realidad muy consolidada en el tiempo, caso de Uruguay o Brasil". *Ibid.*

deja ver el profesor Ulises Canosa cuando indicó que “[e]ste nuevo proceso [en Colombia], para obligaciones en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible, que sean de mínima cuantía, es una medida de acceso a la justicia para acreedores de pequeñas y medianas cuantías que no pueden o acostumbran, por diversas razones, documentar sus créditos en títulos ejecutivos y que con las alternativas procesales actuales, difíciles, demoradas y costosas, prefieren darlo todo por perdido”³. Es esta la razón por la que el propósito del proceso monitorio es servir para la creación rápida de un título ejecutivo respecto de aquellas personas que son acreedoras de una obligación crediticia no contenida en un documento que la haga judicialmente exigible, o que, al existir el documento, este les resulte precario para su cobro por la vía ejecutiva. Dicho de otra manera, el proceso monitorio podrá evitar el desarrollo de un proceso de conocimiento más largo y dispendioso.

Por lo anterior, el proceso monitorio da muestra de ser un mecanismo judicial para la tutela del crédito⁴ o, de mejor manera, se encuadra como medida para la tutela privilegiada del mismo⁵ en razón a que su estructura procedimental promete una protección ágil y rápida del derecho del acreedor que ampara de forma eficaz la obligación crediticia.

El proceso monitorio a su vez puede ser entendido como el desarrollo de la tutela judicial efectiva en cabeza del Estado y sus ordenamientos jurídicos procesales, así como la materialización del deber de garantizar los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, el derecho a la protección judicial y el derecho al patrimonio. En este sentido, la administración de justicia debe propender por la satisfacción real y efectiva de los derechos reconocidos en el derecho sustancial, mediante la utilización de procesos que faciliten la materialización de los derechos de los ciudadanos. El proceso monitorio es un mecanismo que busca cumplir con estos propósitos⁶.

³ CANOSA SUÁREZ, Ulises. El proceso monitorio. *En*: Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 (julio 12), Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad comentado, con artículos explicativos de miembros del ICDP, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 362.

⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. ed. n° 37. *En*: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, junio de 2011. p. 2.

⁵ CANOSA SUÁREZ. *Op. cit.* p. 361.

⁶ *Ibíd.*

Con el mencionado mecanismo, los acreedores de obligaciones de tipo dinerario que no cuentan con un título ejecutivo ven un proceso que en armonía con la tutela judicial efectiva protege judicialmente su crédito. De lo que se desprende que los acreedores de obligaciones no dinerarias (en particular, por ser objeto de nuestro trabajo, de prestaciones de hacer y dar-entregar) no encuentran reflejado en el proceso monitorio colombiano un mecanismo que proteja su crédito, pues con el Código General del Proceso las obligaciones dinerarias serán las únicas con las que podrán constituirse los títulos ejecutivos con ayuda de este proceso judicial⁷.

Se busca, entonces, que este proceso ágil y de fácil acceso se amplíe a estos acreedores de obligaciones de hacer, con el fin de maximizar la tutela judicial efectiva, en razón a que esta posibilidad facilitaría el acceso de las personas a la justicia y el reconocimiento efectivo de sus derechos de forma más fácil que si se hiciera por el proceso declarativo clásico, en todo caso más largo, formal y poco accesible para quien no cuenta con los medios económicos para emprender un proceso ordinario.

Entendemos que el objetivo planteado referente a la ampliación del proceso monitorio a todo tipo de obligaciones crediticias es un proceso que se debe surtir por medio de una reforma de tipo legal en el Congreso de la República de Colombia y cierto es que dicha reforma puede demorarse en llegar a la espera tal vez de un posicionamiento y fortalecimiento de dicho proceso, que permitirá determinar la efectividad o posibles fallas del proceso monitorio.

En todo caso, nos proponemos establecer si el Estado colombiano requiere que el proceso monitorio permita la creación de títulos ejecutivos contentivos de obligaciones de hacer. Luego, de ser asertiva la respuesta al anterior interrogante, continuaremos con el estudio del procedimiento establecido por el legislador al proceso monitorio colombiano con el propósito de identificar cuáles serían las variaciones que dicho proceso debe tener para poder finalizar con un título que preste mérito ejecutivo por una obligación de hacer.

Por último, se expondrán unas pequeñas reflexiones finales tendientes a generar alternativas para obtener títulos ejecutivos que se originen en obligaciones de dar-entregar y/o hacer de imposible cumplimiento mientras se surten los cambios legislativos correspondientes.

⁷ El artículo 419 del Código General del Proceso consagra de manera expresa que será procedente el proceso monitorio respecto de "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" (subrayado es nuestro).

2. Aspectos metodológicos de la investigación.

2.1 Las preguntas de investigación.

En el trabajo que el lector tiene en sus manos, la investigación busca responder las siguientes preguntas:

¿Se necesita en Colombia un proceso monitorio para crear títulos ejecutivos con obligaciones de hacer y dar-entregar?

De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, ¿sufriría alguna modificación el procedimiento establecido por el artículo 421 del Código General del Proceso en los casos en que se demande la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de hacer y dar-entregar?

Además, ¿con el actual proceso monitorio regulado por el Código General del Proceso, es posible constituir títulos ejecutivos dinerarios por obligaciones de dar-entregar y/o hacer por medio de subrogados pecuniarios?

2.2 La estrategia metodológica.

A la presente investigación se le aplicará un enfoque tanto básico jurídico o documental, así como socio jurídico. El primer enfoque señalado se utilizará como soporte para desarrollar los aspectos conceptuales y teóricos del proceso monitorio colombiano y el proceso monitorio comparado, de igual forma será tomado para analizar ciertos aspectos de la teoría de las obligaciones y su implicación en el proceso monitorio, lo cual le dará al trabajo un enfoque interdisciplinario entre el Derecho procesal y el Derecho civil.

3. Breve historia del proceso monitorio.

La etimología de la palabra “monitorio”, proviene de la raíz latina *monitorius* que significa advertencia, que sirve para avisar o amonestar⁸. Su origen como figura jurídica se remonta a la Edad Media en la Península Itálica, hacia el siglo XIII con el *preceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, cuando los juristas italianos del mencionado siglo se preguntaron por la situación de aquellos acreedores que no cuentan con un documento que reúna las condiciones de un título ejecutivo; esto es, que sea claro, expreso, exigible y

⁸ Diccionario de la lengua española, monitorio, 2014. <<http://dle.rae.es/id?=pefka8s>> [Consultado el miércoles 9 de marzo de 2015].

que de prueba de la existencia de una obligación contra el deudor⁹. Para estos acreedores se creó el proceso monitorio que se desplegó por toda Europa y que ha empezado a llegar a los países iberoamericanos desde la segunda mitad del siglo XX¹⁰. La razón de esta tendencia de implementación del proceso monitorio radica, al igual que en el siglo XVIII –época posterior a la Revolución Francesa de 1789–, en la necesidad de procesos judiciales “que verdaderamente garanticen la efectividad de los derechos sustanciales, con acceso, rapidez y eficacia (...) desterrando obstáculos excesivos o irrazonables, sin desmedro del derecho al debido proceso”¹¹. En últimas, lo que se quiso con este proceso declarativo fue evitar un juicio plenario para tener la posibilidad de constituir un título ejecutivo rápido y eficaz, es decir, el proceso monitorio es considerado como una alternativa al proceso ordinario, debido a que este es formalista y extenso.

4. ¿Qué es el proceso monitorio?

El proceso monitorio se ha clasificado en Colombia dentro de los procesos declarativos especiales porque su finalidad es la creación de un título ejecutivo, se encuentra, entonces, dentro de las medidas de tutela privilegiada del crédito del Código General del Proceso. En otras palabras, su finalidad es garantizar la tutela judicial efectiva, sin la necesidad de agotar o realizar todas las etapas del proceso ordinario o declarativo para obtener sentencia que declare el derecho en controversia¹².

Este también ha sido catalogado en otras latitudes del mundo como un proceso plenario, dado que la solución que se dé al conflicto dentro de este proceso tendrá efectos de cosa juzgada en caso de incomparecencia del deudor¹³. Así lo ha determinado el profesor Correa Delcasso cuando define

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del derecho procesal civil. Serie clásicos del Derecho Procesal Civil. Volumen 3. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. p. 149.

¹⁰ PICÓ I JUNOY. El proceso monitorio, una visión española y europea pensando en Colombia. Op. cit., p. 1023.

¹¹ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZB, Samir Alberto. El proceso Monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. En: XXIV Jornadas Iberoamericanas De Derecho Procesal, Panamá, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2014. p. 350.

¹² PICÓ I JUNOY. El proceso monitorio, una visión española y europea pensando en Colombia. Op. cit., p. 1024.

¹³ COLMENARES URIBE, Carlos. El Proceso de la Estructura Monitoria. Cúcuta: Litografía Nueva Granada, 2011. pp. 14-15.

el proceso monitorio como un “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 determine la ley¹⁴.

Según Piero Calamandrei, el proceso monitorio es aquel por medio del cual, con la simple petición escrita del acreedor, el juez competente libra, sin oír al deudor, una orden condicionada de pago con advertencia de que el deudor puede hacer oposición dentro del término establecido. La orden de pago debería considerarse como un inicio de ejecución ya que el juez no busca con esta declarar el derecho, sino que parte de entender su existencia y ordena su ejecución¹⁵.

Dicho lo anterior, se puede deducir que el proceso monitorio tiene varias finalidades, entre las cuales encontramos¹⁶:

1. Potenciar la tutela judicial efectiva.
2. Crear de manera rápida un título ejecutivo.
3. Reducir la cantidad de procesos declarativos para contribuir de forma indirecta a mejorar la rapidez con que se resuelven estos procesos.

De otro lado, como característica esencial del proceso monitorio se observa la inversión de la iniciativa del contradictorio, por medio de la cual, presentada la solicitud para que se requiera al deudor que haga efectiva una obligación, al demandado se le condena provisionalmente sin ser oído¹⁷. Sin embargo, aquel bien puede hacer oposición a este llamado, como a su vez puede no oponerse y guardar silencio, caso en el cual se emitirá una decisión (sentencia), con lo cual se documenta la obligación aludida por el acreedor y en contra del deudor. Por lo tanto, es la parte pasiva la que –al atender a la realidad- decide si es necesario abrir el contradictorio frente a la solicitud del demandante, en caso de no hacerlo, se itera, se procederá como acaba de explicarse.

