



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El proceso monitorio en Colombia “Un trasplante Jurídico Inocuo”

Moisés Andrés Valero Pérez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá D.C., Colombia
2015

El proceso monitorio en Colombia “Un trasplante Jurídico Inocuo”

Moisés Andrés Valero Pérez
Código 2674813

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Phd en Derecho Héctor Enrique Quiroga Cubillos

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá D.C., Colombia
2015

*A Moisés y Ana Cecilia, mis padres
por su apoyo incondicional en mi proceso de
formación profesional, a mi gran maestra Hilda
González Neira, por su sabiduría y generosidad en
mi proceso de formación personal y profesional, mi
ejemplo a seguir, de quien aprendí a amar el
Derecho, mi eterno agradecimiento por su apoyo en
cada proyecto que emprendo y aconsejarme como
una madre lo hace con un hijo para
poder llevarlos a feliz término.*

Resumen

El objetivo del presente trabajo es analizar el proceso monitorio en la múltiple problemática que plantea como resultado de un trasplante jurídico, de su obligatoriedad de coincidencia con los derechos fundamentales, de su implementación en pro de la accesibilidad a la justicia y la celeridad de los trámites inherentes y de su eventual aplicabilidad en otros procesos verbales de este proceso de intimación en Colombia. Siendo una figura ya existente en otros ordenamientos jurídicos se espera que contribuya a la descongestión judicial mediante la posibilidad de crear títulos ejecutivos en obligaciones de mínima cuantía. Se estudia si el proceso monitorio ofrece una solución para descongestionar el sistema judicial en dichos asuntos proveyendo mayor accesibilidad a la justicia. Se parte del estudio de los problemas que puede presentar del proceso monitorio planteados en el objetivo general y, finalmente, se hacen unas reflexiones sobre el tema de la efectividad de dicho procedimiento en otro tipo de procesos dentro del ordenamiento colombiano.

Palabras clave: intimación, proceso monitorio, descongestión judicial, procesos verbales.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the payment procedure multiple problems posed as a result of a legal transplant, their obligation to register with the fundamental rights of its implementation in favor of accessibility to justice and the speed of procedures inherent and its potential applicability in other verbal processes this process of intimacy in Colombia. Being an existing figure in other jurisdictions is expected to contribute to judicial congestion by allowing create enforceable obligations small claims. It examines whether the payment procedure offers a solution to decongest the judicial system in such subject index providing greater accessibility to justice. It is part of the study of the problems that can present the payment procedure outlined in the general objective and finally some reflections on the issue of the effectiveness of this procedure in other processes within the Colombian legal system are made this procedure in other processes within the colombian legal system are made.

Keywords: formal, payment procedure, court congestion, verbal processes.

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract.....	VII
Introducción	1
1. Una contextualización del Proceso Monitorio.....	5
1.1 Los orígenes del proceso monitorio	6
1.2 La experiencia internacional	10
1.2.1. Italia.....	10
1.2.2. Alemania y Austria.....	13
1.2.3. España	15
1.2.4. Francia	19
1.2.5. Portugal.....	20
1.2.6. Costa Rica, Honduras y México.....	20
1.2.7. Venezuela	21
1.3 La doctrina internacional acerca del proceso monitorio.....	24
1.3.1. Unión Europea	25
1.3.2. Centroamérica.....	29
1.3.3. Latinoamérica.....	29
1.4 Algunas modalidades del proceso monitorio	31
1.4.1. Proceso monitorio ejecutivo y de conocimiento	31
1.4.2. Proceso monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio.....	32
1.4.3. Proceso monitorio en una o varias fases	33
2. Los trasplantes jurídicos	35
2.1 Características de un trasplante jurídico	35
2.2 El proceso monitorio como trasplante jurídico	38
2.3 Análisis sociológico del trasplante jurídico	41
3. Estado del arte.....	45
3.1 El trasplante jurídico del proceso monitorio en Colombia	45
3.1.1. El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso.....	46
3.1.2. Exposiciones de motivos sobre el Proceso Monitorio	47
3.2 Las problemáticas del proceso monitorio en Colombia	49
3.2.1. Notificación y derecho de contradicción.....	49
3.2.2. Desarrollo jurisprudencial de la notificación como garantía del debido proceso.....	50
3.2.3. Función del curador ad litem, una forma de información al demandado	53
3.2.4. La agilidad de un proceso judicial no puede conllevar al desconocimiento de derechos fundamentales	55

3.2.5. El principio de contradicción en el proceso monitorio.....	56
3.2.6. La notificación como materialización del derecho de defensa en el proceso monitorio.....	57
3.3 Algunas limitantes en la ejecución del título ejecutivo.....	61
3.3.1. Posibilidad de alegar como causal de nulidad la indebida notificación en el proceso ejecutivo.....	63
3.3.2. El derecho de defensa limitado a la excepción de pago de la obligación	64
3.3.3. La creación del título ejecutivo en los procesos monitorios sin emplazamiento no vulnera el derecho de contradicción.....	65
4. La intimación desde la teoría general del proceso.....	67
4.1 Implementación nacional de la intimación.....	67
4.1.1. Análisis de la Corte Constitucional	67
4.1.2. La técnica jurídica del proceso monitorio	69
4.2 Aplicabilidad de la intimación y/o monitorio a los procesos verbales en Colombia.	72
5. Conclusiones	75
Bibliografía	79

Introducción

La Ley 1564 de 2012, en su artículo 419, creó el proceso monitorio para quien pretenda el pago de una obligación en dinero de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, y no cuente con un título ejecutivo, lo pueda obtener en este proceso.

Ahora bien, el legislador en el párrafo único del artículo 421 de esta ley, prohibió el emplazamiento del demandado así como el nombramiento de curador *ad litem*. Si bien, en términos estrictos ningún proceso monitorio en el mundo admite la representación del eventual ejecutado por curador *ad litem*, o defensor de oficio. Aparte de esta característica inicial en la implementación del proceso de intimación en Colombia, se ha planteado de qué manera ha sido trasplantada esta figura jurídica al país y si la intimación podría ser aplicada a otro tipo de procesos verbales en acuerdo con lo previsto en el Código General del Proceso que entra a regir en su totalidad en el 1º de enero de 2016, teniendo en cuenta que algunos artículos habían entrado en vigencia el 1º de octubre de 2012.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA13-10073 (Diciembre 27 de 2013) reglamento la gradualidad para la implementación del Código General del Proceso en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las señaladas en el numeral 6 del artículo 627 de la Ley 1564 de 2012, estableciendo el respectivo cronograma: En la 1º fase los distritos judiciales de Manizales, Florencia, Montería, San Gil, Valledupar y San Andrés a partir del 3 de junio de 2014. En la 2º fase los distritos judiciales de Armenia, Barranquilla, Arauca, Cali, Cúcuta, Medellín, Pamplona, Santa Rosa de Viterbo y Tunja a partir del 1º de octubre de 2014. Finalmente en una 3º fase los distritos judiciales de Antioquia, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cartagena, Cundinamarca, Ibagué, Mocoa, Neiva, Pasto, Pereira, Popayán, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Villavicencio y Yopal a partir del 1º de diciembre de 2015.

Posteriormente mediante Acuerdo PSAA14-10155 (Mayo 28 de 2014) ante la falta de asignación de recursos por parte del Gobierno nacional se suspendió el cronograma de implementación del CGP previsto en el artículo 1 del Acuerdo PSAA13-10073 (Diciembre 27 de 2013), hasta tanto el Gobierno Nacional apropie los recursos indispensables y que fueron solicitados, para su entrada en vigencia, a partir del 1º de enero del año 2016, ya los usuarios de la administración de justicia cuentan con este novedoso proceso para descongestionar el sistema judicial en asuntos de naturaleza contractual de mínima cuantía.

Dicho proceso es novedoso en nuestro ordenamiento jurídico que busca descongestionar el aparato judicial del Estado. De acuerdo con lo expuesto se ha formulado la siguiente pregunta de investigación ¿Podría ser implementada la figura de la intimación, recientemente introducida al país como trasplante jurídico en el proceso monitorio, para solución de otros procesos verbales previstos en el Código General del Proceso?

De acuerdo con estos elementos la presente investigación parte del planteamiento de la siguiente hipótesis de trabajo:

El proceso monitorio es un trasplante jurídico de la figura de la intimación experimentada en otros países como Alemania, Italia, Portugal, España, entre otros, orientada a librar el derecho de acreencia en negocios de mínima cuantía, que no es violatorio de algunos derechos fundamentales, cumple con el objetivo de proveer celeridad a este tipo de procesos y ofrece una solución para descongestionar el aparato judicial del Estado.

De tal manera, se desarrolla un objetivo general consistente en analizar si el proceso monitorio como trasplante de la figura de intimación no resulta violatorio de derechos fundamentales, provee mayor accesibilidad a la justicia, aporta celeridad al sistema judicial y resulta en una medida eficiente de descongestión, bajo la forma como quedó incorporado en el Código General del Proceso.

Como complementos de este objetivo, se han planteado metas específicas como las de realizar un estudio sobre la manera como quedó incluido el proceso monitorio en el CGP y realizar un análisis comparado de la experiencia internacional en su aplicación. El segundo objetivo es describir cómo la intimación es un trasplante al ordenamiento

nacional. Un tercer objetivo específico busca revisar la eventual aplicabilidad de la figura de la intimación en los otros procesos verbales consagrados en el CGP, y si el proceso monitorio ofrece una solución para descongestionar el sistema judicial en asuntos de mínima cuantía.

El itinerario del trabajo parte de un capítulo destinado a la presentación del estudio comparado de la experiencia internacional en la aplicación del proceso monitorio. En un segundo capítulo se describe el concepto de trasplante jurídico con base en las tipologías existentes y su impacto en el debate académico, así como la incidencia del trasplante de la figura de intimación al ordenamiento colombiano. El tercer capítulo, presenta el estado del arte sobre la implementación del procedimiento de intimación, en el proceso monitorio, destacándose como un mecanismo que permite el ejercicio del derecho a la contradicción, así como la manera como este proceso no resulta violatorio de otros derechos fundamentales. En el cuarto capítulo se estudia el proceso jurisprudencial a través del cual la notificación personal o el emplazamiento deben ser garantía del debido proceso y, a su vez, algunas de las problemáticas que ha presentado el proceso de intimación, lo que no asegura ser un trámite expedito que de finalidad al litigio que se busca resolver.

En general, el documento analiza la intimación desde la teoría general del proceso, a través del análisis que la Corte Constitucional ha hecho al respecto. Se observa cómo el no emplazamiento del demandado ni la designación de curador *ad litem* en el proceso monitorio no vulneran los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. Finalmente se hacen unas reflexiones sobre el tema, la posibilidad de aplicarlo o no a los otros procesos verbales consagrados en el CGP y si la efectividad de dicho proceso en el ordenamiento jurídico, que busca agilizar los negocios de mínima cuantía, asegurando el acceso a la justicia, provee una solución para descongestión del sistema judicial.

1. Una contextualización del Proceso Monitorio

Desde el punto de vista lingüístico el proceso de intimación o monitorio significa “dado para avisar o amonestar”, del latín *monitorius* o advertencia que se hace a alguien, es la advertencia que hace un juez o el requerimiento de hacer el pago, al deudor para que cumpla con la obligación, ya que si no paga estará en todo su derecho de poder justificarlo. Este término que sirve para avisar o amonestar o dar aviso de algo, históricamente también se refiere a la “*monición, amonestación o advertencia que el Papa, los obispos y preladados dirigían a los fieles en general para la averiguación de ciertos hechos que en la misma se expresaban, o para señalarles normas de conducta, principalmente en relación con circunstancia de actualidad*”¹.

El proceso monitorio tiene dos características fundamentales: la primera es que el requerimiento de pago que libre el juez será el punto referente de partida basado en una afirmación unilateral debidamente documentada por el acreedor, y la segunda es que si el deudor notificado no comparece, se dictara sentencia a que se refiere el artículo 421 del CGP prosiguiéndose la ejecución en la forma establecida en el artículo 306 *ibidem*.

El proceso monitorio es un procedimiento judicial especial creado con el objetivo primordial de cobrar de manera rápida y sencilla obligaciones de carácter dinerario de naturaleza contractual. Es especial dado que se invierte el contradictorio, es decir, que sin haber escuchado aún al demandado, el Juez ordena requerir al demandado para que un plazo determinado pague o exponga las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada.

