

HACIA UN CANON HERMENÉUTICO DEL PROCESO MONITORIO¹

*Sofía Acuña Salazar², Santiago Cardona Neira³,
Ana María Cortés Tamayo⁴, Felipe Andrés Díaz Alarcón⁵,
Juan Sebastián Gaviria Garlatti⁶, Adriana Camila Gómez Bernal⁷,
María Margarita Vesga Benavides⁸*

Resumen

Este trabajo pretende sentar las bases hermenéuticas del proceso monitorio a través de la elaboración de un canon de interpretación creado desde de su finalidad teórica y sustancial. Para desarrollar el objetivo, este texto toma como punto de partida un

¹ Este artículo es inédito.

Recibido el 14 de diciembre de 2018 – Aprobado el 30 de mayo de 2019.

Para citar el artículo: MONTAÑA SANABRIA, Mike; RODRÍGUEZ, Christian; et ad. Ruptura de la prevalencia de la cosa juzgada de la JEP: un nuevo desafío cautelar para el proceso penal. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 7, Julio - Diciembre de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 38-62.

Este artículo fue la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho, nivel pregrado, que se llevó a cabo en el marco del XXXVI Congreso colombiano de Derecho Procesal, celebrado en Pereira en el mes de septiembre de 2015. Los estudiantes conformaron el grupo de semillero de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes en 2015, dirigido por el profesor Horacio Cruz Tejada y coordinado por Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda.

² Abogada *cum laude* de la Universidad de los Andes y especialista en derecho comercial de la misma universidad. Cuenta con experiencia en asuntos de insolvencia empresarial y asuntos contractuales de proyectos de infraestructura.

³ Abogado con opción en Gobierno y Políticas públicas de la Universidad de los Andes. Especialista en gestión pública e instituciones administrativas de la misma universidad. Cuenta con experiencia en litigios y estructuración de proyectos.

⁴ Abogada con opción en Emprendimiento de la Universidad de los Andes. Especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Tiene experiencia en litigios contenciosos administrativos y en mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

⁵ Abogado con opción en Historia y Economía de la Universidad de los Andes. Tiene un LL.M. Master of Laws in International Economic Law and Policy (IELPO) de la Universidad de Barcelona. Cuenta con experiencia en litigios como en mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

⁶ Abogado con opción en Filosofía de la Universidad de los Andes. Es candidato a un Master of Laws (LL.M.) de Columbia Law School en Nueva York. Cuenta con amplia experiencia en resolución de conflictos societarios.

⁷ Abogada con opción en Economía de la Universidad de los Andes y especialista en Derecho de la Empresa de la misma universidad. Tiene experiencia en el sector privado en asuntos gremiales y en el sector público en la resolución de controversias sobre competencia desleal y propiedad industrial.

⁸ Abogada de la Universidad de los Andes. Cuenta con experiencia en derecho internacional económico, comercio exterior y aduanas, en el sector público y privado.

método de derecho comparado y un estudio sociocultural para analizar los problemas que pueden presentarse con la implementación del proceso monitorio en Colombia: falta de unificación de criterios, generación de congestión judicial y dudas respecto de la finalidad del proceso monitorio. Para combatir estos problemas, se construirá el canon de interpretación a través de un análisis multidisciplinario sobre la finalidad de la institución estudiada. Por último, se plantean soluciones a los problemas, concluyendo con algunas reflexiones finales, como la creación de una entidad especializada para conocer de estos procesos.

Palabras clave: proceso monitorio, carga de la prueba, descongestión judicial, eficiencia procesal, tutela judicial efectiva.

Abstract

This paper seeks to establish the hermeneutic basis of the order for payment procedure, through the elaboration of a rule of interpretation created from its theoretical and substantial finality. In order to develop such an objective, this essay takes as starting point a method of comparative law and a sociocultural study, this text predicts hypothetical problems that can occur with the implementation of this kind of procedure in Colombia: lack of uniform criteria, judicial congestion and doubts about the object and purpose of this procedure. To address these problems, we will create a rule of interpretation through a multidisciplinary analysis of the finality of the studied institution. Finally, the essay establishes solutions of the problems, concluding with some final thoughts, such as the creation of a specialized entity that would acknowledge this kind of procedures.

Keywords: Order for payment procedure, burden of proof, relieve of judicial congestion, procedural efficiency, effective judicial protection.

1. Introducción

La materialización de la tutela judicial efectiva en el marco de un título ejecutivo, ha sido objeto de profundo análisis para encontrar la institución procesal idónea. El proceso monitorio se perfila como el medio más eficaz para alcanzar dicho objetivo. En Colombia, éste se introdujo con el Código General del Proceso (en adelante CGP) como una de las más grandes innovaciones, pese a que de antaño esta figura procesal ha existido en otros sistemas jurídicos.

En el presente artículo se realiza una aproximación conceptual desde la teoría clásica y el estudio de la doctrina extranjera, que nos llevó a plantear ciertos interrogantes de cara a la aplicación del proceso monitorio en Colombia. Buscando solucionar estos

cuestionamientos, se realizó un análisis sociocultural de la práctica jurídica en Colombia, que se nutrió de un trabajo de campo en 2015 en el que se entrevistó a distintos jueces. De lo anterior, se identificaron tres aspectos problemáticos en la aplicación de esta institución: (i) la disimilitud en el entendimiento de la teleología sustancial del proceso monitorio (ii) la falta de unificación de criterios de interpretación de la norma y, por último, (iii) la congestión que dicho proceso pueda generar en los despachos judiciales. Este trabajo se propone construir un canon de interpretación para solucionar los problemas subyacentes a la teleología del proceso monitorio sobre unificación de criterios y congestión judicial.

Para cumplir el citado objetivo, este escrito se presentará de forma lógico-deductiva, partiendo de los aspectos más generales de la institución, hasta llegar a las problemáticas en su aplicación. El trabajo se valdrá de tres partes. Primero, un estudio dogmático que abarque el marco teórico del proceso monitorio y se planteará el Método Estándar de Derecho Comparado (en adelante MEDC), basado en el estudio económico, social y teórico de otros países. Segundo, atendiendo a lo propuesto en el MEDC, se analizará el proceso monitorio en Colombia haciendo una aproximación crítica desde la normatividad, doctrina, jurisprudencia y el trabajo de campo. Se plantearán problemas que podrían presentarse en la aplicación del proceso monitorio. Tercero, se desarrollará un canon de interpretación basado en la finalidad de dicha figura, que permitirá dar una solución a los problemas planteados y se concluirá con algunas reflexiones que aportan a la comunidad jurídica un nuevo y propositivo eje de análisis.

2. Marco Teórico

El proceso monitorio como figura procesal tiene composición *sui generis* y existen debates doctrinales internacionales respecto a su naturaleza, su finalidad y su caracterización como *proceso*. Se estudiará la evolución del proceso monitorio, su desarrollo jurídico y sus elementos doctrinales y estructurales clásicos.

2.1. Contexto y definición del proceso monitorio

El proceso monitorio se remonta, según Nicastro Seoane, a la Baja Edad Media europea, en la que "(...) el desarrollo del comercio y la consiguiente expansión del crédito determinaron la necesidad de instrumentos procesales más ágiles que el ritual lento y complicado del *solemnis ordo iudicarius*"⁹.

⁹ NICASTRO, Gustavo. "Los otros procesos monitorios en el Código General del Proceso uruguayo". *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Universidad Libre, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014. p. 791.

La teoría clásica clarifica la finalidad práctica del proceso monitorio. Según Calamandrei, “(...) el derecho del ciudadano a obtener de los órganos del Estado la forma especial de tutela jurídica que constituye la ejecución forzada en su favor (acción ejecutiva), no nace sino para quien esté provisto anteriormente de una declaración de certeza (...)”¹⁰. Por ello, según esta teoría el proceso monitorio tiene como objetivo práctico constituir de manera expedita y célere un título ejecutivo que sirva de fundamento para su ejecución. El monitorio no tiene las mismas características que uno cognitivo, pues su celeridad implica reestructuración de etapas procesales¹¹. A diferencia de procesos de conocimiento, en un monitorio la contradicción se invierte, pues el juez emite orden de pago sin escuchar a la parte requerida y es potestativo oponerse a la providencia¹².