La legislación de los diferentes países que utilizan el proceso monitorio presenta algunas diferencias en cuanto a su estructura y características, pues si bien el proceso monitorio tuvo su origen en Italia y de allí se expandió por

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *El Procedimiento Monitorio*. Traducción de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 52 y 53.

¹⁶ PICÓ I JUNOY. *El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito*. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo A. *Lecciones de derecho procesal adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Astrea: 2015, p. 722.

Europa, no todos los países regulan de la misma manera este proceso. Las principales diferencias que consagran las legislaciones radican en que el proceso monitorio puede ser puro, documentario, limitado o ilimitado¹⁸:

1. **Puro:** en este caso no es obligatorio para el acreedor aportar junto a la demanda pruebas documentales, ya que es suficiente la simple afirmación de la existencia de la deuda para que se produzca un requerimiento de pago.
2. **Documental:** se caracteriza por la obligación de aportar un título documental, del cual pueda inferirse la existencia de una obligación expresa, clara y exigible¹⁹.
3. **Limitado:** se da cuando las pretensiones que se llevan a conocimiento de la jurisdicción para que sean tramitadas mediante proceso monitorio no pueden exceder determinada cantidad dineraria. Suele ser el tipo de proceso monitorio recomendado para aquellos Estados que van a regularlo por primera vez, como el Estado colombiano.
4. **Ilimitado:** en este caso, por medio del proceso monitorio se podrá tutelar cualquier tipo de reclamación dineraria, sin límite económico alguno. Esto ocurre en países como España que iniciaron con un proceso monitorio limitado y con el tiempo se fue expandiendo hasta ser ilimitado²⁰.

En conclusión, el proceso monitorio procura la creación rápida de un título ejecutivo para aquellos casos en que el acreedor no disponga de un instrumento ejecutivo o título ejecutivo para fundamentar sus derechos²¹. En el mismo sentido, lo explica el profesor Tomás y Valiente al afirmar que “el acreedor insatisfecho que no poseyese un título ejecutivo y no se resignaba 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 la petición del acreedor (y para ello ni siquiera necesitaba aportar una prueba documental del crédito), emitía el *mandatum*, orden de pago dirigida contra el deudor (...)”²².

¹⁸ PICÓ I JUNOY. El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. Op. cit., p.12.

¹⁹ CALAMANDREI. Op. cit., p. 209.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio. J.M BOSCH. Editor. Barcelona, 1998. p. 272.

²² GÓMEZ OROSCO, José Alejandro. Introducción al Proceso Monitorio: Constitucionalización y Oralidad del Derecho Civil. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.LTDA, 2014. p. 55.

5. El proceso monitorio en Colombia.

Al igual que se expuso anteriormente, el proceso monitorio en Colombia ha sido consagrado como un procedimiento sencillo, por medio del cual se documenta una obligación clara expresa y exigible sin la penuria de emprender un proceso judicial de conocimiento, siempre que el deudor no plantee oposición. Es procedente en la actualidad para quien pretenda el pago de una obligación en dinero de naturaleza contractual, determinada y exigible.

Este proceso en Colombia fue incorporado al ordenamiento jurídico con la expedición del Código General del Proceso (en adelante C.G.P.), Ley 1564 de 2012, en su Capítulo IV y artículos 419, 420 y 421²³. Es un proceso puro y limitado, dado que el artículo 419 del C.G.P. establece que solo podrá hacer uso del proceso monitorio quien pretenda el pago de una obligación que sea de mínima cuantía²⁴. De igual forma, para acceder a este no es obligatorio presentar prueba documental, según lo dispuesto en el numeral 6°, inciso 2°, del artículo 420 del C.G.P.

En lo que respecta a su trámite, si presentada la solicitud por parte del demandante se llegare a ejercer oposición por parte del demandado, la solución al conflicto se surtirá por medio de un proceso verbal sumario dentro del mismo expediente, en otros términos, no habrá necesidad de interponer una nueva demanda declarativa, dado que cuando surge oposición por parte del deudor, se abre paso a la fase cognocitiva. El demandado, fuera de oponerse, también tiene la opción de pagar, esto es, honrar la obligación, en cuyo caso se terminará el proceso. También podrá no oponerse al guardar silencio. Lo declarado por el demandante dará prueba de la existencia y monto de la obligación cuando no haya objeción del demandado, de igual forma, al silencio del demandado se le dará la connotación de aceptación, de esta manera quedará establecida la obligación y, por lo tanto, se tornarán superfluas otras pruebas²⁵.

Además, en el proceso monitorio solo se reconocerán obligaciones dinerarias, ya sea en moneda nacional o extranjera, por lo cual se excluyen de este pedimento obligaciones de dar o entregar especies muebles o bienes de género distintos de dinero, de hacer, o de no hacer, ni pretensiones complejas que acumulen las aspiraciones de dinero con alguna de estas otras²⁶.

²³ Ley 1564 de 2012. (Julio 12). "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". Publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

²⁴ Consagrada en el artículo 25 del C.G.P., cuantía que no puede superar los 40 SMLMV, es de única instancia y no será necesario abogado.

²⁵ CANOSA SUÁREZ. Op. cit., p. 373.

²⁶ *Ibíd.*

La obligación, que como ya se dijo debe ser en dinero, tendrá que ser determinada por una simple operación matemática junto con los respectivos intereses de mora o plazo. Además, debe ser exigible, lo que significa que la obligación puede hacerse efectiva cuando el plazo se haya vencido o se haya cumplido la condición pactada.

El proceso monitorio no podrá utilizarse para cobrar perjuicios de naturaleza extracontractual que sean cuantificados unilateralmente, dado que los conflictos de esta naturaleza deberán surtirse por medio de proceso declarativo. Finalmente, el proceso monitorio en Colombia requiere de notificación personal al demandado y no admite el emplazamiento de este, ni el nombramiento de curador *ad litem*, por obvias razones. De igual manera, tampoco permite la intervención de terceros, la utilización de excepciones previas o la demanda de reconvencción por el demandado; lo primero, con el propósito de garantizar el debido proceso del llamado a juicio, y lo último, en miras a evitar que se desquicie su finalidad: celeridad y eficacia²⁷.

6. Estudio del proceso monitorio en el Derecho comparado.

Si bien es cierto que el proceso monitorio sirve en primera medida para constituir un título ejecutivo de una prestación cierta y exigible de dar cantidades de dinero, esto no implica que no pueda ser usado para la ejecución de obligaciones de dar un bien inmueble o mueble, de hacer o no hacer, como lo veremos seguidamente.

6.1 Italia.

En Italia desde el año 1992 se estableció en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil la "*ingiunzione*", que consiste en un procedimiento monitorio documental. La petición realizada debe soportarse con pruebas. Si se trata de documentos especiales como letras de cambio o pagarés, se puede solicitar la ejecución provisional de la obligación. Por esto no es suficiente la oposición simple y llana, *contrariu sensu* del monitorio puro, así, debe mediar prueba documental que la deberá sustentar en la audiencia de conocimiento encargada de resolver la procedencia de la oposición, por lo que se entiende que la carga de la prueba queda en cabeza del deudor²⁸. Si no se presenta oposición

²⁷ CANOSA SUÁREZ. Op. cit., p. 377.

²⁸ RENDETI, E. Derecho procesal civil. t. II, núm. 188, Buenos Aires, 1957. p. 220.

dentro de los 40 días siguientes a la notificación, el requerimiento de pago será definitivo y el deudor podrá ser ejecutado.

Este proceso, también denominado de inyunción, sirve para el cobro de sumas de dinero, cosas fungibles o entrega de cosas muebles determinadas.

Las estadísticas son claras a la hora de mostrarnos el incremento en la utilización de este proceso, pues en 1985 los juzgados y tribunales civiles italianos expidieron 272.837 mandatos de pago, cifra que en el año 1993 aumentó a 970.784 mandatos de pago²⁹. Más recientemente, hasta el año 2008, se han tramitado cerca de un millón de procesos monitorios³⁰.

6.2 Uruguay.

Los antecedentes del proceso monitorio en Uruguay datan del Código de Procedimiento Civil de 1878³¹, ahora derogado, que contenía respecto a los juicios sumarios especiales la “entrega de la cosa” y la “entrega efectiva de la herencia”, procesos que poseían una estructura monitoria y que contemplaban la inversión del contradictorio.

Es así que el Código General del Proceso vigente (L. 15.982), en su libro II y específicamente capítulo IV, reglamenta los “procesos de estructura monitoria”, que a su vez incluyen el “proceso ejecutivo” frente al cobro de sumas de dinero y que establecen un “procedimiento monitorio”. Para iniciar un proceso monitorio se requerirá documento auténtico o autenticado notarialmente en la etapa preliminar respectiva, excepto cuando se trate de un contrato que pueda ser probado por medio de testigos.

6.2.1 Ejecución del proceso monitorio en Uruguay.

Cuando se pida la ejecución, el juez decretará embargo hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses y costas del proceso. A partir del auto que decreta el embargo, el ejecutado tendrá un plazo de 10 días para oponerse con los medios de prueba necesarios para desvirtuar la pretensión del accionante. De

²⁹ DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *En*: Revista Xuridica Galega. 2014. <<http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf>> [Consultado en septiembre 1 de 2014].

³⁰ PICÓ I JUNOY. El Proceso Monitorio, una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. *Op. Cit.*, p. 2.

³¹ NICASTRO SEOANE, Gustavo. Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo. *En*: Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá D.C - Colombia, 2014. pp. 789 y ss.

igual manera, si no se presenta la oposición, se pasará a la vía de apremio, que consiste en el proceso judicial encaminado a satisfacer la obligación.