¹ WORDREFERENCE.COM, Online Language Dictionaries. Acceso al Diccionario de la Lengua Española (RAE). Monitorio, ría. (en línea) Disponible en: <<http://www.wordreference.com/definicion/monitorio>> (febrero 19 de 2015)

Respecto al origen de este tipo de proceso, dice Nieva-Fenoll que:

“No se ha determinado todavía dónde, cómo y cuándo se creó exactamente el procedimiento monitorio. Tampoco se sabe realmente qué antecedentes pudieron influir en su concepción. Existen dos hipótesis principales: la itálica y la germánica. Sin embargo, ambas posturas están claramente enfrentadas, y la segunda bastante desacreditada. Aunque lo cierto es que, después de todo el estudio de la doctrina, sigue abierto el enigma del origen de dicho procedimiento”².

1.1 Los orígenes del proceso monitorio

Los orígenes del proceso monitorio se pueden remontar a la Alta Edad Media, alrededor del siglo XIII, en Italia. Surge en las ciudades que ante la necesidad de agilizar el tráfico mercantil y evitando el juicio plenario, buscan un título de ejecución rápido y eficaz. El proceso monitorio se configuró por la época como un procedimiento sin fase previa de cognición que eludía la fase declarativa³. Este proceso fue concebido para huir de la lentitud y formalismo del proceso ordinario medieval o *solemnis ordo judiciaruis*, nacía según GUTIERREZ-ALVIZ CONRADÍ, como una estructura perfectamente delimitada que se inicia con la orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (de solvendo vel trahendo) orden que era emanada sin previa cognición.

A través de los siglos XIV y XV el proceso monitorio pasa al derecho Germánico extendiéndose luego a los diversos ordenamientos jurídicos, estando siempre asociado al tráfico mercantil y a sus necesidades de ganar agilidad y seguridad. Para satisfacer la

² NIEVA-FENOLL, Jordi. Aproximación al origen del procedimiento monitorio. En: Nieva-Fenoll, J., Rivera, R, Colmenares C., y Correa, J. El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Editorial Temis, 2013, p. 1

³ CALVINHO, Gustavo. Debido Proceso y procedimiento monitorio. En: El Debido Proceso. Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (directores), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 121.

necesidad de reclamación de los créditos se creó “*el mal denominado proceso sumario determinados e indeterminados*”⁴.

En los procesos sumarios determinados se debe de ubicar el “*proceso ejecutivo (operativo sobre la base de título revestido por la ley de fuerza ejecutiva o por aceptación de esta vía que hiciera el deudor); el proceso monitorio (a partir de un mandato condicional de pago dirigido al deudor) y el embargo preventivo (que afecta bienes del deudor en vista de su futura ejecución)*”⁵. Este tipo de proceso, según el mismo Descalzi, ya citado, tiene un amplio respaldo doctrinario, encontrándose legislado en el derecho contemporáneo, y en numerosos países como Alemania, Austria, Francia, Bélgica, España, Hungría, Italia, Suiza y Uruguay entre otros.

Hay ciertos puntos a saber dentro de la perspectiva de cómo surge el proceso monitorio y su mejora en la reclamación de deudas. Chioventa lo indica de la siguiente forma:

- “a) El proceso monitorio surge como el 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.*
- b) El proceso monitorio como el resto del Derecho Occidental Moderno, es el producto de la evolución y el replanteamiento que, desde el Renacimiento, hicieron los tratadistas europeos de las normas e instituciones heredadas por el Derecho Romano, específicamente de las procedentes del Derecho Justiniano.*
- c) Tanto el Proceso Monitorio y otras instituciones que nacieron a partir del nuevo planteamiento que se hizo al Derecho Romano, buscaban eliminar todas aquellas instituciones y procedimientos propios del Derecho Canónico, predominante en buena parte de la Europa Medieval, y sobre todo en Italia, en la época en que surge el proceso monitorio.*
- d) A las nuevas formas de actividades comerciales, de la naciente burguesía de las Ciudades-Estado, les resulte más rápido un mecanismo más eficiente y menos*

⁴ DESCALZI, José Pablo. El Proceso Monitorio en la Reforma Procesal Civil de Buenos Aires. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Agosto de 2008, N° 08, p. 853

⁵ Ibid., p. 854

*formalista para la resolución de las deudas civiles y mercantiles. Este proceso surge según tratadistas en el siglo XIII*⁶.

De acuerdo con Gutiérrez Alviz y Conradi, este Proceso “se iniciaba con una orden del juez de pasar o hacer alguna cosa. Esta orden o mandato venía sin una previa cognición de la petición hecha por el interesado. Las posibles objeciones a la admisibilidad del “mandato” derivantes de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación que el proceso recibe de la cláusula que en él se contiene. En razón de esta cláusula, el curso del procedimiento podía llegar a estos dos resultados opuestos: o el deudor intimado no comparecía, y entonces el mandato se confirmaba pasando en autoridad de cosa juzgada; o bien el deudor comparecía haciendo que el procedimiento especial cesara, teniéndose que seguir los trámites del proceso ordinario”⁷.

Así mismo señala Chioventa que, el proceso monitorio o de apremio, se estableció en el derecho medieval italiano mediante el *mandatum de solvendo*, por el uso de no citar a juicio al deudor sino de obtener directamente del juez la orden que abría la ejecución, acompañada de la cláusula iustificativa que permitía al deudor que quisiera hacer valer excepciones, que formulara oposición dentro de determinado término, lo que se distinguía del mandato de solvendo del *processus executivus* o sine cláusula porque éste debía llevarse a cabo a pesar de existir oposición⁸.

El proceso monitorio surge por la época como una alternativa al juicio ejecutivo, sirviendo a la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos casos que el acreedor no disponía entre los medios de prueba de un instrumento de este talante para fundamentar su derecho. El ya citado Descalzi destaca que el proceso monitorio que se traducía en la expresión forense “Pague o dé razones...” fue descartado por el legislador español en la

⁶ CHIOVENDA, G. Las Formas en la Defensa Judicial del Derecho. En: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ediciones E. He. A, Vol. 1, Buenos Aires, Argentina, 1949, p. 136

⁷ GUTIÉRREZ Alviz, F. y Conradi. El Procedimiento Monitorio: Estudio De Derecho Comparado. Sevilla, 1972, pp. 16 y ss.

⁸ CHIOVENDA, G. Op. Cit, p. 137

leyes de 1855 y 1881, para frenar los abusos introducidos en la práctica, cotidiana de este⁹.

Nieva-Fenolli, de otro lado, aparte de no atreverse a ninguna hipótesis al respecto del origen del proceso monitorio, argumenta que el principal mal que puede haber aquejado a esta temática se centra en el propio procedimiento monitorio como concepto, repetido por toda la doctrina unánimemente desde hace siglos, lo que ha llevado a identificar un procedimiento completo allí donde, posiblemente, lo único que existe es una técnica, o *“una simple especialidad, que dada la concreción tradicional del objeto de este supuesto procedimiento, ha podido dar la imagen de que nos hallábamos realmente ante un procedimiento especial, como así lo han reflejado numerosas legislaciones”*¹⁰.

Nieva-Fenolli se anticipa a expresar que:

*“No se entiende por qué únicamente en el procedimiento monitorio el demandado tiene la iniciativa del contradictorio, si hace exactamente lo mismo que en cualquier procedimiento ordinario. El demandante interpone su demanda, y el demandado puede oponerse alegando razones –contestarla–, o bien no contestarla, o bien allanarse y cumplir con lo solicitado. La única diferencia real –al margen de la estrictamente procedimental– que existe entre el monitorio y el ordinario atañe a las consecuencias de no contestar la demanda. En el procedimiento monitorio el silencio del demandado determina la condena, pero no en el ordinario. Sin embargo, en ambos casos la iniciativa del contradictorio es, en su caso, del demandado, oponiéndose a lo que pretende la parte actora”*¹¹.

Continúa Nieva-Fenolli, en el camino de identificar, dentro de su criterio, qué hay de esencial en el llamado proceso monitorio. Insiste en que no existe inversión alguna en el monitorio que le oponga a un procedimiento declarativo ordinario, pues en el

⁹ DESCALZI, José Pablo. Op. Cit., p. 853

¹⁰ NIEVA-FENOLLI, op. Cit., p. 2

¹¹ Ibid., p. 3

procedimiento ordinario, si el demandado no se opone el juez casi siempre acabará dictando sentencia condenatoria y en el monitorio esa posibilidad se convierte en regla¹².

Igualmente, insiste en que el desplazamiento sólo podría compartirse parcialmente si se entendiera que la parte actora, con la solicitud monitoria, actúa con una voluntad pacífica, como la denomina, buscando una transacción que sólo el demandado niega extraprocesalmente. Argumenta Nieva-Fenolli que no es así en absoluto puesto que en el procedimiento monitorio la parte actora al buscar que el juzgado emita un mandato de pago, lo cual es una imposición en el fondo “quedando completamente al margen de cualquier intento de solución pacífica de conflictos”¹³.

Por tanto, no es relevante que el procedimiento monitorio sirva para crear un título ejecutivo, pues cualquier procedimiento ordinario que tenga por objeto una condena, sirve exactamente para el mismo fin. Además, es posible que el monitorio no fuera un procedimiento, ni mucho menos un proceso, sino quizá solo una técnica de una simple fase previa que se intenta antes del inicio del proceso, a similitud de la conciliación o de una medida cautelar o de una prueba anticipada. Y concluye al respecto que es “*lo más esencial del procedimiento monitorio: la no contestación del demandado (que) determina su vencimiento*”¹⁴. Es decir, la característica esencial del monitorio: es *la no contestación determina la condena*. Cuestión diferente es si ello puede servir para identificar todo un procedimiento¹⁵.

1.2 La experiencia internacional

1.2.1. Italia

Este proceso también es conocido como inguinzione, o de interdicción o requerimiento. En Italia el proceso monitorio es de conocimiento judicial o jurisdiccional al igual que sucede en países como España, Brasil, Venezuela y ahora Colombia, no siendo así en el caso de países como Alemania, Portugal, Austria, entre otros donde el procedimiento es

¹² Ibid., p. 3

¹³ Ibid., p. 4

¹⁴ Ibid., p. 5

¹⁵ Ibid., p. 4

de competencia de autoridades administrativas y como etapa posterior al fallo de conocimiento judicial¹⁶.

Se concibe como un proceso documental limitado cuna del histórico “*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*”, del siglo XIII Italiano, de donde parece provenir el proceso monitorio contemporáneo; este proceso rápido fue concebido por el derecho italiano para huir de la lentitud y formalismos del proceso ordinario medieval o *solemnis ordo judiciarus*, nació según autores como GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI con una estructura perfectamente delimitada que iniciaba con una orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (*de solvendo vel trahendo*). Esta orden o mandato venía emanada sin previa cognición, las posibles objeciones a la admisibilidad del *proceptum* o *mandatum derivantes* de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación de que el proceso recibe de la cláusula que en él se contiene (*si senseris reus te gravatum, compareas coram nobis complementum iustitioe recepturus*). En razón a esta cláusula el curso del procedimiento podía llegara dos resultados opuestos: o el deudor intimado no comparecía y entonces el mandato se confirmaba pasando a ser cosa juzgada, o el deudor comparecía, y entonces su sola comparecencia hacía que el procedimiento especial cesara, teniéndose que seguir por los trámites del juicio ordinario.

Durante la Alta Edad Media Italiana de la mano de los comerciantes de la península Itálica, se erigieron en los grandes protagonistas de la economía mediterránea, y fueron ellos quienes exportaron este proceso al resto de países europeos entre los siglos XIV y XVI, pero donde tuvo mayor impacto fue en los países germánicos que según CHIOVENDA, obtendrían a posteriori en la codificación de sus normas, resultados más seguros y convincentes que en otros sistemas jurídicos.

Italia cuenta desde 1922, con un proceso monitorio documental regulado en los artículos 633 a 656 de su *código di procedure civile*, muy próximo al histórico *mandatsverfahren* austriaco. En Italia, el trámite en el proceso monitorio consiste en que, con la demanda se presenta la prueba tasada que la misma ley dispone. Luego, el juez después de analizarla

¹⁶ BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al proceso monitorio en Colombia Universidad de Cartagena Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cartagena de Indias D.T.C. E H. 2013, p. 21

podrá pedir que se complete la prueba. Al considerar que lo anexado contiene todos los requisitos legales para su admisión, libra un mandato de pago.

Librado el mandato debe intimarse al demandado en un plazo de cuarenta días so pena de quedar sin conteniendo el mandamiento de pago con la advertencia de que, si no lo hace o no presenta su oposición al mismo en el plazo que le sea otorgado, se procederá a la ejecución forzosa¹⁷.

En caso de haber oposición “...El juicio se tramita conforme a las normas del procedimiento ordinario, en el que se prevé una posible conciliación y la suspensión de la ejecución provisional. Expresan Torres y Franciskovic, que “Y, algo muy latino, se contempla también la forma en que se puede producir la oposición tardía para el caso de fuerza mayor, irregularidad de la notificación o conocimiento tardío de la demanda”. De no producirse la oportuna oposición “...Se dicta un decreto ejecutivo que es susceptible de impugnación por revocación en determinados casos tasados legalmente”¹⁸.