La doctrina ha debatido si la naturaleza jurídica es de carácter ejecutivo, declarativo, intermedio o declarativo especial plenario. El debate comienza con Chiovenda, que lo clasifica como ejecutivo¹³, y otros doctrinantes como López Sánchez consideran que permite la rápida creación del *titulus executionis* del que carece el acreedor¹⁴. Lorca Navarrete lo cataloga en un declarativo común¹⁵, mientras Carnelutti lo considera intermedio entre conocimiento y ejecución¹⁶. Finalmente, un sector de la doctrina lo entiende como declarativo especial plenario, al que nos acogemos. Picó i Junoy afirma que es declarativo porque su objetivo es la obtención de un título y no su ejecución; plenario porque la resolución que le pone fin produce efectos de cosa juzgada; y especial pues sirve para la tutela del crédito dinerario¹⁷.

En palabras de Correa Delcasso, “la originalidad de su estructura lo convierte en especial frente al proceso ordinario de cognición”¹⁸. En efecto, el proceso monitorio es aquel que “(...) tiende mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley”¹⁹.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*, Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América EJE.A.1953. p.19.

¹¹ *Ibid.* p. 24.

¹² En este orden, “(...) el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse al demandado CHIOVENDA, Giuseppe, *Processo monitorio o ingiunzionale*, in *Principi di Diritto Processuale Civile*. Napoli. 1913. p. 242.

¹³ NICASTRO. *Op. cit.* p. 794.

¹⁴ LÓPEZ, Javier. *El proceso monitorio*. Madrid: Colección Ley de Enjuiciamiento civil 2000. La Ley. 2000. p. 20.

¹⁵ LORCA, Antonio María. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo IV. Valladolid. Lex Nova. 2000. p. 132. “...la técnica monitoria no es de justificación especial sino común justificada en la existencia de una deuda monitoria a la que cualifica su carácter común, en ningún caso especial”.

¹⁶ NICASTRO. *Op. cit.* p. 794.

¹⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. “El proceso monitorio: una visión española y europea pensando en Colombia”. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Universidad Libre, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2012. p. 1024.

¹⁸ CORREA. *El proceso monitorio*. *Op. cit.* p. 211.

¹⁹ *Ibid.* p. 211.

De ahí que este proceso cuente con dos elementos fundamentales, la inversión de la iniciativa del contradictorio y la creación expedita del título ejecutivo.

2.2. Características del proceso monitorio

Primero, el proceso monitorio es de *naturaleza y estructura especial*, pues la concepción clásica del proceso como escenario neutro de defensa de los intereses legítimos pasa a ser una herramienta de protección de los derechos del acreedor, poniendo al deudor en una postura de pagar u oponerse²⁰. De ahí el cuestionamiento de que el monitorio sea en efecto un proceso²¹. Segundo, es *voluntario*, ya que si la persona tramita un declarativo con la virtualidad de ser aceptado como monitorio, el juez no podría convertirlo en monitorio ni rechazar o inadmitir la demanda, pues es voluntad del demandante²². Tercero, no habiendo oposición del deudor, procede la respectiva autoridad a proferir una providencia de orden de pago que tiene efectos de *cosa juzgada*²³. Por último, tiene una *aspiración de celeridad en la creación del título ejecutivo*, que se logra mediante la *inversión del contradictorio*²⁴, como se explicó en el acápite anterior.

2.3. Tipologías del procedimiento monitorio

Monitorio puro. Según Martínez Jiménez, este es puro cuando “*el requerimiento de pago se basa en la simple manifestación del acreedor*”²⁵. Así, no hay necesidad de prueba para adelantar las actuaciones procesales, tanto para la parte activa como pasiva. Este modelo nace de modelo austriaco (*Mahnverfahren*) basado en la petición oral o escrita de quien pretende del deudor el pago de una obligación crediticia de mínimo valor. Este fue acogido por la legislación alemana, sin límite a la cuantía de la acreencia. Allí se conservó el elemento base de esta categoría, la ausencia de principio de prueba para justificar la petición inicial y que la oposición deja sin efectos el mandamiento de pago.²⁶

Monitorio documental. Propio de la doctrina italiana, como expone Calamandrei, establece un principio de prueba que debe ser acompañado con la petición monitoria, así como con el acto de oposición del deudor a la orden de pago²⁷. Si el deudor se

²⁰ MARTÍNEZ, Carlos Manuel. *Teoría práctica del Proceso Monitorio, comentarios y formularios*. 2da Ed. Pamplona. Editorial Arazandi SA. 2013. p. 42.

²¹ *Ibid.* p. 50.

²² *Ibid.* pp. 42 -43.

²³ *Ibid.* p. 43.

²⁴ NICASTRO. *Op. cit.* p. 796.

²⁵ MARTÍNEZ. *Op. cit.* p. 37.

²⁶ CALAMANDREI. *Op. cit.* pp. 30 - 31.

²⁷ CALAMANDREI. *Op. cit.* p. 34.

opone, se inicia un trámite para determinar si la orden de pago debe tener efectos o no²⁸.

Estas categorías no deben entenderse de manera rígida. Autores como Martínez Jiménez, ampliando postulados de Gómez Colomer, proponen una tipología mixta del proceso monitorio²⁹. Al respecto, *“Algunos autores han expresado la opinión de que nuestra LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil Española) de 2000 ha apostado por una modalidad que participa, en determinada medida, de las notas que caracterizan a los dos conceptos anteriores [puro y documental]”*³⁰. La naturaleza mixta del proceso español exige prueba a la parte actora. Sin embargo, no pasa lo mismo frente al deudor en el caso de la oposición. En efecto, la simple oposición termina el proceso monitorio y da paso al de conocimiento. Así entonces, el proceso español acoge elementos de la tipología pura y documental.

3. Método Estándar de Derecho Comparado (MEDC)

El proceso monitorio existe desde hace varios años y llegó a este país fruto de un trasplante principalmente de la norma española³¹. Por medio del MEDC³², se pretende hacer un barrido de los países con dicha figura o su equivalente funcional, para analizar los problemas que pueden surgir al aplicarlo en Colombia. Como consecuencia, se abordará la solución del problema más general y abstracto, para que a partir de ella, se estructure un canon de interpretación.

El MEDC agrupa varias metodologías del estudio del derecho comparado para lograr un estudio integral y multidisciplinario que encuentre soluciones eficaces para los problemas de un país. Está en construcción constante y es maleable a la institución o figura que se estudia. Para ello, se realizará a continuación un breve recuento de las distintas escuelas que conforman el método.

Los “novecentistas”, desarrollada principalmente por Adam Lambert³³, considera que el estudio del derecho comparado sirve como un medio de fecundación de doctrinas y de jurisprudencias internas, y como un instrumento de acercamiento continuo entre

²⁸ MARTÍNEZ. *Op. cit.* p. 37.

²⁹ *Ibid.* p. 38.

³⁰ *Ibid.* p. 38.

³¹ COLMENARES, Carlos. “El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012”. *Procedimiento monitorio como herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil en Colombia*. Universidad Libre Seccional Cúcuta. [En línea] Consultado el: 19, junio, 2015. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>

³² Nombre otorgado por el profesor Diego Eduardo López Medina, en el actual estudio que desarrolla sobre el método.

³³ LÓPEZ MEDINA, Diego. “El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”. *26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 117-159 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

legislaciones y derechos parientes³⁴. Según esta escuela, los países se seleccionan de acuerdo con la familia jurídica³⁵. Por tal razón, esta investigación estudia países como España, Italia y Alemania, sumados a latinoamericanos como Argentina y Uruguay. Después, se clasifican por categorías las soluciones encontradas de acuerdo a su tendencia³⁶.