Del mismo modo, la ley uruguaya vigente contempla otros tipos de procesos monitorios respecto a diferentes obligaciones, a saber:

1. Entrega de la cosa. Hace referencia a cosas “que no sean dinero y que se deban por virtud de la ley, el testamento, el contrato, el acto administrativo, o la declaración unilateral de la voluntad”, contenido en el artículo 364, inciso 1 del Código General del proceso de Uruguay frente a esto Lagarmilla señala que:

si este instituto no existiera en nuestra ley, resultarían poco menos que burlados los derechos de aquel que tuviera un contrato por el cual el deudor debía entregarle una cosa cierta y determinada, por cuanto no estando semejante documento garantizado por la vía ejecutiva, el acreedor tendría que recurrir forzosamente a la vía ordinaria para exigir el cumplimiento de la obligación de la otra parte contratante, con grave perjuicio para su derecho, pues estaría obligado a soportar los dispendios y la lentitud del juicio declarativo. Era, por otra parte, una consecuencia jurídica dar virtud ejecutiva a un documento cuyo objeto fuera cantidad de dinero líquida y exigible, y no hacer extensiva la misma, por lo menos a los documentos que tuvieran por objeto cosas ciertas y determinadas³².

2. Entrega efectiva de la herencia. Se presenta cuando un tercero impide que el heredero ejerza la posesión de bienes hereditarios sin invocar ningún derecho sobre ellos, así lo señala el artículo 365 del Código en comento. Del mismo modo la jurisprudencia uruguaya ha desarrollado los requisitos esenciales para su procedencia, estos son³³:

- a. Que exista un sucesor, sin que sea necesario la declaratoria de herederos;
- b. Que al tercero que se resiste a la entrega de los bienes no le conste que el actor reviste la calidad de heredero
- c. Que el tercero no accione ningún derecho sobre los bienes hereditarios.

De lo anterior se desprende que solo podrá acudir a este procedimiento cuando el tercero no invoque ningún derecho sobre los bienes hereditarios.

³² Citado por ELIZALDE, Jorge Luis, Regimen Procesal del juicio sumario de entrega de la cosa. En: Revista de Técnica Forense, No 8, Instituto de Técnica Forense, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999. p. 75.

³³ Sentencia No 73 de 1993 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno, publicada en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, No 11, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996. pp. 23 y 24.

- 3. Pacto comisorio.** Situación, según el artículo 366 del Código General del proceso uruguayo, en la que “se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido. En la providencia inicial se dispondrá, si se justifica por el actor la caída en mora del demandado, la resolución del contrato. Dicha resolución quedará sin efecto si el pago del precio se realiza el día hábil siguiente a la notificación al demandado de aquella resolución”.

De una mejor manera Barrios de Ángelis explica sobre el trámite del pacto comisorio, bajo la figura procesal del monitorio, que si la decisión resulta favorable al accionante, la resolución del contrato se verifica con la sentencia y antes de la notificación del demandado. En esta, además de que el deudor se entere de la demanda en su contra, también se notifica de la sentencia que dispuso la resolución, salvo que el deudor pague dentro de las 24 horas siguientes a su notificación, lo que deja sin efecto la sentencia constitutiva dictada³⁴.

- 4. Escritura forzada.** En este proceso se busca el cumplimiento de la obligación de escriturar, establecida en las promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes, o de casas de comercio, conforme lo enseña el artículo 367 de la ley procesal uruguaya.

Además de lo anterior, se posibilitó que por medio del monitorio se cancelara cualquier contrato de hipoteca, lo cual es un logro que, de acuerdo a Tarigo, es una vía que preserva las garantías del debido proceso y a la vez establece un procedimiento rápido y eficaz para obtener la cancelación de la hipoteca, que muchas veces no es lograda por vías extrajudiciales³⁵.

- 5. Resolución de contrato de promesa.** Por este medio “se demanda la resolución por falta de pago de promesas de enajenación de inmuebles a plazos o casas de comercio inscritas en los registros respectivos”. Se dispondrá de la resolución previa constitución en mora del demandado y previa intimación de pago (art. 368).

Para que proceda dicho proceso se requiere:

³⁴ “Reunión científica sobre pacto comisorio con la participación de integrantes de los Institutos de Derecho Procesal y Derecho Civil”. Versión corregida de las disertaciones realizadas en el Banco Hipotecario del Uruguay el 17 de abril de 1996. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No, 1996, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. p. 264.

³⁵ TARIGO, Enrique. Conveniencia de instituir otro monitorio: el de cancelación judicial de la hipoteca. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No 3, 1999, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. pp. 403 a 405.

- a. Previa constitución en mora del promitente comprador; y
 - b. La intimación de pago previa.
- 6. Separación de cuerpos y divorcio.** Procederá cuando el actor justifique las exigencias y requisitos del Código Civil uruguayo³⁶ y concurra una de las causales previstas³⁷.
- 7. Cesación de condominio de origen contractual.** Se realiza por proceso monitorio cuando cualquiera de los copropietarios, al acreditar el dominio y afirmar la imposibilidad de división, exige la venta y reparto del precio que se obtenga, contenido en el artículo 370 del Código General del Proceso.
- Los requisitos para que proceda son:
- a. El condominio debe ser de origen contractual.
 - b. El accionante debe acreditar que es uno de los copropietarios y aportar la escritura pública debidamente inscrita en el registro respectivo.
 - c. El actor debe invocar 1) imposibilidad de dividir el bien o los bienes en condominio. 2) necesidad de proceder a su venta para posteriormente dividir el capital líquido entre el valor de las cuotas parte de los comuneros³⁸.
- 8. Procesos de desalojo en general.** Procede frente a inmuebles, tanto urbanos como rurales. Son aplicables los artículos 345 a 360 del Código Procesal uruguayo.

Esto permite vislumbrar la preponderancia y confianza que se le ha otorgado al monitorio como una forma de hacer más expeditos los procesos de diversa naturaleza³⁹, perfectamente viable para obligaciones de cualquier tipo.

A manera de conclusión nos unimos a lo dicho por el tratadista Nicastro Seoane al señalar como un éxito la implementación del procedimiento monitorio, en especial en procesos de desalojo, ejecutivos y entrega de la cosa, tanto así que aproximadamente en el 95,3% de los procesos con procedimientos monitorios no se presentan excepciones, lo cual deriva en que “el proceso se inicia con un

³⁶ Código General del Proceso de Uruguay. Ley 15.982. Promulgada el 18 de octubre de 1988 ARTS 153, 167 y 185.

³⁷ *Ibíd.* Artículo 148. Numerales 2 y 7.

³⁸ TARIGO, Enrique. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo IV, 2a edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998. pp. 356 y 357.

³⁹ VESCOVI, Enrique. Las modernas tendencias del proceso civil contemporáneo. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No 2, 1998, Fundación de cultura Universitaria, Montevideo. pp. 119 y ss.

escrito y puede terminar con el proveimiento inicial⁴⁰. De esta manera se logran los postulados de garantismo y justicia con eficiencia y celeridad⁴¹.

6.3 Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica.

En el año de 1957 con las primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de Montevideo se crea el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y es en las cuartas jornadas en Venezuela de marzo de 1967 donde se planteó la propuesta de crear una normatividad procesal unificada para Iberoamérica. Posteriormente, en las VI Jornadas de Derecho procesal en Guatemala de 1981 y las VII Jornadas en Ecuador, fue analizado el anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil. En 1988, el mencionado anteproyecto, junto con sus antecedentes y exposición de motivos, se publicó en Montevideo y su texto fue nuevamente considerado el mismo año en las XI Jornadas celebradas en Río de Janeiro⁴².

6.3.1 Proceso de estructura monitoria en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica.

En este código se consagró la estructura monitoria no solo para la ejecución de títulos extrajudiciales como los títulos ejecutivos, sino para los judiciales que se constituyen por medio de sentencia en proceso de conocimiento. Igualmente, ha sido contemplado para procesos de desalojo o desahucio, entrega de la cosa, entrega de la herencia, resolución por falta de pago y escrituración judicial de promesas inscritas en el respectivo registro⁴³.

Existe una categoría del proceso monitorio denominada como proceso monitorio con etapa preparatoria, en la que para que el juez dicte sentencia y ordene el cumplimiento de la prestación, se deberá surtir una etapa preliminar para acreditar su existencia. Así, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, como excepción al presupuesto documental, incluye el “caso de entrega de la cosa, derivada de contrato del que resulte la obligación de dar, si

⁴⁰ LANDONI, Ángel. El Código General del Proceso a dieciséis años de su vigencia. *En*: Revista Judicatura, No 44, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Montevideo, Mayo de 2006. p. 225.

⁴¹ NICASTRO SEOANE. *Op. cit.*, p. 835.

⁴² MARTÍNEZ, Óscar José. El procedimiento monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/30.pdf>> [Consultado en mayo 26 de 2014]. pp. 535.

⁴³ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. Estructura Monitoria y la Hipoteca. *En*: Memorias XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena de Indias, 2010. p. 1068.

se trata de contrato que no requiere documentación y en etapa preliminar, que se seguirá por la vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y su cumplimiento por parte del actor”.

El artículo 312.1 del Código Procesal Civil para Iberoamérica establece que “requerirá documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva” y deja claro que es un proceso monitorio documental⁴⁴, así, del mismo modo la oposición del deudor debe estar fundada en los hechos y el derecho y debe buscar abrir un proceso de conocimiento para determinar si la oposición alegada por el deudor demuestra la falta de fundamento del mandato o si, por el contrario, este debe ser mantenido y hecho ejecutorio⁴⁵.

Respecto de su trámite y características, este proceso es similar al contemplado por la legislación uruguaya, ya que es un monitorio documental, en el que es requisito indispensable anexar a la demanda escrito que acredite la existencia de la obligación al momento de exponer la demanda en este proceso. Aquí, el juez dicta sentencia y acepta las pretensiones del accionante y a su vez el deudor podrá oponerse en el plazo de 10 días, aportar las pruebas y abrir el contradictorio con las formalidades de un juicio declarativo ordinario. El deudor también podrá guardar silencio, lo que daría como resultado la constitución de título ejecutivo y pasaría a la vía de apremio o podría satisfacer la obligación y generar la terminación del proceso⁴⁶.

6.4 El Salvador.

Este tipo de proceso se encuentra consagrado a partir del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil del Salvador y se inicia con la presentación de la solicitud monitoria por parte de quien pretenda el pago de deuda en dinero, líquida, vencida y exigible.