En Italia se ha triplicado en 10 años el número de mandatos de pago emitidos pasando de 272.837 en el año 1985 a 970.784 en el año de 1993, siendo las zonas más industrializadas del país las que anualmente registran un mayor uso de este proceso, es así como ciudades como Milán, por ejemplo, con un total de 180.137 mandatos de pago en el año de 1993, está sola ciudad conoció por aquel año de un total del 18.57% del total de procesos presentados a nivel nacional.

En Italia el proceso monitorio es documental (que es una institución híbrida producto de la combinación del procedimiento monitorio puro y el documental del derecho alemán), el juez sólo despacha la orden de cumplimiento si los hechos alegados por el actor son probados por medio de documentos auténticos acompañados a su demanda (es lo que ocurre en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuyo art. 312.1 establece como principio que se requerirá "documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva"). En este caso, la oposición del deudor debe ser fundada en los hechos y el derecho, y tiene por efecto abrir un juicio de conocimiento para

¹⁷ Balbuena, p. 308. Citado por TORRES y Franciskovic, op. Cit., p. 7

¹⁸ TORRES y Franciskovic, op. Cit., p. 7

determinar si las defensas opuestas por el deudor demuestran la falta de fundamento del mandato, o si, por el contrario, éste debe ser mantenido y hecho ejecutorio. En el proceso monitorio documental, entonces, el actor tiene que aportar pruebas que avalen su pretensión; y el demandado tiene la carga de probar los hechos en que fundamenta su oposición.¹⁹

1.2.2. Alemania y Austria

El proceso monitorio irá a extenderse en el siglo XIV y XV al derecho germánico, quedando plasmados en el artículo 688 al 703 del *Zivilprozessordnung*, o Código Procesal Civil, de la República de Alemania o Ley ZPO, y en Austria en la Ley del año de 1873, en virtud de simple petición escrita u oral del acreedor, en la cual el Juez competente libra una orden de pago sin audiencia del deudor, advirtiéndole que puede oponerse dentro de los catorce días posteriores a la notificación.

En Alemania este proceso monitorio se desarrolló desde mediados del siglo XIX, y está previsto en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su forma de procedimiento puro. Una vez dictado el requerimiento de pago y notificado el demandado, éste tiene el derecho de oponerse en el plazo de dos semanas, sin que proceda recurso contra dicho requerimiento, además de no existir límite para la cuantía de la pretensión dineraria. Las estadísticas expresan que en 1998 los juzgados y tribunales civiles de Alemania, emitieron más de ocho millones de requerimientos de pago²⁰.

Al presentarse la no oposición del deudor dentro de dichos términos hace que la orden de pago se haga ejecutiva para lo cual solo se espera la restitución. Sin embargo, *“cuando el deudor pruebe que no pudo oponerse por suceso imprevisto o inevitable, aún sin aducir los motivos, basta formular la oposición para hacerle perder su fuerza ejecutiva a la orden de pago”*²¹.

¹⁹ Hernández, Manuel y Fernández, Eduardo A.: "Procedimiento monitorio", E.D. 174-1128, ap. 3

²⁰ DELCASSO Correa, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Revista Xuridica Galega. Recuperado de: <http://rexuriga.net/pdf/COL164.pdf> (septiembre 1 de 2014). Citado en Corte Constitucional sentencia C-726 de 2014.

²¹ Ibid., p. 13

El derecho germánico cuenta en la actualidad con uno de los procesos monitorios de tipo puro más antiguos de todo el viejo continente europeo, registra las cifras más espectaculares en su utilización, la cifra de mandatos de pago emitidos para el año de 1998, supera los ocho millones gran parte se tramitaron informáticamente (Maschinelle Bearbeitung). Como en Italia, los estados más industrializados de la República Federal son los que cuentan también con el índice más elevado de requerimientos de pago emitidos, así por ejemplo únicamente en el estado de Nordrhein-Westfalen se dictaron en el año de 1999, 2'461.235 (Manhnbescheide).

El proceso monitorio puro es aquél en el que, para que el tribunal dicte la sentencia con la orden al demandado para el cumplimiento de una prestación, no se requiere acompañar probanza alguna, sino que se realiza frente a la sola afirmación no probada del acreedor. Emitida la sentencia que contiene la orden, se le otorga al demandado un plazo para que formule su oposición. Esa orden como ocurre en algunos sistemas como el austríaco pierde eficacia por la simple oposición oportuna del deudor que no necesita ser motivada, supuesto en que el asunto sólo podrá sustanciarse a través del proceso de conocimiento respectivo, y el monitorio ha pasado a ser una forma especial de iniciación del proceso. En el proceso monitorio puro, entonces, no hay pruebas, ni del actor para formular su demanda, ni del demandado para sostener su oposición²².

Sobre el actual proceso monitorio se dice: "A tenor de lo establecido en el § 688.1 ZPO, pueden reclamarse a través del proceso monitorio alemán "aquellas pretensiones que tengan por objeto el pago de una determinada cantidad de dinero en moneda nacional" (inclusive letras de cambio, cheques o pagarés: § 703 a ZPO), siempre y cuando no dependan de alguna contraprestación y la intimación del mandato de pago no deba realizarse por edictos"²³.

En Austria, el proceso monitorio está previsto desde el año 1895 en el artículo 488 del Código Procesal Civil, que otorga un plazo de cuatro semanas al demandado para

²² HERNÁNDEZ, Manuel y Fernández, Eduardo A.: "Procedimiento monitorio", E.D. 174-1128, ap. 3

²³ TORRES Angulo, Carlos A. y Franciskovic Ingunza, Beatriz. El procedimiento monitorio en la legislación comparada y su conveniente regulación en nuestro país. Revista Jurídica del Perú. Número 139. Setiembre, 20p., 2012, p. 5

recurrir una resolución de requerimiento, a partir de la notificación personal. El ordenamiento jurídico Austriaco cuenta al igual que la República Federal Alemana, con este antiquísimo proceso monitorio puro regulado por los artículos 488 y siguientes del Código Procesal Civil (ZPO) que data del año de 1985. En el año de 1994, se emitieron 857.038 mandatos de pago, que fueron objeto de una impugnación (Einspruch) en un total de 10,15% de los casos presentados, por si solos fueron un total de 78,42% de todo lo contencioso civil de ese país²⁴.

1.2.3. España

Desde 1998, en España fue incorporado también un proceso monitorio documental, a partir de la expedición de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 812. En este proceso monitorio es posible reclamar pretensiones dinerarias de cualquier cuantía, en un procedimiento abreviado con un plazo de veinte días para que el demandado pague o se oponga al requerimiento. A partir de la Ley 13 de 2009 la cuantía era de doscientos cincuenta mil euros y en el año 2011 se liberó a un monto ilimitado. La estadística del Consejo General del Poder Judicial indica que durante el año 2011 fue tramitado un total de 811.634 procesos monitorios, del cual un 6,2% se transformó en procedimiento declarativo ordinario y el 93,8% equivalente a 760.500 casos resueltos, no generó actividad judicial posterior, todo lo cual representó el 40,2% de toda la demanda de justicia tramitada por los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil²⁵.

La reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) efectuada mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha venido a consolidar y dar más ámbito de aplicación al proceso monitorio como mecanismos judicial para la rápida la tutela del crédito no superior a 250.000 euros.

²⁴ GÓMEZ Orozco, José Alejandro. Introducción al Proceso Monitorio Colombiano. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2012, p. 60.

²⁵ MEMORIA del Consejo General del Poder Judicial Situación actual de la Administración de Justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal. Informe sobre los datos de la estadística judicial y los datos generales sobre “panorámica de la Justicia”, pp 19-20). Referenciado por: Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/Informe_datos_estad%C3%ADsticos_CGAE_UAM.pdf (septiembre 1 de 2014). Citado en Sentencia C-726, op. Cit.

Hoy en día, el proceso monitorio en España es el tipo de juicio civil más utilizado ante los tribunales, como lo acreditan las estadísticas: durante el año 2007 se presentaron 420.599 procesos monitorios, un 14,8% más que el año anterior, representando el 47,2% de la litigiosidad civil (y este porcentaje se supera, por ejemplo, en Madrid, con el 48,8 % o en Cataluña, con el 48%). Y las cifras siguen aumentando, pues en el año 2009 se doblaron los procesos monitorios presentados respecto al año 2007, llegando a la cifra de 821.314 litigios. Y al margen de ser el más empleado, es el que presenta una mayor eficacia ya que del total de procesos monitorios iniciados más del 50% concluyen bien con el pago (13,8%) o bien con la ejecución del título base de la petición monitoria (36,6%)²⁶

De acuerdo las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial el proceso monitorio es el más utilizado para la reclamación de las derivadas de la ocupación de inmuebles, tanto así que se ha pensado en un modelo de procesos monitorio para toda la comunidad europea por la morosidad en las transacciones comerciales como se plasmó en la exposición de motivos de la propuesta directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de marzo de 1998, por las que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, en un 90% las deudas que se reclaman en el ámbito de este proceso no son objeto de contestación alguna, porcentaje sensiblemente superior en Francia y ligeramente inferior en Alemania, y un 62,8% de todo el contencioso civil (72,42% en Australia en 1994, y 81% en 1998) que se reclaman por los causes del proceso monitorio.²⁷

Se dice que esta es una figura nueva a pesar de que ya en la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 17 aparece regulado dicho proceso, ley que fue creada en el año de 1960, para la reclamación provenientes de todas aquellas obligaciones que generan la ocupación de un piso o apartamento²⁸.

²⁶ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, *libro II, Madrid, 2008.*

²⁷ NIEVA Fenoll, Jordi, Rivera Morales Rodrigo, Colmenares Uribe Carlos, Correa Delcasso Juan Pablo. *El Proceso Monitorio en América Latina pasado, presente y futuro.* Temis, 2013, p. 27.

²⁸ HERRERA Mejía, Evelyn y VILLALTA Gil, Edwin Edgardo. *Análisis jurídico del proceso monitorio dentro del anteproyecto de código procesal civil y mercantil.* Tesis de Grado para optar al Título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad de El Salvador, 2005, p. 7.

Es así como, desde que el proceso monitorio se introdujera para el cobro de deudas comunitarias mediante la Ley 8º del 6 de abril de 1999, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, la morosidad total de las comunidades de propietarios disminuyó en un 70%²⁹

En el caso de un proceso monitorio de propiedad horizontal la notificación debe hacerse en el domicilio previamente designado por el deudor para recibir notificaciones. Si no se designó tal domicilio, se intentará en el piso o local, y si no pudiera hacerse se acudirá a la comunicación edictal.

Según datos proporcionados por el Colegio de Abogados de Barcelona en el año de 1983, en un informe rendido por sus miembros, propugna la creación de un proceso monitorio con el objetivo de dar seguridad y eficacia a reclamaciones de escasa cuantía de dinero, lo cual favorece al acreedor porque no necesita de muchos requisitos como en el proceso ordinario; siendo uno de los requisitos fundamentales la obligación de pagar la deuda que conste en un documento, sin necesidad que el documento tenga fuerza ejecutiva, pues a través del proceso monitorio es que se busca crear un título ejecutivo para ejecutar el pago.

Posteriormente, se llegará a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España en el año 2000, en la cual en el artículo 812 se estructura dicho proceso para la reclamación de deudas dinerarias que, según la exposición de motivos de la citada ley, se confía que por los causes de dicho proceso, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario de muchos justiciables, y en especial de muchos profesionales y empresarios medianos y pequeños.

En España³⁰, hasta donde la petición monitoria haya reunido los requisitos legales, se debe requerir el pago al deudor en plazo de veinte días, mediando resolución que *“debe ser notificada de forma personal, mediante copia de la providencia o de cédula. En caso*

²⁹ La Ley “Diario de Noticias”, mayo de 2000.

³⁰ PICÓ i Junoy, Joan. El proceso monitorio Una visión española y europea pensando en Colombia. XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre, 2012, p. 1029

*de no lograrse resultan de aplicación las normas generales establecidas en la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) relativas a la averiguación del domicilio del demandado*³¹.

Empero, la imposibilidad inicial de localizar al demandado en su domicilio no puede suponer un automático sobreseimiento o archivo de las actuaciones, debiéndose permitir a la parte demandante indicar nuevos domicilios conocidos o peticionar las diligencias de averiguación que considere necesarias, ante lo cual el secretario judicial deberá emplear su máxima diligencia para hacerla efectiva. Agotadas todas las averiguaciones del domicilio se excluye expresamente la posibilidad de acudir a la notificación edictal y el juez deberá dictar auto dando por terminado el proceso, dejando constancia de tal procedimiento y reservando al acreedor el derecho de instar de nuevo el proceso ante el Juzgado competente³².