En segundo lugar, la teoría contextualista encabezada por René David busca que el derecho comparado compare las legislaciones estáticas y el "derecho vivo"³⁷. Por ello, los estudios desde el derecho comparado deben tener en cuenta (i) las normas positivas de los otros países; (ii) la jurisprudencia y la doctrina, ya que son herramientas que muestran la verdadera aplicación de la legislación y los cambios y el desarrollo del derecho en cada ordenamiento³⁸, y (iii) el contexto jurídico, social, económico y cultural del país de donde proviene y en el que se va a introducir la norma, pues el éxito o fracaso del trasplante depende de ello³⁹.

En tercer lugar, la escuela funcionalista, liderada por Konrad Zweigert y Hein Kötz, busca comparar las instituciones con aquellas de otros ordenamientos que cumplan la misma función⁴⁰. Se utilizan ordenamientos jurídicos que empleen otras figuras que si bien pueden tener características diferentes cumplen la misma función, lo que se denomina *el equivalente funcional*. Para ello, se hace uso de una pregunta en términos funcionalistas *¿Qué mecanismos existen para que una persona pueda reclamar el pago de un compromiso del cual no tiene un documento que le dé certeza?* Por esto, se estudiaron países como Italia, con su *procedimento di ingiunzione*, Inglaterra, donde el equivalente funcional es el *Money Claim*, y Alemania, con el *Mahnverfahren*. Al igual que los novecentistas, los funcionalistas clasifican las soluciones agrupándolas bajo categorías similares. Posterior a ello, debe realizarse un análisis crítico para observar cuál es la que más se acomoda al ordenamiento propio, o incluso diseñarse una solución distinta mezclando elementos de diferentes ordenamientos⁴¹.

El objetivo de utilizar el MEDC junto con trabajo de campo, es identificar problemas que podrían presentarse en Colombia en el uso del proceso monitorio. Además, el estudio

³⁴ LAMBERT, Adam. *Concepción general, definición, método e historia del derecho comparado*. En: Congreso Internacional de Derecho Comparado (1: 1 – 4, agosto: París, Francia). Extractos de las Actas del Congreso Internacional de Derecho Comparado. Actas de las sesiones y documentos. Vol. I, París: LGDJ. 1905.

³⁵ *Ibid.* p. 19.

³⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego. *Op. cit.* p. 26.

³⁷ DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1953. p. 138.

³⁸ LÓPEZ, Diego. *Op. cit.* p. 24.

³⁹ VAN HOECKE, Mark. "Family law transfers from Europe to Africa: lessons for the methodology of comparative legal research". *Law and development and the global discourses of legal transfers*. Estados Unidos. Cambridge University Press. 2012 p. 298.

⁴⁰ KÖTZ, Hein y Zweigert, Konrad. *Introduction to comparative law*. 2a Ed. Oxford: Clarendon Press. 1992. p. 31.

⁴¹ *Ibid.* p. 46.

de los equivalentes funcionales, mostrará las soluciones más adecuadas para el contexto colombiano, usando la teleología del proceso monitorio que como medio de interpretación para materializar su objetivo teórico.

4. Análisis jurídico del Proceso Monitorio en Colombia

El CGP en sus arts. 419 a 421 reglamenta lo relativo al proceso monitorio, ampliando la gama de procesos declarativos especiales. Sin embargo, esto va en contravía de la tendencia de disminución del número y tipos de procesos, así como de la sistematización de la normatividad procesal.

Autores como Colmenares Uribe destacan ya existían de antaño procesos de estructura monitoria en Colombia como el de restitución de inmueble arrendado⁴², pero con el CGP el proceso monitorio fue regulado como un proceso independiente, con autonomía conceptual y sus disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional: *"el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, está facultado para establecer modelos de procedimiento que prescindan de recursos, etapas, trámites o instancias, siempre y cuando obedezcan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"*⁴³.

Sumado a lo anterior, la Corte concluyó que la medida prevista por el legislador persigue un fin constitucionalmente legítimo, a saber *"dotar de celeridad las actuaciones judiciales de naturaleza dineraria de mínima cuantía"*⁴⁴. Así, la Corte Constitucional avaló la exclusión de la doble instancia ya que el demandado *"puede defenderse en igualdad de condiciones durante toda la actuación, al punto de que si presenta oposición cambia la naturaleza del proceso a uno verbal sumario"*⁴⁵, y en caso de que no se oponga, sigue la suerte del ejecutivo, en el que tendrá la oportunidad de interponer excepciones o recursos habilitados por la ley.

En Colombia el proceso monitorio es mixto, pues no se le exige al peticionario prueba de la acreencia reclamada, pero sí le impone esta carga al demandado en el evento en que se oponga al requerimiento de pago (art. 421 CGP). A través de la figura estudiada, se pretende el pago de una obligación dineraria. Al respecto, es menester cuestionarse si se puede extender a prestaciones de hacer o no hacer, que puedan ser tasadas monetariamente.

⁴² COLMENARES, Carlos. *El proceso de la estructura monitoria*. Cúcuta. Universidad Libre, Seccional Cúcuta. 2011. p.12.

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-726 de 2014. 24 de septiembre de 2014. M.P: Martha Victoria Sáchica Sánchez. Expediente D-10115.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

Sobre este punto, la Corte Constitucional entiende por obligación dineraria aquélla que implica *"la entrega material de un bien o una obligación de hacer o de no hacer"*⁴⁶. Por esto, es plausible extender la interpretación de obligación pecuniaria a obligaciones no solo de dar una cifra de dinero, sino también de hacer o no hacer. Además, la petición monitoria versa sobre una obligación contractual y se excluye la responsabilidad civil extracontractual. Así mismo, debe tratarse de una deuda determinada, pues debe tenerse certeza del monto de la obligación.

Adicionalmente, debe tratarse de una obligación pura y simple, o de ser una obligación sometida a un plazo o condición, que sea una deuda vencida. La obligación debe tratarse de aquéllas de mínima cuantía⁴⁷. Además, no requiere derecho de postulación y el juez competente es el municipal o el de pequeñas causas y competencias múltiples. Sumado a lo anterior, proceden las medidas cautelares de los procesos declarativos y no se admite intervención de terceros, emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador *ad litem*.

4.1. Estudio sociocultural de la práctica jurídica colombiana

Sobre lo anterior, surgieron interrogantes frente a la aplicación del proceso monitorio. Por ello, en 2015 se realizó un trabajo de campo para identificar problemas a través de una encuesta semi-estructurada, con preguntas referentes a: la finalidad del proceso monitorio, la forma de notificación, la conciliación como requisito de procedibilidad y la congestión judicial. Los resultados del estudio permitieron evidenciar la disimilitud en el entendimiento del proceso monitorio en Colombia.

El trabajo de campo se realizó con una muestra de veinte jueces civiles de pequeñas causas y competencia múltiple, municipal y del circuito, de la ciudad de Bogotá, seleccionados al azar. En los resultados se encontró que existe multiplicidad de posiciones respecto a los presupuestos procesales de la figura estudiada. *A fortiori*, se evidenciaron preocupaciones respecto de la finalidad del proceso monitorio y de la congestión que éste puede generar.

5. Hipótesis predictiva de problemáticas

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ La pretensión patrimonial no debe exceder de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. Arts. 419 y 25.

La regulación en el CGP, el trasplante jurídico⁴⁸ del ordenamiento español al nacional⁴⁹, el uso del MEDC⁵⁰ en los distintos ordenamientos, y el estudio sociocultural, nos llevó a identificar los problemas que pueden entorpecer la aplicación y eficacia del proceso monitorio en Colombia.

5.1. Falta de unificación de criterios generales

De las encuestas realizadas a los jueces se diagnosticó que no existe una interpretación normativa unificada⁵¹. El autor Martínez Jiménez explica que en España *"una de las enseñanzas que la experiencia nos ha dejado es la existencia de discordancia de criterios en cuanto a la determinación de soluciones para problemas de la aplicación práctica de la normatividad"*⁵². En nuestro ordenamiento es factible que este problema se presente, pues al ser procesos de mínima cuantía, no hay lugar a interponer recurso de apelación o casación.

