

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

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

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

Directora de Semilleros: *María Patricia Balanta Medina*¹

Resumen

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

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

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

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

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

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

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

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

Abstract

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

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

Introducción

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

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

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

1. El proceso monitorio

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

1.1. Orígenes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 Estructura del proceso monitorio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3 Implementación y desarrollo del proceso monitorio en Europa y Latinoamérica

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

¹⁰ *Ibíd.*

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

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

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

¹² PÉREZ RAGONE, Álvaro J. op cit.

¹³ BONET NAVARRO, José. op cit.

¹⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. op cit.

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

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

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

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

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

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

¹⁷ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ BALBUENA TÉBAR, Rafael I. op. cit.

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

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

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

²³Requête: solicitud o pedimento.

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

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

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

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

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

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

²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. op. cit.

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

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

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

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

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

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *op. cit.*

³¹ *Ibíd.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Tendencias del proceso monitorio

2.1. Actualidad del proceso monitorio en Europa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷VERGENGO PELLEREO, Nancy. op cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰PICÓ I JUNOY, Joan.op. cit. 2 p.

⁵¹ PICÓ I JUNOY, Ib.

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

2.2. Actualidad del proceso monitorio en América Latina

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁵ *Ibíd.*

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

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

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

2.3. El proceso monitorio en el contexto cultural colombiano

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ MONROY PALACIOS, Juan José. op cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Referentes constitucionales del proceso monitorio en Colombia

3.1. Una mirada constitucional al proceso monitorio

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

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

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

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

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

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

⁶⁷ Constitución Política de 1991. Artículo 228.

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

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

⁷⁰Ibíd.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷³Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 83.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Fragilidades procesales del proceso monitorio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ COLMENARES URIBE, Carlos A. op. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁹COLMENARES URIBE, Carlos A. op. cit.

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

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

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

⁹⁰ PÉREZ RAGONE, Álvaro. Óp. Cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referencias bibliográficas

Doctrina:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Leyes:

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

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

Jurisprudencia colombiana:

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

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

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

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

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

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

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

Documentos:

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

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

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

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

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

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