Específicamente, y de acuerdo con Silva Tallón, en España los órganos jurisdiccionales vienen dando respuesta jurisprudencial a los problemas que plantea el proceso monitorio, lo cual ha puesto de manifiesto que dicho proceso, ha sido pretendidamente rápido y eficaz. Argumenta que ha sido su escasa regulación interna la que en ocasiones no cumple con esta finalidad, lo cual ha llevado a que se haga necesario imponer soluciones legales con base en las normas generales de la ley procesal.

De otro lado, la respuesta jurisprudencial ha resultado poco uniforme, ocasionando innecesarios aspectos de inseguridad. Entre otras cosas “*se aboga por la supresión del requerimiento edictal, la no admisión de las medidas cautelares o la exigencia de presentación de demanda de ejecución cuando el deudor no se opone ni paga en el plazo legalmente previsto*”³³.

³¹ Ibid.

³² Ibid., p. 1030

³³ SILVOSA TALLÓN, José Manuel La respuesta jurisprudencial ante los problemas surgidos en el proceso monitorio. Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 21, año 2008, pp. 31-70 {En línea}. {Consultado el 11 de enero de 2014}. Disponible en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num21/21respuestamon.pdf

La experiencia española, tanto con la introducción del proceso monitorio en su normatividad como en la práctica posterior, ha llevado a la consecuente respuesta que los órganos jurisdiccionales de ese país vienen dando a los problemas que ha planteado dicha implementación. Según Silvosa Tallón, se ha puesto de manifiesto que el proceso monitorio, *“pretendidamente rápido y eficaz, por su escasa regulación, en ocasiones no cumple con esta finalidad e impone ofrecer soluciones legales con base en las normas general de la ley procesal”*³⁴. La respuesta jurisprudencial en este caso ha resultado poco uniforme, entre otras cosas, *“se aboga por la supresión del requerimiento edictal, la no admisión de las medidas cautelares o la exigencia de presentación de demanda de ejecución cuando el deudor no se opone ni paga en el plazo legalmente previsto”*³⁵.

1.2.4. Francia

En Francia está instituido un proceso monitorio documental desde 1937 en el artículo 1405 del nouveau code de procedure civile, que permite constituer títulos ejecutivos a través de un procedimiento documental simplificado. El proceso actualmente establecido comienza con una requête (petición) que debe contener las circunstancias del demandante y del demandado, con el importe preciso de lo que se reclama, la indicación de los elementos de la deuda y su causa. Posteriormente, el juez debe analizar si le parece fundada y en tal 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 meses³⁶.

El proceso monitorio continúa con *“La advertencia de que, de no formular oposición podrá ser obligado al pago requerido, se deben realizar dentro de los plazos de caducidad por los Huissier de Justice (agentes juducuales) bajo pena de nulidad por defecto de tales requisitos. Si se desestima la oposición o no fuese formalizada en el plazo de un mes, el acreedor puede solicitar en el plazo de un mes la declaración de ejecutividad del*

³⁴ Ibid, p. 31

³⁵ Ibid., p. 31

³⁶ BALBUENA Tébar, citado por TORRES y Franciskovic, op. Cit., p. 6

*mandamiento de pago, que produce todos los efectos de una sentencia. Trascurrido este plazo, el mandato de pago queda sin efecto*³⁷.

Es un procedimiento monitorio de tipo documental regulado en los artículos 1.405 y 1.425 del nouveau code de procedure civile vigente desde 1937, para el año de 1997 el número de requerimientos de pago emitidos ascendió a 849.596, frente a los cuales el deudor formuló oposición en un 5% de los casos, este proceso es utilizado principalmente por las compañías aseguradoras que reclaman un 96% de las deudas que ostentan para con sus clientes; por los agentes comerciales, inmobiliarios y comisionistas que reclaman el 91% de las mismas. Y por los organismos de crédito, que reclaman el 89% de estas.³⁸

1.2.5. Portugal

En Portugal cada año se tramitan por sus cauces más de 200.000 pretensiones, siendo el año 2006, la duración media de la mitad de estos procesos inferiores a dos meses. Más concretamente en el año 2000, se incoaron 146.802 procesos monitorios y, escasamente unos años después, en 2003, la cifra ascendía ya a 293.958.³⁹

1.2.6. Costa Rica, Honduras y México

El Proceso monitorio en Centroamérica se da después de su acogimiento en Europa, y por medio España pasó a América, siendo Costa Rica uno de los primeros países en acogerlo en su legislación procesal desde el tres de mayo de 1990 con el Código de Procedimiento Civil, al que luego se le introducirían algunas modificaciones con la Ley 8624 de 2008 o ley de Cobro Judicial⁴⁰.

Por su lado, la legislación de Los Estados Unidos de México es más tardía en su aplicación con la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 y luego con el Código Federal de Procedimientos Civiles de reciente data⁴¹.

³⁷ TORRES y Franciskovic, op. Cit., p. 6

³⁸ NIEVA Fenoll, Jordi, Rivera Morales Rodrigo, Colmenares Uribe Carlos, Correa Delcasso Juan Pablo. El Proceso Monitorio en América Latina pasado, presente y futuro. Temis, 2013, p. 26.

³⁹ Ibid., p. 28.

⁴⁰ BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Op. Cit., p. 23

⁴¹ OÑATE L., Santiago. Evolución del derecho procesal mexicano. Antecedentes, desarrollo histórico, problemas centrales y soluciones (en línea). Disponible en:

También en Honduras entró a regir tardíamente en comparación con Costa Rica y el Salvador, ya que entró a regir con muy similares visos que en los otros países centroamericanos en el año 2006 junto con la expedición del Código Procesal Civil y como un proceso de tipo documental⁴².

1.2.7. Venezuela

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

“Cuando la pretensión del demandante persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, el Juez, a solicitud del demandante, decretará la intimación del deudor, para que pague o entregue la cosa dentro de diez días apercibiéndole de ejecución. El demandante podrá optar entre el procedimiento ordinario y el presente procedimiento, pero éste no será aplicable cuando el deudor no esté presente en la República y no haya dejado apoderado a quien pueda intimarse, o si el apoderado que hubiere dejado se negare a representarlo.”

En este articulado es notable la inclusión de bienes fungibles muebles, aparte del dinero, además de la previsión de su no aplicabilidad cuando resulte imposible la localización del deudor, pero previendo la posible existencia de un apoderado.

De otra parte, en Honduras se ha previsto un proceso monitorio documental, restringido a acreencias en dinero y por cuantía limitada, desde el año 2006 en el artículo 676 del Código Procesal Civil:

“El proceso monitorio será el adecuado para la interposición de pretensiones cuyo fin sea únicamente el pago de una deuda de dinero, vencida y exigible, de

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1017/8.pdf>>[Septiembre 30 de 2013]. Citado por BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Ibid., p. 6

⁴² PROGRAMA PARA EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN HONDURAS. Módulo 4. Explicación instructiva del nuevo código procesal civil de Honduras. En: BORBÚA, Ibid., p. 24

cantidad determinada en Lempiras o en moneda extranjera admisible legalmente, hasta un límite de Doscientos Mil Lempiras (L.200, 000.00)”.

En la actual República Bolivariana de Venezuela el proceso monitorio es denominado tanto proceso como procedimiento por intimación, y está contemplado en el Código de Procedimiento Civil y sus posteriores reformas. Allí es un proceso más amplio que el de Colombia, es documental y puro y además tiene reglamentadas medidas cautelares en su trámite⁴³. Es ubicado normativamente como un proceso ejecutivo en los artículos 640 a 652 del Estatuto de Procedimientos Civiles

En el caso venezolano es un proceso sui generis y sui juris, que trata en algunos casos de parecerse al proceso de ejecución por sus mismas connotaciones procesales y las medidas de cautelas que en algunos casos se pueden decretar por el juez o tribunal. Ello se desprende prístinamente de la redacción misma del artículo 646 y siguientes del Código de Procedimiento Civil venezolano:

“Artículo 646: Si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagarés, cheques, y en cualesquiera otros documentos negociables, el Juez a solicitud del demandante, decretará embargo provisional de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados. En los demás casos podrá exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas de la medida. La ejecución de las medidas decretadas será urgente. Quedan a salvo los derechos de terceros sobre los bienes objeto de las medidas.

Y el artículo 647 señala:

“El decreto de intimación será motivado y expresará: El Tribunal que lo dicta, el nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado, el monto de la deuda, con los intereses reclamados, la cosa o cantidad de cosas que deben ser

⁴³ BORBÚA, op. Cit., p. 24

entregadas, la suma que a falta de prestación en especie debe pagar el intimado conforme a lo dispuesto en el artículo 645 y las costas que debe pagar; el apercibimiento de que dentro del plazo de diez días, a contar de su intimación, debe pagar o formular su oposición y que no habiendo oposición, se procederá a la ejecución forzosa. Artículo 648 El Juez calculará prudencialmente las costas que debe pagar el intimado, pero no podrá acordar en concepto de honorarios del abogado del demandante, una cantidad que exceda del 25% del valor de la demanda. Artículo 649 El Secretario del Tribunal compulsará copia de la demanda y del decreto de intimación y la entregará al Alguacil para que practique la citación personal del demandado en la forma prevista en el artículo 218 de este Código. Artículo 650 Si buscado el demandado no se le encontrare, el Alguacil dará cuenta al Juez, expresando las direcciones o lugares en que lo haya solicitado, y éste dispondrá, dentro del tercer día, que el Secretario del Tribunal fije en la puerta de la casa de habitación del intimado, o en la de su oficina o negocio, si fueren conocidos o aparecieren de los autos, un cartel que contenga la transcripción íntegra del decreto de intimación. Otro cartel igual se publicará por la prensa, en un diario de los de mayor circulación, en la localidad, que indicará expresamente el Juez, durante treinta días, una vez por semana. El secretario pondrá constancia en el expediente de todas las diligencias que se hayan practicado en virtud de las disposiciones de este artículo, y el demandante consignará en los autos los ejemplares del periódico en que hubieren aparecido los carteles. 26 Cumplidas las diligencias anteriores, si el demandado no compareciere a darse por notificado dentro del plazo de diez días siguientes a la última constancia que aparezca en autos de haberse cumplido las mismas, el Tribunal nombrará un defensor al demandado con quien se entenderá la intimación.

Este procedimiento ha sido llamado por el doctrinante EDUARDO PALLARES como “proceso de conocimiento incompleto”⁴⁴, porque se puede obtener la ejecución con base

⁴⁴ PALLARES Eduardo, Diccionario de derecho Procesal Civil, México, Edit. Porrúa. S.A., 1977, pág. 646

en un conocimiento que no agota las cuestiones litigiosas si no existe oposición, en caso de formularse oposición se pasa al juicio ordinario.

En Venezuela ha tenido poca aplicación los denominados “preceptos solvendo”; en el Código de Procedimiento Civil derogado no se contemplaba ningún procedimiento de esta naturaleza. Con las modificaciones realizadas al Estatuto Procedimental en el artículo 640 a 652, como se dijo con anterioridad se incluyó el procedimiento monitorio; al igual que en Colombia se presenta como uno de los grandes logros en función de la celeridad procesal, el legislador de la Ley 1564 de 2012, lo presenta como la tutela efectiva del crédito para de esta forma también dar prelación al principio de economía procesal, en ambos ordenamientos si el demandado formula oposición el juicio se tramita por la cuerda del proceso verbal sumario.

En general, la implementación de la figura de intimación en el proceso monitorio en los diversos países que lo han hecho, demuestra que una búsqueda básica ha sido proveer celeridad a este tipo de procedimiento que permite finalmente proceder a un mandato de pago con fuerza ejecutoria. El proceso ha sido tanto estrictamente documental o como un proceso puro. La carga de la prueba reside tanto en el demandante para soportar su pretensión como en el demandado para fundamentar pruebas de su oposición. En cuanto a límites de las cuantías a ser manejadas bajo este proceso hay países que no las limitan así como otros que restringen su acción a cuantías consideradas menores. La experiencia general es que se han obtenido resultados eficaces que concluyen en el pago de lo demandado y mediante ejecución del título base de la petición.

1.3 La doctrina internacional acerca del proceso monitorio

En el ámbito internacional, el procedimiento monitorio ya lleva un respetable recorrido, por lo que en este contexto no es un tema nuevo en el derecho teniendo en cuenta que es un proceso longevo, como punto de partida se puede tomar el derecho germánico, incluido en los ordenamientos procesales de numerosos países como: Francia, Italia, Alemania, España, Suiza, Austria, Venezuela, Chile, Uruguay ente muchas legislaciones.