En el estudio sociocultural se encontró disimilitud sobre los siguientes criterios: ¿qué tipo de obligación puede ser objeto de un proceso monitorio?, ¿puede exigirse el cumplimiento de una obligación *in natura*?, ¿es factible que la obligación en dinero del art. 419 CGP permita la valoración de mercancías?, ¿es obligatoria la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad?, ¿exigir dicho requisito desnaturaliza el proceso monitorio?, ¿procede la notificación por aviso como extensión o subsidio de la notificación personal?, ¿cómo se debe interpretar el art. 421 CGP sobre el fundamento de la oposición?, ¿qué ocurre con la carga de la prueba al oponerse con una negación indefinida?⁵³

5.2. Congestión de los despachos judiciales

La preocupación se da por la introducción de un nuevo proceso declarativo. La experiencia española demuestra la congestión que el monitorio genera en los despachos, lo cual ha llevado a reformar disposiciones de la LEC para trasladar funciones a los secretarios judiciales. Aunado a esto, actualmente en Colombia los jueces municipales son quienes tienen más carga de procesos y a ellos se les ha otorgado la competencia

⁴⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá. Siglo del Hombre editores. Universidad de los Andes. 2009.

⁴⁹ COLMENARES, Carlos. *El proceso de la estructura monitoria*. Op. Cit.

⁵⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego. LÓPEZ MEDINA, Diego. "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina". Op. cit.

⁵¹ Las encuestas realizadas a los jueces arrojaron dicotomías como: si debe exigirse la conciliación como requisito de procedibilidad, qué tipo de obligación puede servir en el proceso monitorio.

⁵² MARTÍNEZ. Op. cit. p. 26.

⁵³ MILLÁN, Juan José. "Sobre la necesidad de motivar la oposición al requerimiento de pago en el proceso monitorio de la nueva LEC". *Economist & Jurist*. Vol. 9 Núm. 48. Madrid. Dialnet. 2001.

para dar trámite a esta institución. Por ello, el monitorio no resulta ser una herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil.

5.3. Disimilitud en la finalidad del proceso monitorio

La preocupación reiterada de los jueces fue la dificultad en entender la finalidad del proceso monitorio. Para algunos, este proceso tiene como fin práctico constituir un título ejecutivo, y para otros, su función radica en un aspecto teórico de garantizar la tutela judicial del crédito. La disparidad encontrada complejiza la interpretación de la norma bajo un canon que guíe a los jueces.

6. Propuesta y construcción del canon de interpretación

Este acápite propone un canon de interpretación sobre la teleología del proceso monitorio como aporte a la comunidad jurídica, específicamente a los jueces, para la resolución de casos difíciles. El problema jurídico a resolver es: cuál es la finalidad sustancial del proceso monitorio desde una perspectiva interdisciplinaria, que vea al proceso de manera dinámica e instrumental.

6.1. Teorías de la finalidad

El debate sobre la finalidad del proceso monitorio ha sido constante en la doctrina comparada, en la nacional, y en la consagración normativa de diferentes países. En este sentido, se clasificarán las teorías encontradas en dos tipos. Las primeras serán las que encasillamos en un resultado práctico con incidencia netamente procedimental; y las segundas, son aquellas que presentan una visión integral y orgánica de la teleología de la institución estudiada.

6.1.1. Teorías prácticas

Autores como Correa Delcasso afirman que *"la ratio de ser de esta disposición normativa responde a la propia finalidad del proceso monitorio, cual es la de tender a la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos supuestos en los cuales pueda razonablemente presumirse que el deudor no va a formular oposición contra el mandato o requerimiento de pago dictado en su contra"*⁵⁴.

A esta opinión se suman otros doctrinantes como Picó i Junoy que afirman que el proceso monitorio cumple con una triple finalidad. Dentro de ellas está *"crear con rapidez títulos ejecutivos pues la incomparecencia del deudor genera automáticamente la obtención de*

⁵⁴ CORREA, Juan Pablo. *El proceso monitorio europeo*. Madrid. Marcial Pons. 2008. p. 36.

*un decreto que permite abrir la ejecución judicial*⁵⁵. Por su parte, la doctrina nacional también ha acuñado esta visión. Colmenares Uribe⁵⁶ afirma que *"la finalidad del proceso es la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo y la consecuente ejecución"*⁵⁷. Como se lee de lo expuesto, la finalidad del proceso es la obtención del título ejecutivo.

En segundo lugar, existen otros postulados que consideran que el proceso monitorio genera beneficios a la administración de justicia como medida de descongestión. El mismo Joan Picó, en su exposición tripartita de la teleología, indicó como finalidad de este proceso la de *"reducir el número de juicios ordinarios, de estructura más compleja, por lo que, indirectamente, también se logra incrementar la rapidez en la tramitación de tales juicios ordinarios"*⁵⁸. Otros doctrinantes, analizando la Comunidad Europea, indican que la finalidad del proceso es *"la simplificación y aceleración de litigios transfronterizos de escasa cuantía"*⁵⁹. Esta visión no ha sido ajena en Latinoamérica, Nicastro Seoane, sostiene que la aplicación del proceso monitorio en Uruguay responde al objetivo de acelerar los procedimientos⁶⁰.

Una tercera teoría práctica considera que la finalidad del proceso monitorio es el pago de los créditos. Martínez Jiménez afirma que busca *"una rápida solución para el pago de deudas"*⁶¹. En igual sentido, la jurisprudencia española señala que *"debe tenerse en cuenta que el procedimiento monitorio constituye un procedimiento de solución rápida de impagos"*⁶². En Colombia, Ramos Vanegas acuña esta visión e indica que la finalidad *"será la de obtener el pago en materia dineraria, la cual está vencida, siendo exigible la obligación"*⁶³.

Tras haber expuesto las anteriores teorías sobre la finalidad del proceso monitorio, se pueden proponer varias conclusiones y comentarios. Si se define la finalidad del proceso monitorio ceñido a los efectos procedimentales de su aplicación, se desnaturaliza su esencia, reduciéndolo a su mínima expresión. En palabras de Longo *"el procedimiento es absolutamente instrumental y nunca un fin en sí mismo, si el procedimiento se hace fin, se premia el procedimentalismo"*⁶⁴. En este sentido, no puede ser olvidado que toda

⁵⁵ PICÓ I JUNOY. *Op. cit.* p. 4.

⁵⁶ Véase, también a RAMOS, Camilo. *El proceso monitorio*. Bogotá. Universidad Incca de Colombia. 2013. p. 4. "lo que se busca es que se haga la rápida creación de un título ejecutivo".

⁵⁷ COLMENARES. "El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012". *Op. cit.*

⁵⁸ PICÓ I JUNOY. *Op. cit.* p. 5.

⁵⁹ CORREA. *El proceso monitorio europeo*. *Op. cit.* p. 14.

⁶⁰ NICASTRO. *Op. cit.* p. 791.

⁶¹ MARTÍNEZ. *Op. cit.* p. 359.

⁶² ESPAÑA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN. Sección 2a. Auto del 15 de junio de 2002.

⁶³ RAMOS, Camilo. *El proceso monitorio*. Bogotá. Universidad Incca de Colombia. 2013. p. 7.

⁶⁴ LONGO, Paolo. BADELL, Rafael. ARAUJO, José. et al. "La tutela constitucional de los intereses supra individuales". *Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2007. p. 135.

consecuencia procesal va atada a principios generales, que tienen un contenido sustancial.

6.1.2. Teorías dogmáticas

Proponen una visión sistemática y armónica, no sólo del derecho sino de la sociedad en sí misma. Se puede citar como ejemplo el proceso monitorio europeo⁶⁵ cuya finalidad es económica, pues por las características propias de la Unión Europea, los países miembros buscan un correcto funcionamiento del mercado interno, mediante el cobro rápido y eficiente de créditos pendientes. Aunado al hecho de que la morosidad, como principal causa de la insolvencia de empresas, genera problemas de sostenimiento empresarial, pues acarrea la pérdida de numerosos puestos de trabajo reduciendo el bienestar social⁶⁶.