Se deberá allegar cualquier soporte que justifique un principio de prueba suficiente, ya sea de creación unilateral, pero que contenga sello o firma del deudor. Es requisito indispensable la identificación del deudor, junto con el domicilio para la debida notificación personal, de igual forma, se debe mencionar

⁴⁴ 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 No 40, 2014, p 345-363.

⁴⁵ PONZ, Manuel Alberto. El proceso monitorio. *En*: Revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1978. pp. 233, 270 y 273.

⁴⁶ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El Procedimiento Monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013. pp. 122-123.

el origen y cuantía de la deuda. En el caso de no incluirse los anteriores requisitos, la demanda será rechazada sin lugar a apelación.

Si la demanda cumple los requisitos anteriormente mencionados, será aceptada la solicitud y se dará traslado al deudor por veinte días para que se oponga o satisfaga la obligación, de esta manera, se dará por terminado el proceso⁴⁷.

Se puede iniciar proceso monitorio para satisfacer obligaciones de hacer, de no hacer y de dar cosa específica. La obligación debe constar en documento y se podrá pretender exclusivamente el cumplimiento de las anteriores obligaciones sin que se pueda sustituir la petición por su equivalente en dinero, excepto cuando haya manifestación expresa del solicitante o exista absoluta imposibilidad del cumplimiento específico⁴⁸. Lo anterior le da la posibilidad al solicitante de exigir entre el equivalente en dinero o la entrega de un bien, servicio o producto de características y prestaciones semejantes a las del original.

6.5 Venezuela.

Desde 1990 se implementó el proceso por intimación como categoría especial del proceso ejecutivo, en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil venezolano fue consagrada la posibilidad de perseguir el pago de una suma líquida de dinero o la entrega de cierta cantidad de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, caso en el cual el deudor tiene 10 días para que pague o entregue la cosa⁴⁹.

En este sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia afirmó que “(...) El procedimiento por intimación se admite siempre que el demandado 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, lo que significa que solo procede cuando se trate de acciones de condena que persigan el cumplimiento de obligaciones de dar que conste en prueba documental (...)”⁵⁰.

⁴⁷ BARAHONA MAGAÑA, Sonia Elizabeth. El proceso Monitorio en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de pregrado. Universidad del Salvador. El Salvador, 2010. pp. 36 y ss.

⁴⁸ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. Decreto No.: 712. Promulgada el 18 de septiembre de 2008. Artículo 597.

⁴⁹ Código de Procedimiento Civil de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de 18 de septiembre de 1990.

⁵⁰ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° RC-1382 de fecha 24-11-2004, caso Multiservicios Lesluis. C.A. contra Antonio Juguera Román. EXP. 04-0464, con ponencia del Dr. Tulio Álvarez.

6.6 Conclusiones del estudio legal comparado.

Se puede evidenciar en el anterior análisis de derecho comparado del proceso monitorio que las obligaciones de crédito de cualquier naturaleza (dar, hacer, no hacer) ya se tramitan por este proceso en procura de satisfacer el cumplimiento de obligaciones de diversa índole, lo cual redundaría en beneficio de lo enseñado por el profesor Fernando Hinestrosa: “el derecho se preocupa por la tutela adecuada del crédito y (...) está atento a proporcionar al acreedor los instrumentos óptimos para su satisfacción cabal”⁵¹. Esto nos lleva a afianzar la tesis propuesta por la investigación dirigida a que cualquier acreedor de obligaciones de crédito, sin importar su naturaleza, pueda acceder al proceso monitorio colombiano cuando así lo requiera, lo cual tiene como derrotero una justicia ágil con acceso para todos y con una solución al conflicto en un término razonable. Todo, habida cuenta de que resulta de inexorable importancia contar con procesos expeditos y modernos que resuelvan prontamente la controversia y, por supuesto, sin desmedro de las garantías procesales.

7. Breves consideraciones a la Sentencia C-726 de 2014.

Es relevante estudiar los planteamientos que del proceso monitorio realizó la Corte Constitucional mediante Sentencia C-724 de 2014, en la que actuó como magistrada sustanciadora Martha Victoria Sáchica Méndez, la cual se invita a consultar. Si bien la Corte Constitucional en dicha providencia hace mención a obligaciones diferentes a las dinerarias cuando se propuso conceptualizar únicamente estas, entendemos que su objetivo no fue el de visualizar el proceso monitorio como un instrumento que permitiera el cobro de prestaciones de dar-entregar y/o hacer. Lo anterior, dado que al estudiar la procedencia de dicho proceso, contenida en el artículo 419 del C.G.P., en relación a que la obligación tiene que ser estrictamente dineraria, la Corte definió esta como una cantidad de dinero en moneda de curso legal y, paso siguiente, pensando en desarrollar su afirmación, la ejemplificó como la entrega material de un bien o una obligación de hacer o no hacer. En otras palabras, el desembrollo no corresponde o guarda concordancia con la definición inicial dada de dinero en moneda de curso legal.

Fuera de lo anterior, la mención a este tipo de obligaciones no dinerarias se encuentra enmarcada dentro del *obiter dicta* de la sentencia, pues este

⁵¹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y Vicisitudes. Tercera edición. Tomo I. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 79.

involuntario descuido en la aclaración de la expresión dineraria tuvo por objetivo contextualizar acerca de la naturaleza jurídica del proceso monitorio, lo que no genera una estrecha relación entre tal mención y el planteamiento del problema relativo a determinar si se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa del deudor.

Consideramos así, que el planteamiento de la Corte Constitucional no da solución a nuestra pregunta problema ni la resuelve negativamente, pero bien puede ser entendido como la puerta de entrada al debate acerca de si el proceso monitorio es procedente para obligaciones no dinerarias.

8. Sesiones de debate del Código General del Proceso en el Congreso de la República y tutela judicial efectiva.

El proyecto de ley del Código General del Proceso, con publicación en el Congreso de la República en marzo 29 de 2011 mediante gaceta 119/11 Cámara, incluía en el artículo 419, relativo a la procedencia del proceso monitorio, que este solo podía conocer de obligaciones de tipo dinerario, determinadas y exigibles, que fueran de mínima o menor cuantía. Dicha estipulación normativa se mantuvo a lo largo del primer y segundo debate (gacetas 250/11 y 745/11). Solo fue hasta el tercer debate (gaceta 114/12 primera ponencia senado) que el proceso monitorio fue reformado para limitarse a obligaciones en dinero de naturaleza contractual y únicamente de mínima cuantía. Dicha reforma se fundamenta en que el proceso monitorio está diseñado para “el ciudadano de a pie” para asegurar su acceso a la administración de justicia, lo cual atiende ante todo a la realidad colombiana⁵². Pero fue en esas mismas sesiones de debate para la expedición del C.G.P. en el Congreso de la República donde se desatiende que la realidad colombiana no está delimitada únicamente a sectores comerciales que manejen cantidades líquidas de dinero. Por el contrario, en la realidad colombiana existen otros sectores poblacionales⁵³, cuyos conflictos pueden no ser exclusivamente dinerarios, como bien se debió advertir en un código de procedimiento civil hecho con la participación democrática de todos los sectores del país.

Dicho lo anterior, la exclusión de obligaciones no dinerarias del proceso monitorio por parte del Congreso de la República no cuenta o no posee una

⁵² Gaceta 114/12, primera ponencia Senado, 28 de marzo del 2012.

⁵³ Colombia cuenta con una población total nacional de 44.977.758, de la cual la población rural es del 24,63%, según estadísticas del DANE a junio 30 de 2009.

adecuada motivación, ya que el objetivo del proceso monitorio se ve afectado cuando se excluyen de su competencia obligaciones de dar-entregar o hacer, sin que medie un interés de precaución, prudencia o discreción como sí sucede con la exclusión provisional de obligaciones de menor o mayor cuantía y que provengan de relaciones extracontractuales. Lo anterior, dado que las pretensiones de satisfacción de obligaciones dinerarias se presentan en mayor medida respecto de las obligaciones no dinerarias, por lo que no se necesita prudencia o discreción para un proceso que ya conoce de la mayoría de obligaciones, toda vez que aquel que puede lo más, también puede lo menos.

Pero el hecho de que las obligaciones no dinerarias sean menos en comparación con las obligaciones dinerarias no significa que las primeras no sean una cantidad representativa y por ello deban ser excluidas del proceso monitorio, dado que aquellos acreedores de obligaciones de dar-entregar o hacer tiene también derecho a la tutela judicial efectiva de sus créditos, lo que implica para el individuo ciertas garantías consistentes en:

- 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 procesales previstas en la constitución y las leyes.
- d. Obtener, en tiempo razonable, un pronunciamiento judicial que resuelva su reclamación.
- e. Alcanzar en cuanto sea posible el cumplimiento efectivo de la decisión judicial⁵⁴.

Posición semejante posee la Corte Constitucional cuando entiende que el derecho al acceso a la administración de justicia hace referencia a la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte de un proceso para que se resuelvan de fondo sus pretensiones mediante procedimientos adecuados, idóneos y efectivos que se desarrollen en un tiempo razonable con las garantías propias de un debido proceso, así como el derecho a que subsista en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales (acciones y recursos), para la efectiva resolución de los conflictos⁵⁵.

⁵⁴ Ibíd.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

A partir de las anteriores precisiones y al tener en cuenta que el sistema judicial colombiano atraviesa por una situación compleja, en el entendido de que los procesos judiciales actuales no son procesos que se terminen dentro de un plazo razonable⁵⁶, se colige cómo el Congreso de la República dejó desprotegidos de un mecanismo ágil a los ciudadanos de obligaciones no dinerarias. Es decir, este permitió que quien fuera titular de una obligación de dar-entregar o hacer, que sea de mínima cuantía y que no cuente con un título ejecutivo, pueda ver afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que el proceso al que pueden acceder, cual es un proceso cognoscitivo, resulta en la mayoría de ocasiones más oneroso que el derecho mismo en discusión que se pretende hacer valer. De esta manera, al no encontrar los medios judiciales adecuados, es posible que se prefiera renunciar a exigir el cumplimiento de una obligación no dineraria.