El procedimiento monitorio se da como se dijo en acápite anteriores en Italia en el siglo XIII, cuna del conocido “*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*”, fruto del desarrollo y expansión constante que se vivía en las ciudades de la época, que genera un constante flujo comercial que se reportaba en las diversas actividades económicas desarrolladas, dentro de estas actividades se puede destacar la marítima. La finalidad era la de crear un título de manera rápida y eficaz, este requerimiento de pago fue desapareciendo por la influencia francesa, sin embargo reaparece a partir del año 1992, contando con un proceso monitorio de tipo documental, es decir, que no es un proceso puro ilimitado como que consagra el ordenamiento procesal Alemán.

El procedimiento monitorio es de vieja data y en la actualidad es un procedimiento del cual se puede afirmar su constante expansión en diverso ordenamientos jurídicos, tanto en países europeos como en países de Latinoamérica.

1.3.1. Unión Europea

En la Unión Europea, el Reglamento 1896/2006 estableció un proceso monitorio puro que constituye un tipo de reclamación sumaria aplicable a las obligaciones transfronterizas generadas en un país, pero cobradas en otro. Puede operar a través de medios electrónicos para facilitar el funcionamiento del mercado común, sin limitación en la cuantía de la demanda y por su carácter comunitario es de aplicación inmediata en los Estados de la UE, sin necesidad de reglamentación interna. Según cifras disponibles del año 2012 en la Unión Europea el 52% de los procesos judiciales comunitarios se tramitaron a través de estos juicios monitorios⁴⁵.

Pérez Ragone parte de que dar una definición de procedimiento monitorio no es fácil por la variedad de formas existentes. Para Europa en el derecho comparado actual coexisten variedades de “formas monitorias” que pueden ser tipificadas así⁴⁶:

⁴⁵ Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. El secretario judicial en cifras-informe 2012. Recuperado de: [file:///D:/Users/AdhARR/Downloads/SJ_EN_CIFRAS_CNSJ_2012%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/AdhARR/Downloads/SJ_EN_CIFRAS_CNSJ_2012%20(2).pdf) (septiembre 1 de 2014). Citado en Sentencia C-724 de 2014, *ibid*.

⁴⁶ PÉREZ Ragone, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales *Revista de Derecho*, Vol. XIX N°1, julio 2006, p. 208

Modelos bases de tradición monitoria (Alemania e Italia),

Modelos bases derivados (Suiza y Austria),

Modelo de recepción tardía (Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, España, Luxemburgo),

Modelos con procesos similares que tienen función monitoria (Países Escandinavos, Gran Bretaña, Holanda).

Por esto mismo, según el autor conviene mejor hablar de “formas monitorias” sobre la base de la estructura, técnica y objetivos de la “monición”, sin insuficiencias y/o errores conceptuales. Seguidamente, Pérez Ragone parte de aclarar que lo discutido y experimentado en el entorno europeo tiene símiles en países de Latinoamérica donde tienen este instituto monitorio “*con un respetable funcionamiento*” como Perú, Brasil y Uruguay.

Partiendo de lo anterior, la Unión Europea, EU, ha mantenido la iniciativa de un proyecto de un proceso monitorio para Europa uniforme, aún no vigente, que puede enseñar con la experiencia e historia para seleccionar la mejor opción. Dado que la mayoría de los miembros de la UE dispone de este proceso monitorio, o de un procedimiento similar, además de que la experiencia del procedimiento monitorio facilita con celeridad el resguardo efectivo de derechos y simultáneamente brinda una alternativa válida para la Justicia mediante un tratamiento especial de la rebeldía que ocasiona elevados costos en tiempo, esfuerzo y recursos económicos⁴⁷, se facilitaría la unificación en este sentido.

Pérez Ragone ha precisado que respecto al debido proceso, el instituto procesal monitorio no solo garantiza el acceso a la justicia y a la debida tutela del crédito en favor del requirente. Además, el requerido tiene la posibilidad de ser oído estando en la igualdad de condiciones, si los medios de notificación resultan expeditos⁴⁸.

Con apoyo en copiosa base documental (Klorzl 1993, Ballon 1995, Coester-Walrjen 1995, Fasching 1996, Chiavario y otros 2001, Di Rosa 2002, entre otros) Pérez Ragone concluye que es suficiente el silencio u oposición del requerido para justificar las etapas procesales subsiguientes, en forma similar a la rebeldía, de manera que no ofrece reparos constitucionales, ni cuestionamientos a una eventual afectación del debido

⁴⁷ Ibid, p. 205

⁴⁸ Ibid., p. 213

proceso. Igualmente sostiene que el proceso monitorio como está implementado en la mayor parte de los países miembros de la UE resulta aceptable y hasta menos agresivo que otros procesos, como la ejecución por ejemplo, lo cual le ha merecido la aprobación en la jurisprudencia, según la Carta de Derechos Humanos en la Unión, no siendo contrario a su artículo sexto.

En el proceso monitorio tal como está en vigencia “Se respetan los intereses de requirente y requerido en una efectiva tutela jurisdiccional, dando a las partes posibilidad en igualdad de requerir y ser requeridas”, siempre mediando la eficacia de los medios de notificación⁴⁹.

En caso de que el requerido no haga uso de la posibilidad no debe obstaculizársele el efectivo ejercicio de la jurisdicción en beneficio de la otra parte, así como es prevista la posibilidad procedimental para oponerse y poder acceder a un contradictorio, en el cual se discutirá la fundabilidad de una pretensión que reviste garantía suficiente.

De este modo el silencio toma relevancia en beneficio del requirente habiendo tenido el requerido posibilidad de defenderse previa su notificación, con lo cual la discusión en torno al debido proceso se vio multiplicada con la reforma de la Constitución Italiana y su artículo 111, habiéndose ratificado la adecuación del proceso monitorio a las exigencias del debido proceso⁵⁰.

Por tanto, a nivel de la Unión Europea, como representación de una suma de experiencias de sus diversos países miembros, se ofrece la discusión y formulación de un procedimiento monitorio como un excelente antecedente para la incorporación legislativa del instituto en países que lo desconocen.

De manera que lo sucedido en la UE ha demostrado un éxito valioso tanto para el justiciable como para la administración de justicia⁵¹. La existencia de los elementos esenciales con perspectiva en el derecho comparado comunitario no permite sino hablar

⁴⁹ Ibid., p. 214

⁵⁰ Ibid., p. 215

⁵¹ Ibid., p. 206

de una pluralidad de formas que puede asumir el proceso monitorio. A base de lo que denominamos elementos accidentales se pueden identificar diversidad de formas y matices que asume el monitorio y poderlo calificar de más o menos eficiente. Pérez resume algunos elementos jurisprudenciales al respecto⁵². La propia jurisprudencia comunitaria ha ratificado su utilidad y adecuación a los requerimientos del debido proceso.

En Europa, según la afirmación del autor citado, en la UE, a través del proyecto de un proceso monitorio uniforme para los países miembros podría seleccionar la mejor opción dentro de la amplia experiencia histórica al respecto⁵³.

No obstante esto, al mirar hacia el derecho comparado comunitario no se puede hablar sino de una pluralidad de formas que puede asumir el dicho proceso monitorio, todas las cuales, sin embargo, permiten calificarlo de “*más o menos eficiente*”⁵⁴. En ello se hace referencia a todas las diversas formas monitorias en Europa y la conclusión de Pérez Ragone es que, para salvaguardar el debido proceso, son parámetros de respetar que la notificación sea fehaciente y la comunicación al requerido sea adecuada “advirtiendo sobre las consecuencias de su inacción en determinado plazo y facilitarle la contestación

⁵² Pérez Ragone anota lo siguiente: Para contrarrestar la lentitud del proceso ordinario el Código Procesal Civil Tipo para Iberoamérica contiene uno llamado proceso de “estructura monitoria” en general en los Arts. 311 bis 315.

El Código intenta distinguir “legislativamente” –sin éxito– entre proceso con estructura monitoria y proceso monitorio (Véscovi, E., “Proceso ejecutivo”, en *Un “Codice Tipo” di Procedura Civile per L’America Latina*, Cedam, Padova, 1990, p. 294 y ss.); del mismo, “Dai processi straordinari alla tutela sommaria differenziata”, en *Riv. Dir. Proc.* III, 1996, p. 770 y ss. (Num. 5.1. y ss.); coincidente con la visión crítica de esta distinción dogmática y legislativamente poco feliz Guimarães Ribeiro, A., “La tutela judicial del crédito en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”, *Revista de Direito Processual Civil-Genesis* vol. 23, Curitiba, 2002, p. 140 y ss. Las notas en común estarían dadas por una cognición limitada a la prueba documental que se acompañó y a las excepciones y/o defensas que podía oponer el demandado para fundar su oposición.

Mientras el “proceso monitorio” estaría pensado para pretensiones dinerarias, la estructura monitoria general admite otras pretensiones como entrega de cosas. La diferenciación no parece feliz, ya que en definitiva se confunde un proceso sumario donde incluso el demandado puede oponer excepciones limitadas que en definitiva tornan al proceso en contradictorio confundiendo estructuras procesales. En caso de oposición, esta etapa se convierte en introductoria del proceso de conocimiento. En caso de falta de oposición, se debe emitir la sentencia ejecutiva. Sólo lo que se denomina “proceso monitorio” parece adecuarse a lo que se viene desarrollando en el presente como tal (Art. 313.6, crítico Guimarães Ribeiro, A., *op. cit.*, p. 140 y ss. y comp., por cierto, lo manifestado por el propio Véscovi, E., “Proceso ejecutivo”, supra citada, p. 294 y ss.).

⁵³ PÉREZ Ragone, *op. Cit.*, p. 208

⁵⁴ *Ibid.*, p. 209

como la realización del acto de oposición”. Esta precisión la hace citando al respecto la obra colectiva de Rechberger, que incluye una decena de investigadores⁵⁵, acerca de países como Alemania e Italia, Suiza y Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, España, Luxemburgo, Países Escandinavos, Gran Bretaña y Holanda, así agrupados.

1.3.2. Centroamérica

En Costa Rica el Proceso Monitorio ha sido reservado para la deuda dineraria documental que no revista por si sola fuerza ejecutiva, dado que es la creación del título ejecutivo la finalidad de estos procesos. Sin embargo no existe todavía en su legislación una clasificación específica y detallada sobre los documentos que sirven de base para fundamentar este proceso. Lo contrario sucede con el proceso ejecutivo, pues el artículo 438 del C.P.C enumera una serie de documentos con fuerza ejecutiva que resultan válidos para entablar una demanda ejecutiva.

La jurisprudencia costarricense ha tratado de llenar esa laguna jurídica: “*que al existir un paralelismo entre el proceso ejecutivo y el proceso monitorio, las normas perfectamente pueden ser integradas a base de analogía*”⁵⁶ Se entiende entonces que para formular una pretensión ejecutiva o monitoria, primero se debe contar con un documento público o privado que sea el original y en el cual este expresada una suma de dinero líquida y exigible y que a su vez este firmada por el deudor y que en él, se determinen los sujetos de la relación obligacional.

1.3.3. Latinoamérica

En Latinoamérica, según Pérez Ragone, los países que tienen implementado el proceso monitorio “*han desarrollado una justicia civil eficiente, tal el caso de Brasil, Uruguay y Perú*”⁵⁷.

⁵⁵ RECHBERGER, W.-Kodek, G. (Coord.), Order for Payment in the European Union The Hague/London/New York, 2001. Citado por: Pérez Ragone, pp. 208-209

⁵⁶ BORBÚA, op. Cit., p. 26. Cita al Tribunal Superior Primero Civil, San José, número 689-93 de las 13:30 hrs. del 21 de junio de 1993.

⁵⁷ PÉREZ RAGONE, op. cit., p. 1

El ordenamiento del Uruguay incluyó un procedimiento monitorio en el artículo 354 del Código General del Proceso, con características de medida cautelar, con embargo y orden de ejecución inmediata, adelantada a petición del acreedor, sin darle noticia al deudor.

Pérez, hace referencia al caso de Chile, país en el cual al reformar su proceso civil “se puso especial énfasis a la notificación personal al deudor como un presupuesto, se estableció la petición sin patrocinio letrado y en forma de “solicitud” con mínimos requisitos. El juez examina los antecedentes, da o no ha lugar dictando la resolución de intimación de pago”⁵⁸. El autor insiste en que muchas de las críticas y tópicos tratados en torno al proceso monitorio “ya fueron planteados en el marco de la UE y dentro de otros países de Latinoamérica donde tienen este instituto con un respetable funcionamiento como Perú, Brasil y Uruguay”⁵⁹.