Otra visión integral es aquella que plantea como finalidad la tutela judicial del crédito. Picó indica que una de las finalidades del proceso monitorio es *"potenciar la efectividad de la tutela del crédito de pequeños y medianos empresarios"*⁶⁷. Es decir, la oportunidad que tienen las personas para reclamar ante las autoridades judiciales una protección al cumplimiento de sus obligaciones⁶⁸. Nótese que cuando se integra al análisis de la tutela judicial efectiva, se concentra el esfuerzo dogmático entorno a planteamientos de antropocentrismo jurídico y no a un resultado en términos procedimentales.

El legislador colombiano y la Corte Constitucional han buscado dotar al proceso monitorio de esa identidad teleológica necesaria para su interpretación. Véase la exposición de motivos del CGP, donde se hablaba de *"garantizar una verdadera tutela efectiva de los derechos"*⁶⁹. Por este mismo camino, la Corte Constitucional en la Sentencia C-726 de 2014 considera que la institución monitoria *"propende por la eficacia de los procedimientos judiciales para hacer efectivos los derechos reconocidos en la ley sustancial, conforme lo ordena uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, como lo es la tutela judicial efectiva"*.

⁶⁵ El Reglamento No. 1896 de 2006 de la Comunidad Europea dispuso que el proceso monitorio tiene por objeto "a) simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados (...) y, b) Permitir la libre circulación de requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de normas mínimas cuya observancia haga innecesario un proceso intermedio (...)"(art. 1).

⁶⁶ COMUNIDAD EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento, No. 1896 de 2006. 12 de diciembre de 2006.

⁶⁷ PICÓ I JUNOY. *Op. cit.* p. 5.

⁶⁸ CORREA. *El proceso monitorio europeo. Op. cit.* p. 15.

⁶⁹ INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, Exposición de motivos del proyecto de código general del proceso. [En línea] Consultado el: 20, marzo, 2015. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>

Sin embargo, vale la pena resaltar que la tutela judicial efectiva, en el marco del proceso monitorio, pese a que aporta a la discusión dogmática, resulta insuficiente para su entendimiento. Esto pues, no basta elevar el canon teleológico al concepto de tutela judicial efectiva, pues se requiere un análisis desde los aspectos económicos, sociales y teóricos que le dan identidad a la misma institución. Además, el concepto de tutela judicial efectiva no ha sido sistematizado desde una mirada de antropocentrismo jurídico, que evite pensar al proceso como un fin en sí mismo. Así entonces, en el siguiente acápite se estructurará el canon de interpretación del proceso monitorio a partir de un análisis interdisciplinario.

6.2. Análisis macroeconómico

La introducción del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico nacional afecta indudablemente distintas variables de índole macroeconómica. Macroeconómicamente, el procedimiento monitorio implica varios cambios que fomentan el gasto de los hogares. Por un lado, al existir certeza de la constitución de títulos ejecutivos de una forma más simple y eficaz, hay evidencia empírica de que se elevará el número de créditos en la economía⁷⁰, lo que implica un aumento en el consumo por parte de los hogares. El efecto que puede producir el aumento del consumo en la economía colombiana y *"el indudable crecimiento de la deuda de las familias debe ser motivo de análisis y seguimiento por parte de las autoridades económicas. Un alto nivel de endeudamiento supone un mayor nivel de riesgo para las familias y puede tener consecuencias importantes sobre la economía y el sistema financiero de nuestro país"*⁷¹.

Se evidencia una dicotomía entre los ámbitos jurídicos y económicos. Por un lado, se debe propugnar por la tutela judicial efectiva del crédito, y por el otro, se debe ser cuidadoso con las herramientas de endeudamiento de los hogares. La prontitud en el cobro judicial de los créditos incumplidos puede conllevar una afectación de los patrimonios familiares frente a las garantías de las instituciones financieras y, como lo

⁷⁰ Es evidente como en España el Endeudamiento de privados ha aumentado de forma reiterada (según la Banca Central en España para el 2004 la deuda de los hogares se encontraba en 400 miles de millones de euros, mientras que en el 2009 había alcanzado los 900 miles de millones de euros) y si bien resulta inocente atribuir este efecto a la introducción de la legislación monitoria, es indudable que la certeza que genera un derecho crediticio al acreedor permite aumentar la capacidad de préstamo de los mismos. De esta forma lo ha entendido la academia económica española: GENTO MARHUENDA, Pedro. "La evolución del endeudamiento de los hogares españoles". *Revista Austriana de economía*. Madrid. Universidad Castilla de la Mancha. No. 36. 2006. Estadísticas disponibles en: <http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/indeco.html>

⁷¹ GENTO MARHUENDA, Pedro. "La evolución del endeudamiento de los hogares españoles". *Revista Austriana de economía*. Madrid. Universidad Castilla de la Mancha. No. 36. 2006.

sostiene Eladio Febrero, “cuando la capacidad de arrastre de las familias se debilita, la prosperidad se evapora”⁷².

6.2.1. Análisis económico específico de la norma jurídica

Colombia trasplantó el proceso monitorio de la legislación española por su eficiencia, por lo que debe estudiarse el efecto de su inclusión en el ordenamiento jurídico. Uno de los posibles efectos, es que dicha institución *compita* con otras ya existentes⁷³, como el interrogatorio de parte como prueba anticipada. Así, las instituciones competirán y los usuarios elegirán la más eficiente. Esta competencia hará que se imponga la más práctica⁷⁴. En esta competencia radica la importancia de este trabajo, pues los usuarios tendrán en cuenta aspectos como la seguridad jurídica, la unidad de criterios y la eficacia en su resolución.

En conclusión, el canon interpretativo, visto desde el análisis económico del derecho, consiste en la eficiencia en el cobro del crédito. Si existen mecanismos eficientes, se facilita el acceso al crédito de los consumidores financieros por la reducción del riesgo que ello implica, lo que resulta en un probable aumento en el PIB del país. Es así como el procedimiento monitorio se convierte en una forma de impulsar el consumo de los hogares al aumentar la capacidad y facilidad del crédito, pues alivia la documentación relativa a las obligaciones dinerarias.

6.3. Análisis Sociológico

Desde esta visión, debe evitarse que se otorguen ventajas injustificadas a las partes. Para Bourdieu, el estudio de toda sociedad debe fragmentarse en espacios sociales⁷⁵, teniendo en cuenta los agentes que participan y el rol que cumplen. En Colombia, los agentes del sistema judicial son el juez, los litigantes frecuentes y los litigantes ocasionales. La interacción de estos agentes lleva a preguntarse sobre la igualdad de condiciones en que acuden al sistema judicial.

⁷² FEBRERO, Eladio y DEJUÁN, Oscar. *Endeudamiento familiar y crecimiento económico: Un patrón de crecimiento insostenible*. Madrid. Universidad Castilla de la Mancha. 2009. p. 98.

⁷³ “...la eficiencia de determinadas normas jurídicas será estimada por comparación con otras normas jurídicas y de ello resultará que las más eficientes serán preferidas para ser trasplantadas, importadas.”. Competencia entre leyes. [En línea] Consultado el 23, noviembre, 2018. Disponible en: <https://docplayer.es/85343-Competencia-entre-leyes-ximena-benavides-las-normas-juridicas-en-cuanto-que-partes-de-una-estructura-social-se-adaptan-a-los.html>

⁷⁴ POSNER, Richard. “Creating a Legal Framework for Economic Development”. *World Bank Research Observer*. Vol. 13. No. 1. 1998. World Bank Group. p. 9.

⁷⁵ Espacio Social entendido “como un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se definen la unas a las otras” en BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2ª Ed. Madrid. Editorial Esclee de Brower. 2000. p. 245.