Es por esto que la exclusión de obligaciones no dinerarias del proceso monitorio desatiende a la observancia y cumplimiento de los principios y valores defendidos por la Constitución Política, los cuales no pueden ser desconocidos por el legislador, en tanto la libertad de configuración legislativa posee límites o restricciones como la dignidad humana, la justicia, la igualdad y el orden justos, entre otros.

9. Necesidad de un proceso monitorio en Colombia para crear títulos por obligaciones de dar-entregar y hacer.

Como se puede inferir de lo dicho hasta aquí, respecto de la primera pregunta problema formulada, esto es, si es necesario un proceso monitorio para obligaciones de hacer y dar-entregar en Colombia, hemos llegado a una respuesta afirmativa, ya que se puede evidenciar del análisis del derecho comparado propuesto con relación al proceso monitorio, que las obligaciones de crédito de naturaleza de dar-entregar y hacer son garantizadas con el monitorio en diversos países del mundo; al parecer, porque entienden que igual protección del crédito requieren los acreedores de obligaciones dinerarias como los de otra naturaleza.

Seguramente la timidez que se observó por parte del legislador colombiano sobre este tópico obedeció a lo novicio de tal institución procesal en nuestro ordenamiento jurídico. Esto demuestra que el proceso monitorio puede y debe ser extendido tanto para la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de hacer o dar-entregar, así como para el pago de las mismas. Además, por no existir razones constitucionales que impidan implementar la propuesta que en

⁵⁶ Gaceta del Congreso 250/11 Primer debate cámara del 11 de mayo de 2011.

esta ocasión formulamos, como lo es que no haya cosa juzgada constitucional respecto del canon que dispone la procedencia del procedimiento monitorio colombiano, aunque se haya revisado en Sentencia C-726 de 2014, en razón a que no fue objeto de estudio lo aquí expuesto, entendemos igualmente necesario que se de apertura a la limitada procedencia del proceso monitorio en lo tocante a las obligaciones objeto de documentación.

Valga señalar que se realizó una búsqueda de datos estadísticos concretos en los que se pudiera constatar la demanda de la sociedad colombiana respecto de procesos declarativos de mínima cuantía con el propósito de documentar obligaciones no dinerarias, empero, los únicos compendios de sentencias que se hallaron fueron encontrados en las relatorías de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los cuales solamente conocen de recursos de casación y apelación de asuntos necesariamente de mayor cuantía. Además, los juzgados municipales (los cuales conocen de los procesos de mínima cuantía de manera exclusiva, importantes para nuestro trabajo) no clasifican en sus estadísticas esta clase de asuntos de manera independiente, sino que los aglomeran por tipologías genéricas⁵⁷, lo que hizo imposible demostrar de manera factual la necesidad social de nuestra propuesta⁵⁸. Sin embargo, partimos de entender válida y real la afirmación (sin muestras concretas de estudios estadísticos) hecha por el Congreso de la República al exponer los motivos del proyecto de ley que finalmente terminó en lo que hoy se conoce como el Código General del Proceso, en el entendido de que el ciudadano común requería de un proceso monitorio para documentar sus réditos dinerarios de mínima cuantía (hasta 40 SMLMV), para extenderla, con apoyo de las reglas de la experiencia, como tesis válida en el campo de las obligaciones no dinerarias.

En suma, aún con el impase ya indicado, consideramos, con apoyo en la investigación documental realizada, que cualquier persona acreedora de obligaciones de crédito dinerarias o de dar-entregar o hacer sin título ejecutivo debe tener la posibilidad de acceder al proceso monitorio cuando pretenda documentar prestaciones distintas a las otorgadas en sumas dinerarias y tener como derrotero una justicia expedita con acceso para todos y con una solución al conflicto en un plazo razonable. Lo anterior porque, sin querer redundar sobre el asunto, resulta de inexorable importancia contar con procesos ágiles y modernos que resuelvan prontamente las controversias que se suscitan entre los ciudadanos, por supuesto, sin desmedro de las garantías procesales de los llamados a juicios.

⁵⁷ Los juzgados consultados relacionan de manera general los procesos ordinarios, ejecutivos, agrarios, abreviados, verbales, entre otros, que tienen bajo su conocimiento.

⁵⁸ Se pueden consultar las estadísticas reportadas por cada despacho judicial en Colombia en el siguiente link: <<https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/estadisticas-judiciales>>.

10. Modificación del proceso monitorio para la procedencia de obligaciones de dar-entregar y hacer.

Con el objetivo de dar respuesta al interrogante planteado referente a determinar si la estructura del actual proceso monitorio sufriría alguna modificación al integrar las obligaciones de dar cosas muebles u obligaciones de hacer, al reflexionar sobre el asunto hemos concluido que son dos los eventuales cambios que debería sufrir el procedimiento del proceso monitorio colombiano: el primero radica en el tiempo (término judicial) que le deberá otorgar el juez al deudor para que este pague o cumpla la obligación; el segundo obedece a permitir que en la ejecución de la sentencia, a continuación del declarativo especial y a través del procedimiento establecido en el artículo 306 del Código General del Proceso (C. G. P.), y en particular en el momento de formular el demandante la solicitud de que habla la normativa en comento, el acreedor pueda acumular pretensiones con el propósito de que, iniciada la ejecución de la sentencia por la obligación *in natura* y esta no sea honrada por el deudor, el proceso no se termine, sino que se cobren, ahora, los perjuicios compensatorios.

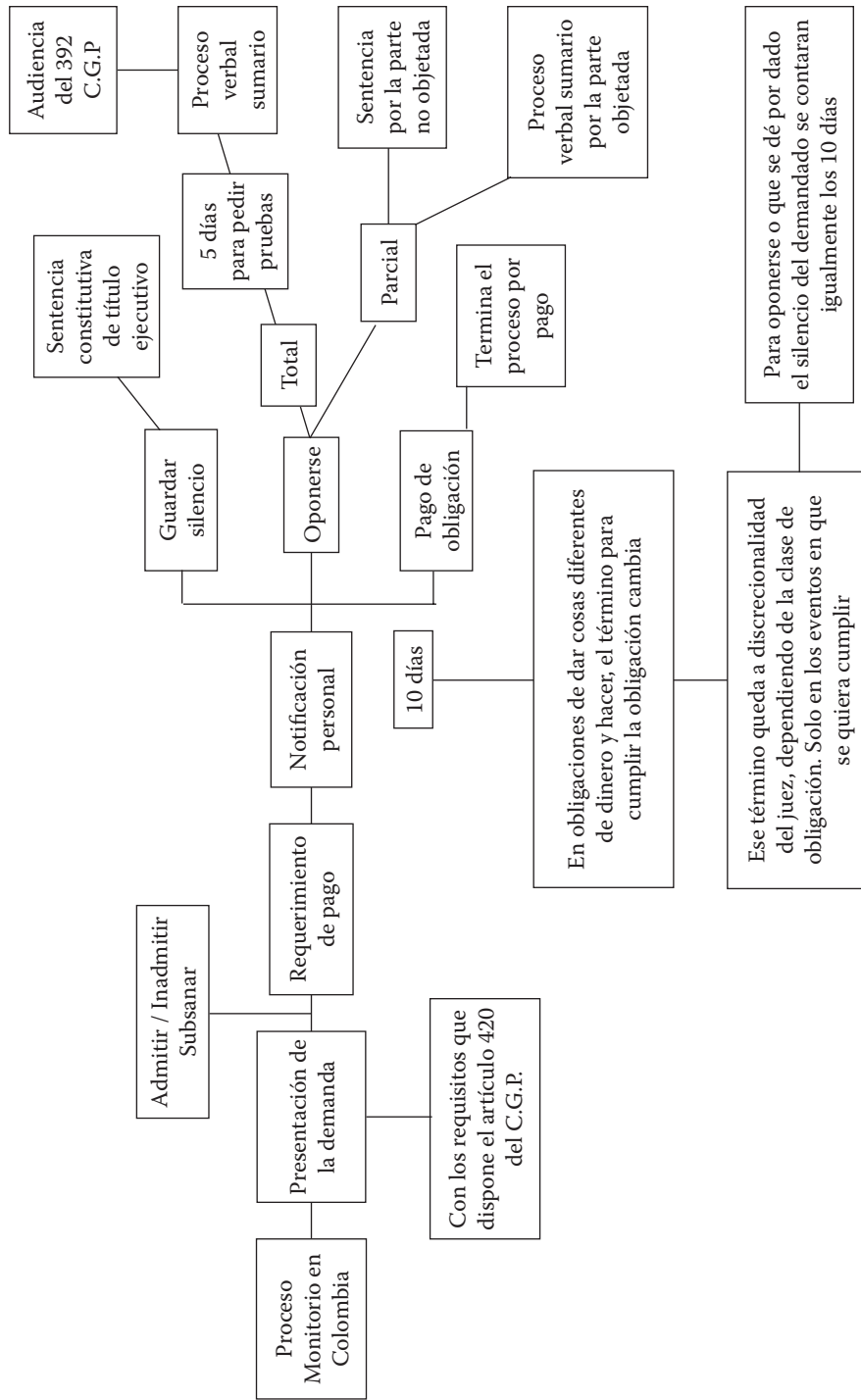
La razón de la primera modificación propuesta parte de la naturaleza de las obligaciones de dar cosas distintas a dinero y hacer, pues sucede que en ocasiones la prestación puede tomar más tiempo que el estipulado en el proceso monitorio en razón de las calidades que debe contener la obligación. Así lo ha entendido el C.G.P. al estipular que el pago de obligaciones (en el proceso ejecutivo) de dar u obligaciones de hacer se hará en el plazo prudencial o razonable que el juez determine⁵⁹.

De lo anterior se desprende que en el proceso monitorio el plazo para que el deudor pague queda a discrecionalidad del juez con base en su buen saber y con atención al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Es importante aclarar que el plazo que otorgue el juez, diferente a los 10 días estipulados actualmente, solo deberá operar cuando el deudor vaya a cumplir con la obligación, es decir, cuando vaya a honrar la prestación; pues para que se entienda que el demandado guardó silencio o para que este se pueda oponer, se seguirán contando los 10 días estipulados por ley.