En Chile, de la reforma chilena al proceso civil se establece la petición sin patrocinio letrado y en forma de “solicitud” con mínimos requisitos, luego de lo cual el juez examina los antecedentes, da o no ha lugar dictando la resolución de intimación de pago⁶⁰. Actualmente, “Se incoa mediante un escrito que se presenta ante el órgano jurisdiccional – Amtsgerichte- competente en el que se exponen los datos precisos del demandante y demandado, fuero elegido y petición principal y accesoría”, lo cual parte del conocimiento cierto del domicilio del demandado.

De lo anotado, se puede decir de manera certera que el proceso monitorio novedoso en la legislación Colombiana ha sido trasplantado como una institución híbrida producto de la combinación del procedimiento monitorio puro del derecho Alemán, y limitado, como está concebido en el derecho Italiano la Corte Constitucional en la sentencia C-726-2014, lo afirma en los siguientes términos: “Esta referencia al derecho comparado, le permite a la Corte constatar que, no obstante que en el derecho colombiano el proceso por intimación o proceso monitorio aparece como una novedad recientemente incorporada al Código General del Proceso, en otros entornos normativos es una institución longeva,

⁵⁸ Ibid., nota de pie de página 98

⁵⁹ PÉREZ Ragone. Op. cit., p. 205

⁶⁰ Documento del Foro sobre la Reforma Procesal Civil en Chile, pp. 19-20. Citado por Pérez Ragonme, nota 98.

utilizada como procedimiento simplificado para la constitución de títulos de ejecución de manera célere y eficaz.”

1.4 Algunas modalidades del proceso monitorio

María González presenta el proceso monitorio partiendo de que la Unión Europea se fijó como objetivo prioritario mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo cual era necesario mejorar, simplificar y acelerar la cooperación judicial civil entre los Estados miembros, en un ámbito económico y social en el que cada vez resultaba más perceptible y trascendente la pendencia de procesos que escapan de las fronteras de un Estado para adquirir importancia y repercusión en el ámbito geográfico de varios Estados miembros⁶¹.

Fue mediante el Reglamento (CE) 1896/2006, con el cual se estableció un proceso monitorio europeo. Su instauración tuvo por objetivo simplificar, acelerar y reducir los costes de la litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio que diera lugar al requerimiento europeo de pago, que pudiera circular libremente a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de unas normas mínimas cuya observancia hiciera innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución antes del reconocimiento y la ejecución material. A continuación, con base en la metodología de Pérez Ragone⁶², se hace una descripción breve de la diferenciación del procedimiento monitorio:

1.4.1. Proceso monitorio ejecutivo y de conocimiento

Las diferentes formas del proceso persiguen otorgar un título ejecutivo judicial al requirente. Las consecuencias en la técnica legislativa de los medios de impugnación ya contra la/s intimación/es de pago, ya contra la sentencia de ejecución sobre la base de la inactividad del requerido, se corresponden mejor con la técnica recursiva de un proceso de conocimiento. Nada impide la coexistencia de una preparación de la vía ejecutiva

⁶¹ GONZÁLEZ Cano, María Isabel. *El proceso monitorio Europeo*. Ed. Tirant, 2008, p. 2

⁶² *Ibid.*, pp. 205-235

(necesariamente documental) y como parte de la ejecución con la existencia paralela del proceso monitorio como en el caso de España con la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Art. 517 y ss.).

1.4.2. Proceso monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio

El proceso monitorio estructurado como proceso de conocimiento se caracteriza por brindar la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria con atributo de cosa juzgada, que a su vez, admite dos modalidades: 1) proceso monitorio –en tanto proceso de conocimiento especial– independiente o 2) como faz introductoria de un proceso contradictorio.

En la modalidad introductoria, la petición monitoria debe interponerse formalmente como una⁶³ demanda con todas sus partes, requisitos y no como una simple petición. El tribunal, en vez de fijar la audiencia, emite una orden de pago contra el demandado, quien tiene la posibilidad de oponerse, permitiendo el inicio del proceso ordinario contradictorio automáticamente, considerando la demanda interpuesta en tanto demanda monitoria como demanda que inicia ahora el proceso de conocimiento.

En Italia, Portugal y Austria el inicio del proceso contradictorio ante la oposición del demandado es automático, sin necesidad de acto adicional del actor. En Alemania, Luxemburgo y Suecia es necesario que el actor lo peticione. Lo común a los modelos de conocimiento descritos, es que no habiendo oposición del demandado el actor obtiene una sentencia definitiva favorable en calidad de cosa juzgada⁶⁴.

En el caso del proceso monitorio de conocimiento con resolución por sentencia o providencia simple se parte que lo único relevante es permitir el acceso a la ejecución, ya sea: Como una sentencia en carácter de cosa juzgada y ejecutiva (Alemania, Austria y Suecia), como una resolución *sui generis* con efectos preclusivos y ejecutivos (Francia y

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

Bélgica) o, como una providencia que es título ejecutivo (Suiza, Dinamarca, en Portugal es sólo provisoriamente ejecutable).

1.4.3. Proceso monitorio en una o varias fases

De acuerdo a los efectos atribuidos a la inactividad del requerido, el punto de partida lo constituyen el aviso o requerimiento de pago no atacado por el requerido, en una etapa, si este silencio es suficiente para que se proceda a emitir la sentencia monitoria o de ejecución, pudiendo el requerido sólo defenderse mediante vías de impugnación no ordinarias. Se otorga al requerido un medio ordinario de oposición contra una segunda o sucesiva intimación y finalmente contra una sentencia monitoria sujeta en realidad a una condición resolutoria o suspensiva.

a. Modelo en una fase

Se garantiza la celeridad suficiente para el otorgamiento del título ejecutivo judicial. Es suficiente la inactividad única del requerido contra el aviso de pago, “*sentencia de rebeldía o de orden de pago por anticipación*”, en la cual el silencio justifica concluir en una sentencia monitoria en calidad de cosa juzgada o al menos con ejecutabilidad (provisoria o definitiva).

Por regla general en los países con estructura monitoria de una etapa, como Austria y España, no es posible la ejecución provisoria de la sentencia monitoria, lo cual se justifica por ser la sentencia monitoria ya una resolución –definitiva o provisoria– fundada y a la cual solo le hace falta la “*cláusula de ejecución*” no necesitando de etapa intermedia para ello.

b. Modelo en dos o más fases

Representa mayor seguridad para el requerido, pues simultáneamente permite al órgano competente evaluar en dos oportunidades la petición del requirente y la conducta asumida por el requerido. La primera falta de oposición es el fundamento para emitir la sentencia monitoria, la que, a su vez, puede ser nuevamente sujeta a impugnación⁶⁵,

⁶⁵ Ibid., p. 221

recién en esta segunda oportunidad la inactividad del requerido justifica una resolución con carácter de cosa juzgada fundada en la rebeldía/reconocimiento.

c. Efectos inmediatos de la oposición

La interposición de una oposición oportuna tiene diferentes efectos con relación al aviso de y/o requerimiento de pago y/o sentencia monitoria. De acuerdo con el modelo en Austria y Alemania, la orden de pago pierde su fuerza intimatoria.

2. Los trasplantes jurídicos

En el capítulo se hace una serie de referencias generales a los denominados trasplantes jurídicos, o trasplantes legales, como una forma de importación de figuras jurídicas provenientes de otros contextos sociales y normativos, principalmente desarrollados, para su puesta en marcha como modelos jurídicos en la periferia. Con base en la descripción del dicho trasplante se cataloga al proceso como un caso más de importación de una figura jurídica proveniente de otros entornos jurídicos internacionales.

2.1 Características de un trasplante jurídico

Jonathan Miller realiza una tipificación de los tipos de trasplantes jurídicos con base en los factores que impulsan su implementación en los casos que estas innovaciones se ponen en práctica en diferentes sociedades y contextos:

1) *Cost-saving Transplant*. Se trata de un trasplante que ahorra costos. Se trata de una recepción dirigida a ahorrar tiempo haciendo lo que otro país ya ha comprobado y a evitar la necesidad de destinar recursos desarrollando soluciones autóctonas⁶⁶.

2) *Externally Dictated Transplant*. Se trata de un trasplante que, de alguna manera, es impuesto externamente, siendo un tipo de recepción ubicuo y usual a través de todo el mundo, pero que se da particularmente en los países en vías de desarrollo⁶⁷.

3) *Transplant as a vehicle for individual investment*, o trasplante *entrepreneur*. El trasplante como vehículo para la inversión personal, refleja un claro estímulo para el

⁶⁶ MILLER, Jonathan. Una tipología de los trasplantes legales, utilizando la sociología, la historia del derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. *American Journal Comparative Law*. Traducción de Lucas Emiliano Barreiros y Luciana Teresa Ricart 2004, p. 21

⁶⁷ *Ibid.*, p. 61

trasplante legal derivado de la presencia en el país receptor de individuos, que a la vez que se encuentran interesados en la estructura legal foránea, tienen también interés en obtener algunos beneficios políticos o económicos por su implementación al interior del país⁶⁸.

4) *Legitimacy-Generating Transplant*. Es el tipo de trasplante visto como un generador de legitimidad, con lo cual Miller parte de los conceptos de dominación legítima no basados únicamente en la fuerza, que fueron propuestos por Max Weber.

En primer lugar, se trata de la dominación racional basada en la creencia acerca de la legitimidad de las reglas sancionadas y en el derecho de aquellos que han sido elegidos como autoridad bajo dichas reglas para emitir órdenes. En segundo término, es la dominación tradicional, en la que la autoridad descansa en una creencia arraigada en la legitimidad de tradiciones inmemoriales y en la consecuente legitimidad de quienes ejercen la autoridad bajo éstas.

De otra parte, William Twining ha analizado las diferencias entre trasplantes simples, complejos, pragmáticos, valorativos y contextuales.

En el *trasplante simple*, tanto el exportador como el importador de derecho son claramente identificables; el objeto transferido es usualmente un conjunto de reglas jurídicas que, como objeto trasplantado, no sufre ningún tipo de cambio en el Estado receptor. En dichas dinámicas de trasplante simple, el intercambio entre países se da en una sola vía y el derecho que es recibido reemplaza al derecho persistente o llena algún vacío que previamente existe sobre la materia en el sistema jurídico receptor⁶⁹.

El *trasplante complejo*, surge de la circunstancia de que no siempre o no solo los trasplantes son promovidos por los Estados o no son siempre identificables y los importadores de derecho no resultan ser siempre sistemas jurídicos subdesarrollados o dependientes. Esto significa que hay países desarrollados que reciben derecho,

⁶⁸ Ibid., p. 31

⁶⁹ TWINING, William. Diffusion of law: a global perspective. The Tillburg Warwick Lectures, 2000; pp. 22-27; Generalizing about law: the case of legal transplants, HILJ Lecture IV, 2006, pp. 507-515; y, Social Science and diffusion of law. Journal of law and sociology, 2005, pp. 203-204

como España y Portugal, y otros que, como Alemania y Francia, exportan derecho en la misma Unión Europea. Los derechos que se trasplantan así son diseños institucionales, formas de redacción de documentos jurídicos, algunas ideologías, modelos teóricos descriptivos o normativos y métodos de enseñanza o estructuras curriculares⁷⁰.

Los *trasplantes pragmáticos*, de otra parte, son herramientas para solucionar problemas concretos donde el agente importador escoge, o el agente exportador lo impone, un conjunto de normas o instituciones que en otros contextos afrontaron con éxito retos análogos a los que ahora se enfrentan en el país receptor⁷¹.

El *trasplante valorativo*, significa que para comprender los trasplantes hay que concentrarse en los valores, principios e interese políticos que los fundamentan y motivan. Los instrumentos jurídicos que se importan y que son relevantes para el análisis, sin embargo, son secundarios frente a las categorías conceptuales y prácticas que les dan origen y los sostienen⁷².

El *trasplante contextual*, parte de la existencia de una estrecha relación entre el derecho y la sociedad, en la cual las normas refleja las variables culturales, políticas y económicas que caracterizan la comunidad. De ello se deduce que los trasplantes tienen problemas serios para echar raíces y consolidarse en los contextos de recepción⁷³. Bonilla se acoge a que este parece ser el caso de la implementación del proceso monitorio en Colombia, a través de lo prescrito en el capítulo cuatro de la sección primera en el nuevo Código General del Proceso del año 2012⁷⁴.

Para implementación de un trasplante jurídico se prevé un trabajo de comparación entre los países emisor y receptor. De conformidad con los trabajos de Giuseppe de

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ BONILLA, op, cit. , p. 153

Vergottini⁷⁵ y Alessandro Somma, quien habla de impostaciones jurídicas⁷⁶, hay cinco pasos que son:

1. Identificación del *tertium comparationis*, o problema común a los dos países.
2. Descripción sobre las instituciones jurídicas vinculadas con la comparación tanto en los sitios de producción jurídica, emisores, como en los sitios de recepción, en cuanto a formantes normativos, jurisprudenciales y doctrinales.
3. Identificación de los contextos sociales, económicos, políticos y culturales en que se observan los formantes antedichos.
4. Realización del ejercicio de semejanzas y diferencias.
5. Identificación y explicación de las conclusiones que sean resultado de la comparación consistente en tipos de trasplantes jurídicos.