En Colombia los procesos judiciales no garantizan una igualdad real pues, como sostiene Sousa Santos, *"los litigantes frecuentes tienen más recursos (conocimiento, dinero, asesoría, supervisión, etc.) para asegurar el cumplimiento de las reglas y decisiones judiciales que les son favorables. Esto hace que los litigantes frecuentes tengan más ventajas. (...) Los litigantes ocasionales tienden, entre tanto, a pertenecer a los sectores con poder, recursos y estatus mediano y bajo"*⁷⁶. La necesidad de evitar la entrega de ventajas injustificadas surge del concepto de igualdad. Para Swift, la igualdad *"es alcanzada mediante la desagregación de componentes ventajosos que de otra manera estarían unidos"*⁷⁷. El proceso monitorio debe evitar que se otorguen ventajas injustificadas, para lograr un proceso equilibrado entre el deudor y acreedor.

6.4. Análisis Filosófico

Recurriremos a la escolástica, que consideramos encuentra a la persona y sus relaciones como el fundamento básico del Derecho. Decía el filósofo Aquinate en la *Summa Theologica* que *"ordo non est subsantia, sed relatio"*. El Derecho, u 'orden', está gobernado por las relaciones humanas. La tarea del derecho procesal es contribuir a que estas relaciones se desarrollen en un escenario de justicia.

La tutela judicial efectiva⁷⁸, bajo este enfoque, significa ofrecer mecanismos encaminados a resolver pacífica y prontamente los conflictos surgidos de las relaciones humanas, respetando los derechos y garantías de quienes acuden al proceso judicial. De esta forma, debe evitarse que las relaciones conflictivas se resuelvan violentamente o generen resentimiento, y debe en cambio lograrse que el proceso sea un instrumento idóneo para conseguir relaciones armoniosas.

La tutela judicial efectiva, como derecho fundamental de nuestro ordenamiento y principio orientador del canon de interpretación del proceso monitorio, adquiere una identidad propia y dinámica, pues la verdadera indemnidad de los derechos de la persona humana consisten precisamente en su protección como sujeto relacional, para lo cual es preciso dirigir los fundamentos teleológicos de las instituciones procesales al hombre como centro del discurso jurídico-procesal.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de la justicia en Colombia: Análisis sociojurídico*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2001. p. 341.

⁷⁷ SWIFT, Adam. *La Sociología de la igualdad compleja. En pluralismo, justicia e igualdad*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 1996. p. 223.

⁷⁸ RUIZ-RICO, Gerardo y CARAZO, María. *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 2013. p. 22. "En lo que respecta a las garantías constitucionales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la particularidad de este último no sólo radica en el valor exponencial que ostenta como instrumento de protección procesal para los demás derechos constitucionales, sino en la singularidad metodológica que tiene desde el punto de vista de su misma tutela constitucional".

6.5. Canon de interpretación: eficiencia, tutela judicial efectiva e igualdad

Después del análisis tripartito del proceso monitorio, podemos formular el canon hermenéutico que ayudará al entendimiento de la institución, orientado a entender el proceso monitorio como un instrumento cuya finalidad es la eficiente protección de los derechos de los asociados, garantizar la igualdad de los actores que acuden al proceso y la tutela judicial efectiva, en procura de una pronta y pacífica resolución de los conflictos surgidos en las relaciones humanas.

7. Solución a la unificación de criterios y a la congestión judicial con el canon de interpretación

7.1. Unificación de criterios

Este acápite se refiere a la falta de unidad de criterios respecto a la notificación por aviso, la conciliación como requisito de procedibilidad y la naturaleza pura o documental del proceso monitorio.

7.1.1. Notificación

El auto que contiene el requerimiento de pago se debe notificar personalmente (CGP art. 421). Sin embargo, no excluye la notificación por aviso, como ocurre con el emplazamiento al demandado⁷⁹. Por lo anterior, varios jueces encuestados y la Corte Constitucional, señalan que *sólo* procede la notificación personal al demandado, excluyendo la notificación por aviso. En efecto, la Corte considera que la notificación personal es una garantía de debido proceso para el deudor, por permitirle conocer de la demanda en su contra y ejercer su derecho de defensa⁸⁰.

Debe enfatizarse que la notificación por aviso no es una notificación independiente. Según el art. 292 del CGP, la notificación por aviso procede *"cuando no se pueda hacer la notificación personal"*. La Corte Constitucional, ha afirmado que procede *"[e]n forma subsidiaria o supletiva, la notificación por aviso, enviado (sic) a la misma dirección por la parte interesada en que se practique la notificación [personal]"*⁸¹. Es importante precisar que la notificación por aviso no quebranta el derecho al debido proceso del demandado.

⁷⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012. Art. 421, par.

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 726 de 2014. 24 de septiembre de 2014. MP. Martha Victoria Sáchica. Exp. D. 10115.

⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 783 de 2004. 18 de agosto de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería. Exp. D-5027.

A partir del canon de interpretación, específicamente del principio de *eficiencia*, es menester señalar que, para cumplir la finalidad del proceso monitorio, sí debería permitirse la notificación por aviso. De no proceder, bastaría con que el demandado no comparezca para impedir el desarrollo de la petición monitoria. Interpretándose así la norma, no se alcanza la finalidad del proceso monitorio, ya que se facilita que la parte demandada entorpezca el curso del proceso.

7.1.2. Requisito de procedibilidad

La Ley 640 de 2001 define que las materias susceptibles de “transacción, desistimiento, y conciliación” serán asuntos conciliables. Del mismo modo, el art. 621 del CGP establece que siempre que la materia del litigio sea transigible, *“la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados”*. Según lo anterior el proceso monitorio debe estar sometido a conciliación. Más aún si no se hace enunciación expresa al proceso monitorio en sus excepciones.

No obstante, el proceso monitorio debería estar exento del requisito de procedibilidad por sus características y teniendo en cuenta el canon de interpretación propuesto. El éxito de este proceso radica en que el deudor no se oponga al requerimiento de pago que profiere el juez, pues ante la oposición el monitorio finaliza e inicia un verbal sumario. Si se le exige al demandante adelantar conciliación extrajudicial, se adelanta la oposición. El acreedor acudirá directamente a un proceso verbal sumario u optará por un interrogatorio de parte como prueba anticipada, pues la ausencia de voluntad conciliatoria dará por sentada la oposición y el consecuente fracaso de una eventual demanda monitoria.

Adicionalmente, si se exige de este requisito se cumple con la finalidad sustancial del proceso monitorio ya que someter al usuario judicial a una conciliación restringe el acceso a la justicia y condena al fracaso la institución monitoria. La conciliación impide al monitorio responder a las necesidades jurídicas insatisfechas y afecta la relación costo-beneficio del proceso volviéndolo engorroso. Desde el punto de vista económico, el usuario optará por utilizar otros mecanismos jurídicos que tiene a su disposición para alcanzar el mismo objetivo.

7.1.3. Naturaleza pura o documental y carga probatoria

El art. 420 del CGP señala los elementos que debe contener la demanda, especificando que debe aportar los documentos de la obligación contractual que se encuentren en

poder del acreedor. Ello llevaría a concluir que es un monitorio documental⁸², pues si no cumple con dicho requisito, el juez no ordenará requerir al deudor. No obstante, también se prevé que cuando el demandante no tenga en su poder los documentos, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que no existe soporte documental y que se entiende prestado con la demanda. Esto llevaría a entender que se trata de un monitorio puro, pues bastaría con la simple afirmación bajo juramento para proceder a requerir al deudor.

En definitiva, Colombia no optó por ninguno de los dos modelos clásicos, sino por una mezcla de ambos. Esto acarrea consecuencias drásticas a la hora de aplicar la norma. Si es puro, no habrá lugar a comprobar la pretensión, pues bastaría con la simple afirmación. Si es documental, *contrario sensu*, el juzgador deberá analizar si cumple con la prueba documental que le genere convencimiento de los hechos que fundamentan la acción.

La clasificación en puro o documental no sólo hace referencia a la petición inicial, sino también a la oposición, pues ambas deben registrarse por el mismo modelo, para garantizar el principio de igualdad de las partes y definir los rasgos en general⁸³. Sin embargo, esta condición no se cumple en Colombia: a diferencia del demandante, si el demandado no aporta las pruebas de su oposición, ésta se entenderá no presentada y resultará en una ejecución forzada. Por lo anterior, uno de los puntos más controversiales de este proceso es la carga de la prueba. Según los art. 420 núm. 6 y 421 inc. 4 y 5, hay una mayor exigencia probatoria al accionado que al demandante. En Italia, se exige al deudor y al acreedor que aporten prueba *escrita* de su derecho como requisito de procedibilidad del *procedimiento ingiunzione* por el *Codice Procedura Civile*⁸⁴.