Para mayor claridad acerca de los momentos procesales en que se debe surtir dicha modificación hemos graficado el proceso monitorio mediante un mapa conceptual y señalado en él la única reforma necesaria:

⁵⁹ Ley 1564 de 2012. (Julio 12). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012; artículos 432 y 433.



De otro lado, respecto de la segunda propuesta de modificación, partimos de advertir que en el evento en que se constituyan títulos ejecutivos por obligaciones de dar-entregar y/o hacer con la utilización del proceso monitorio y el acreedor al hacer uso del artículo 306 del Código General del Proceso no pueda sino “solicitar la ejecución con base en la sentencia”, en tanto formulada la solicitud “el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia”. Surge, entonces, el problema para el acreedor en cuanto a la aplicación de las mismas normas del proceso ejecutivo iniciado por semejantes obligaciones, lo que necesariamente, al presentarse la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, generaría la terminación del procedimiento de ejecución de la sentencia al no poder acumularse pretensiones subsidiarias dirigidas al pago de la prestación de hacer y dar-entregar en su equivalente en dinero (subrogado pecuniario).

En ese orden de ideas, será necesario que el legislador incluya, en el inciso tercero del artículo 421 del Código General del Proceso, la posibilidad para el acreedor de iniciar la ejecución de la sentencia del proceso monitorio de conformidad con lo reglado en el artículo 306 de la misma codificación, pero esta debe permitirle incluir en la solicitud pretensiones dirigidas a ser subsidiarias para que, en el evento en que el deudor no honre la obligación primigenia, el proceso no se termine como lo indica el artículo 428 del Código General del Proceso, sino que continúe con la ejecución por perjuicios.

En síntesis, son dos los cambios que seguramente sufrirá el proceso monitorio una vez nuestra legislación incluya la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones no dinerarias: el primero, se refiere al término judicial para que el deudor pueda honrar su obligación *in natura*, tiempo que deberá ser establecido por el juez y que no modifica el término legal de los 10 días en los demás eventos que se pueden presentar en este proceso, como lo son, el término para asignar las consecuencias jurídicas por haber guardado silencio el demandado o el pertinente para proponer excepciones de mérito o, lo que es lo mismo, ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, el segundo punto procedimental en el que deberá modificarse el proceso monitorio es el contenido y procedencia de la solicitud que debe presentarse para iniciar el proceso ejecutivo a continuación del declarativo, en el entendido en que dicha solicitud permita incluir pretensiones subsidiarias respecto de la obligación de dar-entregar y hacer reconocida en la sentencia y en particular en su equivalente en dinero, con el propósito de que, adelantado el proceso de ejecución, este no se vea frustrado al momento de exigirse el cumplimiento de la prestación al deudor y, una vez no haya sido honrada, el juez no tenga otra opción sino la de terminar el proceso. Con todo lo anterior, nos proponemos dotar al acreedor de herramientas para que, al iniciar la ejecución

de su título ejecutivo/sentencia, pueda acumular pretensiones en la solicitud con el propósito de iniciar la ejecución de perjuicios de manera subsidiaria, una vez se haga imposible la ejecución principal.

11. Aplicación del proceso monitorio regulado por el Código General del Proceso con ocasión de obligaciones de dar-entregar y hacer a través de subrogados pecuniarios.

Si bien es cierto que el proceso monitorio en Colombia, incorporado por el Código General del Proceso, no contempla la posibilidad de constituir títulos ejecutivos provenientes de obligaciones de dar-entregar y hacer, consideramos que es viable su utilización para la creación de estos en los eventos en que dichas obligaciones sean física o moralmente imposibles (C.C., art. 1518). Lo anterior, si se tiene en cuenta el tratamiento que el legislador le da al interior del proceso ejecutivo a las obligaciones distintas de las dinerarias. Como se verá, también es posible replicar dicho tratamiento en los procesos de conocimiento.

La esencia del negocio jurídico es la relación donde el deudor está obligado a determinado comportamiento (hacer, no hacer, dar) y el acreedor es beneficiario de este, aquí la ley es el medio coactivo que, en caso de requerirse, servirá para satisfacer la prestación *in natura*, de ser posible su cumplimiento, o en dinero con ayuda del subrogado pecuniario de la prestación (perjuicios compensatorios).

Así las cosas, en el momento en que el deudor no cumpla la prestación pactada, se ve sometido a ser ejecutado forzosamente para el cumplimiento de la misma por parte del acreedor. Esto porque la obligación jurídica trae inserto el componente de coacción que de no existir dejaría solamente a la buena voluntad del deudor el cumplimiento de la obligación y estaríamos en el campo de las obligaciones naturales, solo susceptibles de cumplimiento voluntario, razón por la que el Estado le otorga al acreedor la facultad de valerse de medios para compeler o forzar al deudor renuente a pagar y con ello evitar el incumplimiento perenne del deudor.

Compartimos, así, las afirmaciones hechas por el profesor Ulises Canosa cuando enseña que “la posibilidad de exigir el cumplimiento o ejecución es una característica fundamental de la obligación, que le da categoría, tanto en el campo moral, como en el jurídico. Para el efecto, los ordenamientos procesales deben garantizar una tutela judicial efectiva al acreedor, porque si el deudor

a su antojo puede dejar de cumplir, no existe un vínculo obligatorio, sino una simple liberalidad, una contingencia de buena voluntad o generosidad⁶⁰.

Por consiguiente, los elementos esenciales de la obligación, esto es, el débito y la responsabilidad, generan en el deudor el temor de verse expuesto a las acciones judiciales por parte del acreedor. De igual forma, otorgan a este último la tranquilidad de encontrar un amparo a sus intereses, *in natura* o mediante el subrogado pecuniario, y de poder cobrar los perjuicios derivados del incumplimiento.

Brinz fue el primero en plantear la teoría del débito y la responsabilidad como elementos funcionales de la obligación, la responsabilidad patrimonial del deudor es lo fundamental en la relación crediticia y da el derecho al acreedor de perseguir ese patrimonio en caso de incumplimiento⁶¹. Desde el Derecho Justiniano se abrió la posibilidad para el acreedor de demandar la ejecución específica y, en nuestro Derecho actual, esta posibilidad se encuentra acompañada de la facultad de que se cumpla la obligación de diferentes formas⁶².

Frente al incumplimiento del deudor de obligaciones no dinerarias, no solamente subsiste la obligación con la misma prestación de ser aún factible su ejecución, sino que también perdura la obligación convertida en dinero, en otras palabras, el acreedor tiene la posibilidad de pretender desde un principio el equivalente pecuniario ante el fracaso o la dificultad de la ejecución *in natura*. En los ordenamientos de tradición romanista la ejecución específica constituye una primera opción, naturalmente desde que sea factible y persista el interés del acreedor en el débito primario⁶³.

Por lo anterior, es natural que el Derecho se preocupe por la tutela adecuada de los derechos de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los instrumentos óptimos para su satisfacción cabal. En este sentido, no tiene por qué extrañar la tendencia a considerar de antemano la posibilidad de ejecución coactiva específica de prestación, “el proceso debe dar a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a obtener, en cuanto ello sea prácticamente posible”⁶⁴. Así como es esta la manera natural de satisfacer el interés del acreedor, también se puede satisfacer la obligación por el equivalente pecuniario de la cosa o del servicio en que consiste el objeto de la relación.

⁶⁰ CANOSA SUÁREZ. Op. cit. p. 361.

⁶¹ BARASSI LUDOVICO. Teoria generale delle obbligazioni. I, cit. p. 24 y s.

⁶² HINESTROSA. Op. cit. p. 263.

⁶³ Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit, Roma, 1995. p. 185 y ss, y 194 y ss.; ID Bogotá, 1997.

⁶⁴ *Ibíd.*

La razón que nos lleva a realizar un estudio tanto de las obligaciones, y con esto de los deberes y derechos de quienes forman parte de una relación jurídica, así como de los medios por los cuales se pueden hacer exigibles las prestaciones contenidas en la obligación, obedece al interés de que estas obligaciones crediticias no se conviertan en obligaciones meramente naturales o que únicamente puedan ser reconocidas en el escenario del proceso declarativo.

Clara es nuestra intención de evitar que las obligaciones que surgen entre los particulares con prestaciones de dar-entregar y hacer, desprovistas de título ejecutivo, se conviertan en obligaciones de compleja constitución que les impida acudir ante el proceso ejecutivo para que se les satisfaga su derecho y que la única opción consecuente sea la de acudir a un proceso declarativo a todas luces más extenso, oneroso y desgastante para quien no cuenta con los medios económicos y de tiempo necesarios en este tipo de proceso. Por lo anterior es que en muchos de estos casos se prefiere abandonar el derecho de acción y dejar que la obligación quede a la liberalidad del deudor.

Para los ciudadanos que se encuentran en esta situación fue pensado el proceso monitorio, que llega como un proceso que garantiza el crédito y maximiza la tutela judicial efectiva, al entender que el cumplimiento de las obligaciones tiene gran relevancia social y económica. En palabras de Galgano: “cuando mayor sea el porcentaje de las obligaciones cumplidas, tanto mayor será el beneficio para todo el sistema económico, ya que cumplir las obligaciones significa incrementar la circulación de la riqueza, aumentar la producción de bienes y servicios, en una palabra, contribuir al desarrollo económico”⁶⁵. En últimas, porque “[l]a paz social y la convivencia ciudadana pacífica también tienen como presupuesto necesario la existencia de un amparo de justicia que garantice un mecanismo eficiente y efectivo en la solución de las controversias”⁶⁶.

Pero el amparo del proceso monitorio en Colombia se concreta, hasta ahora, a las obligaciones dinerarias y evita así que quienes fueran titulares de créditos con prestaciones de dar y hacer pudieran hacer efectivos sus derechos en el proceso monitorio, es decir, genera que algunas de estas deudas no contenidas en un título ejecutivo se vuelvan eventualmente obligaciones naturales, toda vez que acudir al proceso declarativo puede resultarles más oneroso que el derecho en discusión.