2.2 El proceso monitorio como trasplante jurídico

El proceso de intimación o proceso monitorio es una figura jurídica ya experimentada en el mundo. Significa un trasplante jurídico al caso colombiano cuya finalidad como proceso declarativo especial se cumplía mediante un proceso ordinario en el código anterior, con algunas demoras subsecuentes, pero que ahora espera reducir aportando una mayor eficiencia al proceso. Su utilidad debe ser comprobada con la experiencia en su aplicación, luego de lo cual se podrá reconocer si aporta a la descongestión del aparato judicial para quien pretenda el pago de una obligación dineraria, de naturaleza contractual, que en vigencia del Código de Procedimiento Civil se tramitaban por la cuerda del proceso ordinario, como se dijo en otro aparte vigente desde el 1º de enero del año 2.016.

⁷⁵ DE VERGOTTINI, Giuseppe. Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado, pp. 1373-1399. Comparación interna y externa, p. 1396

⁷⁶ SOMMA, Alessandro. Trasplante jurídico ordoliberal: la fundación Konrad Adenauer en América Latina, con particular atención al ordenamiento jurídico peruano. Università degli Studi di Ferrara, 2007-2010, p. 49

Cabe preguntarse, en primer lugar, ¿qué es un trasplante jurídico? Entre las muchas formas que ejercen influencia en las normas y generan cambios legales, están las que desarrollan íntegramente un sistema con normas nuevas con base en el trasplante de normas de otro sistema legal, o las que desarrollan y modifican las normas existentes mediando la formalización de usos presentes y trasplantando algunas normas extranjeras o creando parcialmente nuevas normas. De todas ellas, las formas que generan cambios con base en algunas influencias externas corresponden a los trasplantes jurídicos⁷⁷.

Los trasplantes legales, según Galeano, no son realizados solamente por los legisladores, pues los jueces y académicos tienen también la capacidad de iniciar algunos cambios legales. Los jueces, por su parte, se refieren entre sí, teniendo en cuenta la compatibilidad de los diferentes sistemas, algunos casos de observancia obligatoria o de jurisprudencia, tomando en cuenta conclusiones y justificaciones de fallos y decisiones de tribunales extranjeros que traten de hechos o normas similares. Por su lado, los trasplantes provenientes de los académicos son menos directos, pues influyen de forma gradual e indirecta a través de sus ensayos que, a la vez, son citados y considerados por los jueces o los legisladores.

Al respecto, Daniel Bonilla considera los trasplantes jurídicos como algo fundamental para la construcción y transformación del derecho en el mundo y, en el caso de Colombia, los considera paradigmáticos en el proceso de incorporación del sistema penal acusatorio en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos⁷⁸. Recuerda Bonilla el hecho de que el gobierno colombiano al adoptar con el gobierno de los Estados Unidos la importación del sistema penal acusatorio hacia Colombia, para reemplazar el sistema penal inquisitivo que venía funcionando desde la carta de 1991, lo concretó en el acto

⁷⁷ GALEANO, [Juan Pablo](http://transplanteslegales.blogspot.com/). Definición de trasplante jurídico. Recuperado de: <http://transplanteslegales.blogspot.com/>

⁷⁸ BONILLA Maldonado, Daniel. Introducción, teoría del Derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. En; Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 11

legislativo número 3 de 2002 y en las leyes 813 de 2013, 890 de 2004 o Código Penal y 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal⁷⁹.

No obstante su ejemplo, Bonilla insiste en que los trasplantes jurídicos no siempre son promovidos por los gobiernos y no son siempre identificables, además de que los importadores de derecho no siempre son sistemas jurídicos subdesarrollados o dependientes, lo cual significa paralelamente según este autor, que los sistemas jurídicos desarrollados son también constantes importadores de derecho⁸⁰. De todas formas, Bonilla reconoce que existirían países que como Alemania y Francia serían claros exportadores de derecho y ejemplifica con España y Portugal a países que serían caracterizados receptores del mismo⁸¹.

Alviar y Jaramillo toman en serio las lecturas trasmutadas que se hace de los materiales foráneos por parte de los autores locales, buscando a la vez apartarse de los doctrinantes que explican el origen de una material simplemente como un trasplante completo, incompleto o incoherente de ideas extranjeras, con lo cual se buscaría como fin político una reconstrucción cultural con el fin de generar tradición, relevancia y autoestima para los latinoamericanos en el contexto trasnacional⁸². Pero, en general, Alviar y Jaramillo argumentan que lo universal interacciona con lo local y viceversa, pero que López particulariza esto enfocando enfáticamente la necesidad de relieves el papel de lo local. No consideran suficientemente convincente este argumento en cuanto encuentran que hay lecturas estandarizadas de origen latinoamericano y también lecturas subestándar o trasmutadas en los sitios de producción, y en general, que estas lecturas estandarizadas de los textos canónicos se han distribuido más aleatoriamente de lo que el autor parece reconocer cuando introduce su estricta separación entre centro y periferias⁸³.

⁷⁹ Ibid., p. 15

⁸⁰ Ibid., p. 16

⁸¹ Ibid., p. 17

⁸² ALVIAR, Helena y Jaramillo, Isabel. Políticas de un particularismo transmutado. En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, Ibid., p.92

⁸³ Ibid., p. 109

Con referencia a la recepción de modelos jurídicos en la periferia, Hani Sayed, por su parte, diferencia en ello la malinterpretación oculta en las convenciones de los juristas colombianos y el comportamiento estratégico que habría cuando estos mismos aparecen como políticos astutos que intervienen en los procesos sociales⁸⁴. Insiste que lo que algunos llaman la Teoría Impura ya existe en otros autores, es historia de las exclusiones y no proporciona un criterio normativo para decir cuál de las malinterpretaciones, la universal o la local, sería deseable, es decir, no va más allá de la malinterpretación como una manifestación del genio local⁸⁵.

Gargarella aduce que una interpretación como la de Hart no podría generalizarse a todo el mundo anglosajón⁸⁶. Tampoco, finalmente, que una teoría purificada de lecturas abusivas y manipulaciones, no quiere decir ser obsecuente con la producción central ni complaciente con la recepción periférica⁸⁷. Es entonces el proceso monitorio o procedimiento por intimación un trasplante que, como ha reconocido la Corte Constitucional en Colombia “se encuentra incluido en algunas legislaciones tales como la alemana, la austríaca y la italiana, y ha sido incorporado en nuestra ley procesal, a decir de sus proyectistas, como una forma saludable de agilizar los juicios referidos a las acciones de condena”⁸⁸.

2.3 Análisis sociológico del trasplante jurídico

Alan Watson, conocido como un riguroso romanista y escritor de otros temas iushistóricos, a través de su obra de derecho comparado convirtió la expresión epónima “trasplantes jurídicos” en un elemento usual dentro de la terminología jurídica

⁸⁴ SAYED, Hani. La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia. En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, Ibid., p. 151

⁸⁵ Ibid., p. 159

⁸⁶ GARGARELLA, Roberto. Crítica del Estado de Derecho. Comentario a “¿Por qué hablar de una teoría impura del derecho para América Latina?”. En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, Ibid., p.161

⁸⁷ Ibid., p. 176

⁸⁸ CORTE Constitucional. Sentencia C-726/14 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

contemporánea, a partir del año 1973⁸⁹. Esta terminología conmocionó algunas premisas básicas de disciplinas como la sociología del derecho. Watson define un trasplante jurídico como “el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro”⁹⁰. El estudio de los casos estudiados por Watson demostró que muchas normas se han desplazado, individualmente o en grandes conjuntos, de una sociedad a otra culturalmente muy distinta.

Esta incorporación despreocupada del derecho ajeno, implícita en el trasplante, parecía contrariar la idea de que el derecho está íntimamente ligado a la sociedad que lo genera, una idea muy valorada en la sociología jurídica y en otras disciplinas. La tesis de Watson mostraba una “relativa desvinculación entre el derecho y la sociedad”⁹¹.

Muchos han reaccionado de diversas formas ante los planteamientos de Watson. Una reacción típica consiste en resaltar la genialidad de la sociedad cuyo derecho ha sido ávidamente plagiado. Desde esta óptica, entre los más trasplantados, el derecho romano muy probablemente figuraría en el primer lugar. Siendo así, la única explicación permitiría afirmar que los juristas romanos fueron unos pensadores tan visionarios que su genialidad ha traspasado las barreras del tiempo, el idioma y el territorio, además que fueron relativamente refractarios a la influencia externa en el proceso de creación de su propio derecho. A esto lo denomina el “talento nativo”⁹².

Sin embargo, este argumento no es sólido, pues muchas de las razones por las cuales el derecho romano fue trasplantado fueron extrajurídicas, Por ejemplo, a los juristas medievales los atraía el hecho de que Justiniano hubiera sido un emperador y además un cristiano⁹³.

⁸⁹ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2 Ed.). Athens (Georgia) y Londres: The University of Georgia Press, 121 p., 1993

⁹⁰ *Ibid.*, p. 21

⁹¹ *Ibid.*, p. 103

⁹² *Ibid.*, p. 77

⁹³ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 30.

Por otra parte, la percepción de la genialidad del derecho romano fue promovida por los mismos adaptadores, que necesitaban legitimar sus creaciones con base en un cuerpo de reglas prestigioso, como el *Corpus Iuris Civilis*.

Una segunda reacción ante las posiciones de Watson es la de Pierre Legrand, que decide descartar la existencia de un trasplante jurídico. Eso sería que una sociedad puede tomar reglas prestadas, pero al adoptarlas está cambiando la forma de entender esas reglas hasta el punto de convertirlas en reglas nuevas⁹⁴.

Una versión más prudente de esta tesis es la de Harold Berman quien señala diferencias tan profundas entre la conceptualización del derecho de los romanos y la de los medievales, que las reglas romanas pueden llegar a considerarse como una cantera de la cual los medievales extrajeron lo que más les convino⁹⁵. Pero es ciertamente evidente que la comunidad interpretativa de una sociedad transforma y deforma una regla importada de otra sociedad. Los juristas medievales que construyeron un derecho principialista a partir del casuismo romano realmente hicieron algo nuevo, que mantuvo una continuidad principalmente superficial con los jurisconsultos romanos⁹⁶.

No obstante, asumir con todo rigor la postura de Legrand llevaría directamente a la posición posmodernista según la cual no hay textos por fuera de los intérpretes, sino procesos de interpretación básicamente independientes de dichos textos. De esta manera no se explicaría adecuadamente por qué cierta sociedad importó un cuerpo de reglas, ni la negociación que realizó la práctica jurídica de la sociedad receptora al interpretar las reglas foráneas. Los trasplantes jurídicos son una realidad, y el hecho mismo de su existencia genera hábitos interpretativos particulares en la sociedad receptora.

⁹⁴ LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'Legal Transplants'. University of California, Hastings College of the Law, in January, 1997, pp. 111-112.

⁹⁵ BERMAN, Harold J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts, y Londres, Harvard University Press, 1983, pp. 127-143.

⁹⁶ Ibid.

Otra de las reacciones a los planteamientos de Watson es la reinterpretación radical que propone P. G. Monateri, en la cual la información en contra de la existencia de trasplantes debe aprovecharse para señalar que el derecho ha sido una creación de las élites y para las élites, que ha ignorado las necesidades de la población en general⁹⁷. Es así como, en términos generales, la implementación del modelo internacional de la intimación implementado como proceso monitorio ha sido introducido en el CGP colombiano en confianza con la posibilidad de que súrtalos relativos efectos positivos alcanzados en eficiencia y eficacia. La eficiencia del modelo combinado que se trasplanta en el caso colombiano radicaría en solucionar los asuntos donde se persiga el pago de una obligación dineraria de mínima cuantía de naturaleza contractual que actualmente están contribuyendo a la congestión judicial. La eficacia del proceso monitorio está implícita en la solución rápida de este tipo de demandas. No obstante, queda por ver los reales efectos sobre cobros objetivos a pesar del obstáculo que representa la notificación personal establecida como requisito para la comparecencia del deudor.

⁹⁷ MONATERI, P. G. Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En: La invención del derecho privado. Ed. Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2006, p. 32.

3.Estado del arte

La introducción de la figura del proceso monitorio en el país se hizo junto con la expedición del nuevo Código General del Proceso, frente a lo cual los diversos sectores han expresado inquietudes y hecho algunos cuestionamientos de índole constitucional frente a algunos derechos fundamentales. Estos elementos se exponen en el presente aparte.