Con la investigación comparada realizada con el MEDC, encontramos que Alemania, Bélgica, Holanda, Portugal y Finlandia tienen un modelo puro, mientras que Italia, Francia y países de América Latina tienen uno documental. Sólo España⁸⁵ ha optado por hacer una mezcla entre ambos modelos. Ambas posiciones tienen sus ventajas y desventajas⁸⁶. El modelo puro representa mayor riesgo para los derechos del demandado, pero cumple satisfactoriamente con el principio económico de eficacia; el documental presenta dificultades si no se cuenta con el documento, pero cumple con la tutela judicial efectiva

⁸² Cfr. Art. 243 CGP.

⁸³ "La elección de una de esas dos opciones está inextricablemente ligada a la predilección por uno de los dos sistemas y de sus rasgos definitorios en general" CORREA. *El proceso monitorio europeo*. Op. cit. p. 49.

⁸⁴ "Art. 633. Condiciones de admisibilidad. De la demanda de quien es acreedor de una suma líquida de dinero o de una determinada cantidad de cosas fungibles, o de quien tiene derecho a la entrega de una cosa mueble determinada, el juez competente pronuncia inyunción de pago o de entrega: 1) si del derecho que se hace valer se aporta prueba escrita (...)"

⁸⁵ MARTÍNEZ, Carlos Manuel. *Op. Cit.*

⁸⁶ PÉREZ, Álvaro. "En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales". *Revista de Derecho Valdivia*. Vol. XIX. N°1. 2006. Valdivia. pp. 443 - 462.

desde la óptica jurídica antropocéntrica. Debido a que en Colombia la carga de la prueba del monitorio está desequilibrado, debe morigerarse el *onus probandi* siguiendo el canon de interpretación desarrollado a lo largo de este ensayo, en el sentido de no ser injustificadamente más exigentes con una de las partes.

7.2. Congestión judicial

Pese a que una de las finalidades del proceso monitorio es garantizar el acceso a la justicia, es probable que exista un incremento de procesos en los despachos judiciales. Esto debido a que la petición monitoria tiene un trámite más sencillo⁸⁷, puede interponerse sin intermedio de abogado, y existen unos formularios del Consejo Superior de la Judicatura para presentar demanda y contestación.

Según las cifras de la Gran Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas realizada por la Cámara de Comercio de Bogotá, del 43% de las personas que manifestaron tener un conflicto en los últimos cuatro años, el 51,9% no acudió a ningún mecanismo de resolución de conflictos para satisfacer su necesidad jurídica⁸⁸. El proceso monitorio pretende cambiar esta situación ofreciendo un mecanismo expedito a personas que, en ausencia de soluciones rápidas, decidieron no acudir ante la justicia. Sin embargo, la introducción de este proceso a nuestro ordenamiento puede congestionar más los despachos judiciales. Téngase en cuenta que los juzgados civiles municipales son de los más congestionados⁸⁹, y son los competentes para adelantar el proceso monitorio.

Debido a que el proceso monitorio en Colombia es nuevo, se debe acudir a otros ordenamientos jurídicos para evaluar si el pronóstico de congestión judicial es correcto. En Chile existe el proceso monitorio en materia laboral, civil y penal, donde debido al gran número de oposiciones al libelo petitorio, se aumenta la duración de la etapa de conocimiento, lo que dificulta terminar el proceso y genera mayor congestión judicial⁹⁰. Otros países han optado por una desjudicialización del proceso monitorio (o sus equivalentes funcionales) para evitar la congestión. En los países del *commonlaw*, como Estados Unidos, se utiliza una forma de autotutela extrajudicial para validar la deuda. De acuerdo con el *Fair Debt Collection Practices Act*, el acreedor tiene la potestad de enviar una comunicación al deudor con la información de la deuda y un aviso de que si el

⁸⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. *Op. cit.* Art 421.

⁸⁸ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas Colombia, 2011-2013 Evaluación del impacto de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en la satisfacción de necesidades jurídicas de la población colombiana*. Bogotá. Cámara de Comercio. 2013. p. 72

⁸⁹ COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo No. PCSJA-10635. Enero, 31 de 2017.

⁹⁰ PALOMO, Diego. "Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio". *Estudios constitucionales*. Vol. 12. Santiago. 2014.

deudor no disputa la validez de la misma dentro de los treinta días siguientes a recibir dicha comunicación, se entenderá como válida⁹¹.

En Reino Unido, el *Money Claim* es otra forma expedita de constituir un título ejecutivo, en el que debe cumplirse con el requisito previo de la comunicación (similar al de Estados Unidos) y sirve también para obtener la verificación de la deuda por parte del deudor⁹². Posteriormente, para deudas menores a cien mil libras esterlinas, la persona puede interponer su demanda virtual. Este mecanismo tiene la misma estructura monitoria y es automatizado. Así, los demandantes inician un proceso en contra del deudor y si este no se opone dentro de los catorce días siguientes, los acreedores pueden solicitar sentencia por parte del juez.

En España para solucionar el problema de congestión judicial, los procesos sin prueba no exigen participación del juez, por lo que la decisión de expedir la orden de pago es atribuida al secretario judicial o se tramita online. El Reglamento 1896/06 de la Comunidad Europea consagra que no es necesario que un juez analice la petición monitoria⁹³. En países como Suecia y España, no son los jueces quienes conocen de los procesos monitorios, sino otros auxiliares⁹⁴. Adicionalmente, el Derecho Europeo prevé que la presentación del libelo petitorio sea en forma automatizada, como sucede en Alemania y Austria⁹⁵.

Por lo anterior, existen varias soluciones al problema de congestión judicial. Una es dotar a los secretarios judiciales de funciones jurisdiccionales para conocer del requerimiento. Esta propuesta está restringida en el ordenamiento nacional debido a que el proceso cognoscitivo es propio de los jueces, para lo que tendría que acudirse a un acto legislativo y una capacitación a los secretarios judiciales. Otra solución es la automatización del proceso, pero en Colombia todavía no existe la estructura tecnológica apropiada y el hecho de que sea necesaria una valoración probatoria hace que la participación del juez sea imprescindible.

Después de plantear este *supermarket of solutions*⁹⁶, de conforme al MEDC y el canon de interpretación propuesto, una solución para Colombia es la creación de una dependencia en la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, que llamaremos Protección a los Créditos (PAC). Esta institución tendría como única finalidad conocer de solicitudes de procesos monitorios. Sus funcionarios

⁹¹ UNITED STATES. 114TH CONGRESS PUBLIC LAW 19. Code of laws. Title 15. Art. 1692g.

⁹² UNITED KINGDOM. MINISTRY OF JUSTICE. Civil rules and practice directions. Money Claim Online. 2015

⁹³ PICATOSTE, Julio y SEOANE José Luis. *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona. Bosch. 2013. p. 49.

⁹⁴ *Ibid.* pp. 49-50.

⁹⁵ *Ibid.* pp. 49-50.

⁹⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Op. Cit.*

estarían encargados de recibir las demandas y las oposiciones, adelantar los trámites de notificación y valorar las pruebas aportadas. En caso de no haber una oposición legítima, emitiría orden de pago, desarrollándose ante esta entidad el proceso monitorio en su integridad.

Esta solución respeta la constitución, ya que guarda coherencia con el art. 116 superior, desarrollado por el art. 24 del CGP. El legislador ha otorgado funciones jurisdiccionales a entidades administrativas limitándolas a que conozcan procesos declarativos más no de ejecución, como ocurre con el proceso monitorio que es un proceso declarativo especial en el que no hay ejecución. Esto también respetaría el alcance jurisprudencial del art. 116, que establece que *"la necesidad de que el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas sea claro, expreso y concreto"*⁹⁷ y que además *"se garanti[ce] la independencia en el servicio de la administración de justicia"*.