Por lo anterior, se pretende que el proceso monitorio se amplíe a las obligaciones crediticias de dar-entregar y hacer y proteja el derecho que tiene todo acreedor de que le sea satisfecho su derecho. Sin embargo, mientras se de la

⁶⁵ HINESTROSA. Op. cit. p.151.

⁶⁶ Gaceta 188 de 2012 – acta de comisión Senado, abril 10 de 2012.

reforma legislativa que se demanda, se le deberá permitir al acreedor pretender el cumplimiento de la obligación no dineraria por medio de subrogados pecuniarios cuando la obligación inicial esté en imposibilidad de cumplirse, así se actúa de acuerdo con lo estipulado en el Código General del Proceso en lo referente a la naturaleza dineraria de dicho proceso.

El fundamento de nuestra propuesta lo encontramos en lo expuesto por Fernando Hinestrosa cuando afirma que:

es comprensible que en determinadas circunstancias particulares, o en un ambiente y en una determinada tradición de derecho, sea preferible, individualmente o por el sistema, a conversión de la prestación *in natura* a una suma de dinero, y así el mecanismo procesal ha llegado a ser sencillo y ágil para que la satisfacción del deudor se logre en dinero (débito secundario, subrogado pecuniario) [...] el hecho de que el dinero sea el común denominador de todos los valores patrimoniales y de que sea cómodo remitirse a él para determinar el monto de prestación, no implica que allá haya de llegarse necesariamente en la hipótesis de incumplimiento; antes de adoptar esta postura sería indispensable considerar la posibilidad de la ejecución específica, el equilibrio de las partes, el interés del acreedor, el interés público. En últimas, la ejecución específica no ha de estar excluida sino cuando media una imposibilidad material, moral o jurídica, sea a causa de la naturaleza de la obligación, sea a causa de grandes dificultades materiales, sea a causa de una imposibilidad jurídica de ejecutarla⁶⁷.

En Colombia no es extraño el tema del subrogado pecuniario, en tanto que se aplica en los procesos ejecutivos por obligaciones de dar bienes distintos a dinero, así como por prestaciones de hacer. Tal institución, es visible en los artículos 491 a 495 y 499 a 504 del Código de Procedimiento Civil o los artículos 426 a 429 y 432 a 435 del Código General del Proceso, los cuales contemplan la posibilidad para el acreedor de evitar la terminación del proceso de ejecución en el evento en que se libre mandamiento ejecutivo por las prestaciones referidas y al demandado ejecutado le sea imposible cumplirlas. En otros términos, existe la tutela por el equivalente pecuniario, ya que el Estado no puede dejar de dar protección a quien tiene un derecho de crédito incumplido, lo que genera que su deber de protección esté dirigido a la tutela de los derechos que podían ser transformados en dinero⁶⁸.

⁶⁷ HINESTROSA. Op. cit., p. 271.

⁶⁸ OBANDO BLANCO, Víctor. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima: Palestra Editores, 2002.

Así lo ha dejado ver la judicatura cuando al interpretar el marco normativo en comento ha señalado que:

también aparece reglada la posibilidad a favor del acreedor, al momento de volverse imposible la obligación insatisfecha o perder para él todo interés, de optar por sustituir la prestación debida, o sea, este último puede dejar de lado la acreencia original y procurar en lugar de ella, la imposición de perjuicios como así se estipula en el artículo 1610 del Código Civil, al manifestar que: “Si la obligación es de hacer y deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor....: 3. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”. Regla jurídica que encuentra eco en el artículo 495 de la ley de procedimientos. Desde luego, ante esta última hipótesis, habrá de acreditarse tanto la obligación original como las condiciones que le habiliten escoger la vía sustitutiva, y es el accionante quien soporta la carga de adosar a la demanda aquellos mínimos requisitos y documentos que atestán el compromiso a cargo de la persona convocada a proceso en el extremo pasivo⁶⁹.

Empero, la pregunta que sigue, entonces, se centra en responder si nuestro ordenamiento jurídico permite aplicar el subrogado pecuniario en procesos declarativos, en tanto que el monitorio es considerado uno de ellos. Con ese propósito traemos a colación la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia aditada el 3 de noviembre de 1977, en la que esa Corporación se propuso determinar si la posibilidad de pretender el pago de perjuicios compensatorios (subrogado pecuniario) en los procesos ordinarios era viable en Colombia. Luego de analizar de manera panorámica las disposiciones consagradas en los artículos 1546, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 del Código Civil, así como el artículo 991 de las Ley 105 de 1931 (antiguo Código Judicial) y el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil (norma similar al artículo 428 del Código General del Proceso), esta concluyó que “[l]as disposiciones transcritas se refieren por igual a todas clases de obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, genéricas o específicas, de medio o de resultado. Y si son aplicables al proceso de ejecución, con tanto mayor fundamento lo son al ordinario, con cuya sentencia se persigue constituir un título ejecutivo”⁷⁰.

Por ese sendero, si el fundamento del legislador para permitir la subrogación pecuniaria en el proceso ejecutivo obedece a la imposibilidad de pagar la obligación *in natura* no dineraria y, de igual forma, el Estado debe permitir la

⁶⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2006. Exp. 2099. MP. Eluin Guillermo Abreo Triviño.

⁷⁰ Cfr. PINEDA RODRÍGUEZ, Alfonso y otro. El título Ejecutivo y los Procesos Ejecutivos. Octava Edición. Bogotá: Leyer, 2011. pp. 232-237 (pie de página 3).

satisfacción del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico ninguna razón constitucional ni legal que impida la subrogación pecuniaria directamente dentro de procesos declarativos, como ya se vio, por lo que no hay prohibición tampoco respecto de hacerlo en el proceso monitorio contemplado en el Código General del Proceso.

Así las cosas, si el artículo 419 del Código General del Proceso señala que procederá el proceso monitorio para “quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía”, puede afirmarse que cualquier ciudadano podrá buscar la constitución de un título ejecutivo a través de este proceso judicial aun cuando la obligación primigenia sea de aquellas distintas a las dinerarias, siempre y cuando se busque subrogarla por una dineraria.

Se sostiene lo anterior, en tanto el legislador es claro en establecer que “quien pretenda el pago de una obligación en dinero” podrá acudir al monitorio, por lo que el juez no podrá rechazar la demanda cuando la pretensión sea el pago de la obligación dineraria, aun cuando el fundamento fáctico deje ver la eventual existencia de una obligación distinta a la dineraria, pero el demandante haga uso del subrogado pecuniario por imposibilidad de su cumplimiento.

Naturalmente, la obligación a subrogar debe provenir de un negocio jurídico celebrado entre las partes en litigio, debe ser de mínima cuantía, exigible y de imposible cumplimiento. Pero, una vez superados dichos presupuestos, es procedente el proceso monitorio.

La obligación, aunque sea presentada como subrogado pecuniario, puede ser determinada, en tanto el juramento estimatorio contemplado en el artículo 206 del Código General del Proceso permitirá que el demandante estime en dinero el pago de la obligación que en principio era distinta a dinero. De ser objetado, será entonces el dictamen pericial el encargado de establecer la cuantía de la prestación.

En ese orden de ideas, el procedimiento establecido en el artículo 421 del Código General del Proceso es totalmente aplicable en este caso, ya que, de no existir oposición, el juez tendrá que declarar la constitución del título ejecutivo por dicha obligación dineraria solicitada en la demanda. Ahora, de generarse oposición, entre otros aspectos, podrá debatirse la imposibilidad de cumplimiento física o moral de la prestación primigenia, de suerte que, de acreditarse tal condición por el extremo activo de la relación procesal, también tendrá que terminar el proceso con sentencia que constituya el título ejecutivo, pero, de salir avante la oposición, se terminará el proceso para que sea entonces el proceso declarativo la única vía.

Aunque parezca un doble recorrido el que eventualmente el demandante deba adelantar (proceso monitorio y proceso declarativo), lo cierto es que nuestra propuesta será una solución en muchos casos, en tanto que, al partir de la buena fe y lealtad de las partes, se podrán constituir títulos ejecutivos, conforme a lo señalado hasta aquí, en todos aquellos casos de mínima cuantía en los que no sea posible honrar las obligaciones distintas a las dinerarias.

12. Conclusiones.

El proceso monitorio como una institución innovadora fue incorporado en la legislación jurídico procesal colombiana con el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, gracias al buen desarrollo y aplicación que este ha tenido en distintos países del mundo. Es por eso que el legislador lo instituyó para que fuese una herramienta más efectiva y eficaz para la satisfacción y protección de los derechos de los acreedores de obligaciones dinerarias, de aquí que determinó su límite de aplicación a obligaciones contractuales y que no superen la mínima cuantía.

La estructura del proceso monitorio lo caracteriza como un proceso célere que brinda la posibilidad de constituir títulos ejecutivos a quienes no lo poseen a través de un proceso simple y económico. Es aquí donde vemos los beneficios que este proceso ofrece para efectos de materialización de derechos a la sociedad colombiana, de tal suerte que nos cuestionamos sobre la desprotección evidente de aquellos acreedores de obligaciones de tipo no dinerarias que no se encuentran amparados por el ámbito de conocimiento del proceso monitorio.

Es de lo anterior que surge la primera pregunta de nuestra investigación realizada, la cual busca determinar si en Colombia se necesita un proceso monitorio que constituya títulos ejecutivos por obligaciones de dar-entregar y hacer, a lo que respondemos afirmativamente y soportamos nuestra respuesta en:

1. El análisis del Derecho comparado, en donde encontramos que en países como Alemania, Austria e Italia el proceso monitorio no solo es empleado para reclamar el pago de obligaciones dinerarias, sino también para entrega de cosa mueble determinada y entrega de cosa fungible. Ya en Latinoamérica encontramos que en Venezuela, Uruguay y el Salvador aplican un proceso monitorio abierto a otro tipo de obligaciones no dinerarias (dar, hacer o no hacer), de esa manera protegen a todos los acreedores en iguales condiciones.
2. En el estudio realizado a la Sentencia C-726 del año 2014, en la que la Corte Constitucional sostuvo que “el proceso monitorio solo conoce de obligaciones dinerarias, es decir, obligaciones de hacer o de dar-entregar”. De este estudio

finalmente advertimos, además de la incongruencia en los planteamientos, que estos se encuentran en el *obiter dicta* de la sentencia, de esta manera, quedan sin una respuesta definitiva nuestros cuestionamientos.