La creación de esta entidad se adecúa al canon interpretativo propuesto, ya que logra más eficiencia del proceso, pues se lograría descongestionar los despachos, se le daría mejor cumplimiento a los términos procesales y se tramitarían de forma más técnica. La propuesta lleva a que el proceso respete al acreedor en sus relaciones crediticias, pues se optimiza la aproximación del juzgador al proceso.

8. Conclusiones

Del MEDC y del estudio sociocultural se derivan tres problemas: i) falta de unificación de criterios, ii) congestión judicial y iii) dudas respecto de la finalidad del proceso monitorio. Este trabajo soluciona el interrogante entorno a la finalidad del proceso monitorio con un canon de interpretación que guíe su aplicación.

Desde un análisis económico del derecho, el proceso monitorio podría aumentar el acceso al crédito de las familias colombianas, al hacer más eficientes los procesos encaminados al cobro de las deudas. Así mismo, esta institución competirá con otras figuras procesales que buscan el mismo objetivo, la creación rápida del título ejecutivo. Se concluye que uno de los elementos constitutivos del canon hermenéutico es la eficiencia económica. Desde un punto de vista sociológico, el proceso monitorio busca hacer más accesible la justicia a todos los ciudadanos, dándole relevancia a las deudas de mínima cuantía. Se establece que la igualdad es otro de los elementos de la regla de interpretación. Con respecto al análisis filosófico, la tutela judicial efectiva desde una mirada antropocéntrica, permite concluir que el proceso monitorio es un instrumento

⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 de 2013. 20 de Marzo de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

eficiente de protección de los derechos del hombre y sus relaciones, en un escenario de igualdad.

Con el canon hermenéutico se da solución al problema de unificación de criterios: i) la notificación por aviso debe proceder pues sin ella no es eficiente el proceso; ii) el proceso monitorio debe estar exceptuado de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, ya que si el deudor no concilia, el acreedor no usaría esta institución pues daría por sentada la oposición de su deudor en el marco del monitorio; iii) la consagración del proceso monitorio mixto es adecuada y coherente con el canon hermenéutico, pues con características del puro se premia la eficiencia y con elementos del documental se tutela efectivamente a la persona y sus derechos crediticios garantizando el principio de igualdad.

Respecto de la descongestión, se concluye que el proceso monitorio congestionará los despachos judiciales por lo que se propone crear una dependencia en la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales. Esto es acorde con la Constitución y con los principios interpretativos de eficiencia y tutela judicial efectiva del canon propuesto.

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES, Ximena. *Competencia entre leyes*. [En línea] Consultado el 23, noviembre, 2018. Disponible en: <https://docplayer.es/85343-Competencia-entre-leyes-ximena-benavides-las-normas-juridicas-en-cuanto-que-partes-de-una-estructura-social-se-adaptan-a-los.html>

BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2ª Ed. Madrid. Editorial Esclée de Brower. 2000.

CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*, Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América EJE. 1953.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas Colombia, 2011-2013 Evaluación del impacto de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en la satisfacción de necesidades jurídicas de la población colombiana*. Bogotá. Cámara de Comercio. 2013.

COLMENARES, Carlos. "El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012". *Procedimiento monitorio como herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil en Colombia*. Universidad Libre Seccional Cúcuta. [En línea] Consultado el: 19, junio, 2015. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>

COLMENARES, Carlos. *El proceso de la estructura monitoria*. Cúcuta. Universidad Libre, Seccional Cúcuta. 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012.

COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo No. PCSJA-10635. Enero, 31 de 2017.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-726 de 2014. 24 de septiembre de 2014. M.P: Martha Victoria SÁCHICA SÁNCHEZ. Expediente D-10115.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-783 de 2004. 18 de agosto de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería. Exp. D-5027.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 de 2013. 20 de marzo de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COMUNIDAD EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento No. 1896 de 2006. 12 de diciembre de 2006.

CORREA, Juan Pablo. *El proceso monitorio europeo*. Madrid. Marcial Pons. 2008. p. 36.

CORREA, Juan Pablo. *El proceso monitorio*. Barcelona. J.M Bosch Editor. 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Processo monitorio o ingiunzionale, in Principi di Diritto Processuale Civile*. Napoli. 1913.

DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1953.

ESPAÑA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN. Sección 2a. Auto del 15 de junio de 2002.

FEBRERO, Eladio y DEJUÁN, Oscar. *Endeudamiento familiar y crecimiento económico: Un patrón de crecimiento insostenible*. Madrid. Universidad Castilla de la Mancha. 2009.

GENTO MARHUENDA, Pedro. "La evolución del endeudamiento de los hogares españoles". *Revista Austriana de economía*. Madrid. Universidad Castilla de la Mancha. No. 36. 2006.

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Exposición de motivos del proyecto de código general del proceso. [En línea] Consultado el: 20, marzo, 2015. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>

KÖTZ, Hein y Zweigert, Konrad. *Introduction to comparative law*. 2a Ed. Oxford: Clarendon Press. 1992.

LAMBERT, Adam. *Concepción general, definición, método e historia del derecho comparado*. En: Congreso Internacional de Derecho Comparado (1: 1 – 4, agosto: París, Francia). Extractos de las Actas del Congreso Internacional de Derecho Comparado. Actas de las sesiones y documentos. Vol. I, París: LGDJ. 1905.

LONGO, Paolo. BADELL, Rafael. ARAUJO, José. et al. "La tutela constitucional de los intereses supra individuales". *Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2007.

LÓPEZ MEDINA, Diego, UPRIMNY, Rodrigo. LA ROTTA, Miguel Emilio. et al. "Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la justicia". *Centro de Estudios en Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA)*.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá. Siglo del Hombre editores. Universidad de los Andes. 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego. "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina". *26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 117-159 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

- LÓPEZ, Javier. *El proceso monitorio*. Madrid: Colección Ley de Enjuiciamiento civil 2000. La Ley. 2000.
- LORCA, Antonio María. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo IV. Valladolid. Lex Nova. 2000.
- MARTÍNEZ, Carlos Manuel. *Teoría práctica del Proceso Monitorio, comentarios y formularios*. 2da Ed. Pamplona. Editorial Arazandi SA. 2013.
- MILLÁN, Juan José. "Sobre la necesidad de motivar la oposición al requerimiento de pago en el proceso monitorio de la nueva LEC". *Economist & Jurist*. Vol. 9 Núm. 48. Madrid. Dialnet. 2001.
- NICASTRO, Gustavo. "Los otros procesos monitorios en el Código General del Proceso uruguayo". *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Universidad Libre, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014.
- PALOMO, 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. 2014
- PÉREZ, Álvaro. "En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales". *Revista de Derecho Valdivia*. Vol. XIX. N°1. 2006. Valdivia. pp. 443 - 462.
- PICATOSTE, Julio y SEOANE José Luis. *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona. Bosch. 2013.
- PICÓ I JUNOY, Joan. "El proceso monitorio: una visión española y europea pensando en Colombia". *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Universidad Libre, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2012.
- POSNER, Richard. "Creating a Legal Framework for Economic Development". *World Bank Research Observer*. Vol. 13. No. 1. 1998. World Bank Group.
- RAMOS, Camilo. *El proceso monitorio*. Bogotá. Universidad Incca de Colombia. 2013.
- RUIZ-RICO, Gerardo y CARAZO, María. *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de la justicia en Colombia: Análisis sociojurídico*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2001.
- SWIFT, Adam. *La Sociología de la igualdad compleja. En pluralismo, justicia e igualdad*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 1996.
- UNITED KINGDOM. MINISTRY OF JUSTICE. Civil rules and practice directions. Money Claim Online. 2015
- UNITED STATES. 114TH CONGRESS PUBLIC LAW 19. Code of laws. Title 15. Art. 1692g.
- VAN HOECKE, Mark. "Family law transfers from Europe to Africa: lessons for the methodology of comparative legal research". *Law and development and the global discourses of legal transfers*. Estados Unidos. Cambridge University Press. 2012.