3. En el estudio de las gacetas del Congreso en la que se desarrollaron los debates acerca de la expedición del Código General del Proceso, de la cual advertimos que no se motivó la inclusión o no de obligaciones de dar-entregar o de hacer dentro del ámbito de aplicación del proceso monitorio.
4. En el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto es una base en la cual se edifica el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual reconoce a los ciudadanos la facultad de acceder a la justicia con garantías de igualdad para el reconocimiento, protección y restablecimiento de sus derechos, todo en observancia del debido proceso.
5. En el derecho a la tutela judicial del crédito, en tanto el cumplimiento de las obligaciones, de cualquier naturaleza, es un derecho que posee toda persona y debe propender por su materialización a través de acciones legales idóneas para asegurar la efectividad del crédito.

Pues bien, tras haber obtenido una respuesta afirmativa a la primera pregunta, nos preguntamos si la inclusión de obligaciones no dinerarias en el proceso monitorio implicaría una reforma o modificación en dicho proceso cuando se pretenda la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de dar-entregar o hacer. Dado el estudio realizado, advertimos que en efecto son necesarias dos reformas al procedimiento, en los siguientes términos:

1. Esta reforma hace referencia al término judicial adoptado para que el deudor pague la obligación, toda vez que el C.G.P. establece 10 días para efectuar el cumplimiento de la obligación. Evidenciamos, entonces, que pudiera llegar a resultar insuficiente este término, dada la naturaleza misma de las obligaciones de tipo no dinerarias, por lo cual acudimos a la discrecionalidad judicial, en observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para la fijación del plazo que el juez considere prudente, necesario y suficiente para la realización del pago de la obligación de dar-entregar o hacer.
2. Es necesaria una modificación en cuanto al contenido y la procedencia de la solicitud que se debe presentar para iniciar el proceso ejecutivo a continuación del proceso monitorio, en la medida en que esa solicitud pueda admitir pretensiones subsidiarias por el equivalente en dinero de la obligación de dar-entregar y hacer, de tal forma que pueda ser aceptada en la sentencia. Todo con el objeto de que la sentencia permita incluir pretensiones subsidiarias para efectivizar aún más el pago del título ejecutivo obtenido, ante la imposibilidad del deudor de cumplir la obligación principal.

Por último, nuestra investigación se propuso responder si, en efecto, a través del proceso monitorio actual se pueden constituir títulos ejecutivos dinerarios derivados de subrogados pecuniarios de obligaciones de dar-entregar o hacer. Al obtener un resultado positivo, pues, observamos que es posible y que se realizaría en cabal cumplimiento de la disposición normativa del artículo 419 de C.G.P., toda vez que dicho artículo exige que a través del proceso monitorio se debe pretender el pago de una obligación dineraria. En este entendido, el acreedor de obligaciones no dinerarias podrá acceder al proceso monitorio actual para que le sea constituido un título ejecutivo dinerario por el equivalente en dinero de su obligación original de dar-entregar o hacer.

Ideamos esto con el propósito de otorgar herramientas de aplicación directa y concreta, pues comprendemos que para la ampliación o implementación de la propuesta hecha en esta investigación se requiere, además de tiempo, un posicionamiento del proceso monitorio en Colombia. De esta forma, no esperamos que los derechos de crédito de los acreedores de obligaciones no dinerarias queden sin protección, *contrario sensu*, a través de esta alternativa del subrogado pecuniario de la obligación de dar-entregar o hacer pretendemos que todo acreedor de obligaciones de cualquier naturaleza acceda a la administración de justicia para que sus derechos sean declarados y de tal forma exigibles.

Cada propuesta planteada por esta investigación fue sometida, por medio de una encuesta, realizada a operadores judiciales, docentes universitarios y abogados litigantes especializados en el área de derecho procesal, a una detallada valoración con la intención de evidenciar su acogida y factibilidad de aplicación. Esta dio como resultado los siguientes porcentajes sobre cada uno de los interrogantes propuestos:

- De la primera pregunta planteada respecto a la necesidad de ampliar el proceso monitorio para acreedores de obligaciones de dar-entregar o hacer, obtuvimos una respuesta afirmativa del 84% en el muestreo general.
- Respecto de la segunda pregunta, nos encontramos con un 61% de aceptación, que demuestra la aquiescencia por parte de las personas encuestadas, en relación a la reforma planteada al término judicial establecido para el cumplimiento de la obligación. Por otro lado, tenemos un 80% de personas a favor de la reforma de la posibilidad de una pretensión subsidiaria de subrogado pecuniario para la ejecución de sentencias judiciales sobre obligaciones de dar-entregar o hacer.
- En cuanto a la tercera pregunta, evidenciamos un 88% de aprobación sobre la alternativa para los acreedores de obligaciones no dinerarias de que hagan cumplir su acreencia con el proceso monitorio actual a través de un subrogado pecuniario.

Finalmente, por medio de estos planteamientos celebramos la consagración del proceso monitorio en el Código General del Proceso, ya que como semilleros de investigación nuestra tarea es generar conocimiento aplicable a las problemáticas sociales, en las cuales el Derecho es un instrumento de solución en términos de justicia, por lo cual, la motivación que incentiva nuestras propuestas no es otra que aportar al crecimiento de una institución innovadora que brinda un sin número de beneficios a los ciudadanos.

Bibliografía

Doctrina

ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. t V, Bs, As., Ediar, 1962.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo A. Lecciones de derecho procesal, adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la Provincia de Buenos Aires. Editorial Astrea, 2015.

COLMENARES URIBE, Carlos. El Proceso de la Estructura Monitoria. Cúcuta: Litografía Nueva Granada, 2011.

CALAMANDREI, Piero. El Procedimiento Monitorio. Traducción por Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1946.

----- El procedimiento monitorio en América Latina, pasado, presente y futuro. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del derecho procesal civil. Serie clásicos del Derecho Procesal Civil. Volumen 3. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2002.

GÓMEZ OROZCO, José Alejandro. Introducción al Proceso Monitorio: Constitucionalización y Oralidad del Derecho Civil. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2014.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. Tomo I. Tercera edición. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

MARTÍNEZ, Oscar José. El procedimiento monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/692/30.pdf>> [Consultado en mayo 26 de 2014].

OBANDO BLANCO, Víctor. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima: Palestra Editores, 2002.

Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit. Roma, 1995. pp. 185 y ss., y 194 y ss.; ID Bogotá, 1997.

RENDETI, E., Derecho procesal civil. Tomo II, num. 188. Buenos Aires: 1957.

TARIGO, Enrique. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo IV. 2a edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1998.

Artículos de revista y memorias

CANOSA SUÁREZ, Ulises. El proceso monitorio. En: Código General del Proceso, ley 1564 de 2012 (julio 12), Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad comentado

con artículos explicativos de miembros del ICDP, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El proceso Monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2013.

----- Estructura monitoria y la hipoteca. En: XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2010.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M. Los principios del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2013.

DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. En: Revista Xuridica Galega. Recuperado de: <http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf> [Consultado en septiembre 1 de 2014].

ELIZADE, Jorge Luis. Régimen procesal del juicio sumario de entrega de la cosa. En: Revista de Técnica Forense. No 8, Instituto de Técnica Forense, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

LANDONI, Ángel. El Código General del Proceso a dieciséis años de su vigencia. En: Revista Judicatura, No 44, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Montevideo, mayo de 2006.

NICASTRO SEOANE, Gustavo. Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo. En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, 2014.

PICÓ I JUNOY, Joan. El Proceso Monitorio, una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. ed. n° 37. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, junio de 2011.

----- El Proceso Monitorio, una visión española y europea pensando en Colombia. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2012.

PONZ, Manuel Alberto. El proceso monitorio. En: Revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1978.

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El proceso Monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. En: XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Panamá, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2014.

Reunión Científica sobre pacto comisorio con la participación de integrantes de los institutos de Derecho Procesal y Derecho Civil. Versión corregida de las disertaciones realizadas en el Banco Hipotecario del Uruguay de Derecho Procesal. 1996. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Sentencia No 73 de 1993 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno. En: Revista Uruguaya de Derecho de Familia, No 11, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

SILVA ROMERO, Marcela. Procesos de única instancia. En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2014.

TARIGO, Enrique. Conveniencia de instituir otro monitorio: el de cancelación judicial de la hipoteca. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. No 3. 1999. Fundación Universitaria, Montevideo.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. La función constitucional de los principios del Código General del proceso. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2013.

VESCOVI, Enrique. Las modernas tendencias del proceso civil contemporáneo. En: Revista uruguaya de Derecho Procesal. No 2, 1998. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Legislación nacional

Ley 1564 de 2012. (Julio 12). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

COLOMBIA. Ley 57 de 1887. (Mayo 26). Código Civil.

Legislación internacional

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY. Ley 15.982. Promulgada el 18 de octubre de 1988.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE EL SALVADOR. Decreto No.: 712. Promulgada el 18 de septiembre de 2008.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España (LEC).

Ley 1/2000. Promulgada el 7 de enero de 2000.

Reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Tesis

BARAHONA MAGAÑA, Sonia Elizabeth. El proceso Monitorio en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de grado. Universidad del Salvador, El Salvador, 2010.

Jurisprudencia nacional

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-726/2014 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124/2011 del primero (01) de marzo del dos mil once. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-227/09 del treinta (30) de marzo de dos mil nueve. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2006. Exp. 2099. M.P.: Eluin Guillermo Abreo Triviño.

Documentos oficiales

Gaceta 379 de 2012- acta de plenaria Senado mayo 30 de 2012.

Gaceta 499 de 2011-acta de comisión Cámara, mayo 17 de 2011.

Gaceta 561 de 2012 – Acta de conciliación Senado, junio 12 de 2012.

Gaceta 995 de 2011 – acta de plenaria Cámara, octubre 18 de 2011.

Gaceta 541 de 2012 – acta de conciliación Cámara, junio 12 de 2012.

Gaceta 188 de 2012 – acta de comisión Senado, abril 10 de 2012.