3.1 El trasplante jurídico del proceso monitorio en Colombia

Colmenares ha afirmado que en Colombia “*todos los procesos ejecutivos singulares, reales y coactivos son de estructura monitoria*”⁹⁸, en cuanto un mandamiento ejecutivo emitido por un juez sirve para amonestar e intimar, es decir requerir el cumplimiento, en cuanto monitorio se deriva de advertencia o intimación.

Por otra parte, la figura de la intimación propia del proceso monitorio, en Colombia se utiliza actualmente en el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real (art. 467 CGP), por garantía real entiéndase la prenda y la hipoteca, donde el juez ya no libra mandamiento de pago sino mandamiento ejecutivo donde previene al demandado sobre la pretensión de adjudicación del demandante, pero al igual que en el proceso monitorio en caso de que el demandado se oponga mediante excepciones de mérito la ejecución recibe el trámite previsto en el artículo 468 ibídem, para los fines allí contemplados, existiendo en ello una función de recuperación de cartera. Siendo los jueces quienes han de librar mandamiento de pago, cuando se presente oposición, en el proceso monitorio se le da el trámite del proceso verbal sumario, la problemática radica

⁹⁸ COLMENARES Uribe, Carlos Alberto. El Procedimiento Monitorio en el Código General del Proceso. En: Nieva-Fenoll, J., Rivera, R, Colmenares C., y Correa, J. El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Editorial Temis, 2013, p. 129

en el auto que ordena el requerimiento no admite recursos, podría pensarse que esta limitación podría vulnerar el derecho al debido proceso y a la defensa, pero como se verá en otro aparte no es así, por el contrario lo hace más garantista.

3.1.1. El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso

El proceso monitorio fue introducido en Colombia a raíz del proyecto de Código General del Proceso presentado por el Ministerio de Justicia y del Derecho (antes Ministerio del Interior y de Justicia) el 29 de marzo de 2011 ante el Congreso de la República, para su trámite legislativo respectivo, el cual fue publicado en la Gaceta No. 119 de 29 de marzo de 2011. Ese llamado “Proceso Monitorio” fue destacado en la exposición de motivos, como “un proceso monitorio, casi formulario para los asuntos de mínima cuantía, con el objetivo de conseguir un título ejecutivo”⁹⁹. Para Fabián López la introducción del proceso monitorio, hace parte del desarrollo del sistema procesal de la oralidad¹⁰⁰, dentro de todos los contenidos del código procesal.

El Proceso Monitorio, según Colmenares es:

“1. Es un trámite procesal sencillo a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición. (...)

2. Se prevé que en caso de oposición del demandado, la disputa se podrá ventilar en proceso verbal sumario dentro del mismo expediente.

⁹⁹ COLMENARES Uribe, Carlos Alberto. Estructura monitoria y la hipoteca. XXXI congreso nacional de derecho procesal del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, enero de 2010. {En línea}. {Consultado el 28 de diciembre de 2013}. Disponible en: <<http://www.colmenaresabogados.com/userfiles/PONENCIA%20CARLOS%20ALBERTO%20COLMENARES%20URIBE%20XXXI%20CONGRESO%20NACIONAL%20DE%20DERECHO%20PROCESAL%20CARTAGENA%202011.pdf>>.

¹⁰⁰ LÓPEZ Guzmán, Fabián. Comentarios al nuevo código general del proceso, documento pdf, p. 2 {En línea}. {Consultado el 20 de mayo de 2014}. Disponible en: <upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/1e/COMENTARIOS_AL_NUEVO_CÓDIGO_GENERAL_DEL_PROCESO_LEY_1564_DE_2012.pdf>

3. *El demandante deberá aportar los documentos que se encuentren en su poder en relación con la obligación contractual objeto de la pretensión (...)*¹⁰¹.

En la Ley 1564 de julio 12 de 2012, Código General del Proceso (CGP), su capítulo IV introdujo el Proceso monitorio como precedente para: *“Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo”*¹⁰².

Luego, el CGP establece algunos de los contenidos que la demanda de promoción del proceso monitorio ha de contener: *“designación del juez a quien se dirige, la pretensión de pago expresada con precisión y claridad; los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, manifestándose clara y precisamente de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor (...)*¹⁰³.

3.1.2. Exposiciones de motivos sobre el Proceso Monitorio

Frente al proyecto presentado al Congreso, que dio origen a la posterior Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, en su momento y respecto al proceso monitorio que estaba propuesto para ser incluido en dicha norma, se expusieron los siguientes argumentos frente a lo que se consideró como una innovación procedimental.

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal opinó solo, de manera taxativa y muy resumida, que en los Procesos especiales “se establece un proceso monitorio, casi formulario para los asuntos de mínima cuantía, con el objetivo de conseguir un título ejecutivo”.

En este sentido, ese era el mismo planteamiento del gobierno en cabeza del Ministro del Interior y de Justicia (Mar 29 de 2011) quien agregaba que también se consagra un

¹⁰¹ COLMENARES, 2010, op. Cit.

¹⁰² LEY 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, art. 419.

¹⁰³ Ibid., art. 420

proceso verbal sumario para los asuntos de mínima cuantía, para la protección de los derechos de los consumidores y para algunos otros asuntos de trascendental relevancia.

Por su parte, la Corporación Excelencia en la Justicia consideraba que el Código de Procedimiento Civil, que al igual es un código general, por aplicarse a los procesos civiles, de familia, agrarios, comerciales y a todos los otros estatutos procesales en temas no reglados o reglados, el código que fue expedido en el año de 1970 hacía necesario adecuar las normas del derecho procesal a las disposiciones constitucionales de 1991 y a las innumerables decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

La CEJ expresaba que en la norma se habría de establecer el proceso monitorio para facilitar el acceso a la justicia de quienes no tienen un título ejecutivo, así como implementar notificaciones y emplazamientos más ágiles y con menos trámites, etc. Además enfatizaba que el proyecto de ley aplica los modernos sistemas procesales imperantes en el mundo y acogiendo adelantos en tecnologías de la información y la comunicación, el uso de internet y documentos electrónicos para las actuaciones procesales, entre otros medios modernos.

El Grupo de Acciones Constitucionales de la Universidad Católica de Colombia señalaba, por su lado, que el deudor y el acreedor en el trámite del proceso monitorio tienen la oportunidad de actuar, ya que el demandante lo hace en el momento en que inicia el proceso y el demandado, por su parte, cuando el juez le otorga diez días para cancelar el valor de la obligación, término que es el mismo con que cuenta para oponerse a la pretensión. Planteó igualmente que el hecho de que el proceso monitorio no sea susceptible de recursos no afectaba el debido proceso, puesto que para iniciar dicho procedimiento se requiere la notificación personal, la cual no admite el emplazamiento.

De otra parte, el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes estuvo de acuerdo con que la finalidad del proceso monitorio era doble en cuanto a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo que justificaría que las etapas procesales se reduzcan, y sin que su estructura afecte el debido proceso del deudor pues este cuenta con la oportunidad para ejercer su derecho de defensa.

En cuanto a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, esta institución expresó que si bien el proceso monitorio no atiende el principio de la doble instancia, no obstante, el tribunal constitucional había dado viabilidad a los procesos de única instancia que constituyen una excepción a dicho principio. Lo cual se justifica en este caso del monitorio, en que lo que se pretende dentro del proceso es el acceso eficiente a la administración de justicia para aquellas personas que celebran sus negocios jurídicos de manera informal.

El Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional consideró que el derecho de contradicción, así como el de doble instancia no siendo derechos absolutos, el legislador conforme lo indicaba la jurisprudencia de la Corte Constitucional, podía limitarlos con sujeción a criterios de razonabilidad.

En general, en la exposición de motivos, se indicaba que el proceso monitorio “*persigue una finalidad esencialmente social, orientada a garantizar que las transacciones dinerarias informalmente celebradas por los ciudadanos, cuenten con una resolución pronta y sin dilaciones injustificadas. De esta manera, el proceso monitorio se constituye en un procedimiento de acceso a la justicia para acreedores de obligaciones de mínima cuantía, que en la costumbre informal de sus transacciones dinerarias no documentan sus créditos en títulos ejecutivos, sin que por ello se les deba someter a un proceso judicial extenso y formal que desvanezca la eficiencia de la administración de justicia*”.

3.2 Las problemáticas del proceso monitorio en Colombia

Ya se ha mencionado acerca de que Pérez Ragone ha reiterado lo que, en esencia teórica, es el procedimiento monitorio como un mecanismo importante en la vía de un mecanismo alternativo al procedimiento ordinario para obtener un título ejecutivo hacia la debida tutela del crédito en los casos de falta de reacción del requerido.

3.2.1. Notificación y derecho de contradicción

Dentro de los presupuestos del CGP que deben cumplirse una vez admitida la demanda o denuncia, con demandados ciertos o inciertos, resulta fundamental la citación o emplazamiento del demandado para que disponga de oportunidad de práctica para

ejercer su derecho a la legítima defensa¹⁰⁴. La vulneración de derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción de las pruebas y al libre acceso a la administración de justicia, se genera en una eventual indebida notificación, pues “en cualquier clase de proceso, se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso mediante la vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada.

La notificación o el emplazamiento son “un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción”¹⁰⁵, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones, como también es un acto procesal que desarrolla el principio de seguridad jurídica, pues de él se deriva la certeza del conocimiento de las decisiones judiciales¹⁰⁶.

3.2.2. Desarrollo jurisprudencial de la notificación como garantía del debido proceso

La Corte Constitucional ha insistido en diversas oportunidades que:

“si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la persona demandada, tal notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso”¹⁰⁷.

Las notificaciones en los procesos disciplinarios, se surten en forma personal, por estrado, por edicto o por conducta concluyente. Para efectos de la notificación personal de las referidas providencias, el interesado debe comparecer ante el funcionario

¹⁰⁴ AZULA Camacho Jaime, Manual de Derecho Procesal civil, Teoría General del proceso Tomo I. Librería Temis, Bogotá, 2008, p. 132

¹⁰⁵ CORTE Constitucional. Sentencia C-670/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁰⁶ Ibid., T-081/09 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹⁰⁷ CORTE Constitucional. Auto 012A/96. M.P. Jorge Arango Mejía.

competente, siendo entendido que éste debe disponer su citación con tal fin y de que ésta efectivamente se realice, lo cual significa que la notificación por edicto no es una notificación principal sino subsidiaria, es decir, que opera cuando no es posible la notificación personal¹⁰⁸.

Siendo así, la Corte ha fallado en el sentido de que “Si bien constituyó una violación a las reglas del debido proceso, omitir la notificación del auto, tal irregularidad ha de entenderse saneada por la incuria de la parte que no la adujo oportunamente”, lo cual implica una responsabilidad para el debido proceso por parte del mismo notificado¹⁰⁹. Esto a su vez reafirma una característica del proceso monitorio que es atribuir la carga de la prueba para ambas partes.

El legislador ha otorgado un tratamiento de favor a la notificación personal, por ser la que otorga la mayor garantía de que el demandado conozca en forma cierta la existencia del proceso para ejercer su derecho de defensa. No la acoge como única, con exclusión de modalidades de carácter subsidiario, como la ya mencionada notificación por edicto, “*ya que, si lo hiciera, entraría la administración de justicia y desfavorecería el logro de la convivencia pacífica consagrada en el preámbulo de la Constitución*”¹¹⁰.

Las notificaciones son una de las formas en las que se concreta el principio de publicidad, actos de comunicación procesal que garantizan el “derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción”¹¹¹. Es a través de la notificación que se materializan tanto el principio de publicidad como el de contradicción, en los términos que establezca la ley, de manera tal que sólo cuando se da a conocer a los sujetos interesados las decisiones definitivas emanadas de la

¹⁰⁸ Ibid., C-627/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁰⁹ Ibid., C-652/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹¹⁰ Ibid., C-783/04 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹¹¹ Ibid., C-012/13 M.P. Mauricio González Cuervo

autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria y para la interposición de recursos¹¹².

Reconoce la Honorable Corte Constitucional que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad "para regular las formas de notificación que mejor se amolden a las características particulares de los procesos"¹¹³, pone énfasis, no obstante, en que el auto en virtud del cual se ordena el traslado de la demanda tiene "un alcance general y vinculante, [pues] su conocimiento siempre debe estar precedido por la notificación personal (...) [dado que] la misma constituye el único medio idóneo que otorga plena efectividad a los derechos de defensa y contradicción consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política"¹¹⁴.

Así las cosas, el requisito mínimo para obtener la aplicación del principio de la seguridad jurídica y del derecho al debido proceso, reside en la posibilidad de que los sujetos sometidos a la actividad jurisdiccional se enteren acerca de la existencia del proceso mediante la notificación personal del auto admisorio de la demanda y, en general, de la primera providencia que se dicte en el mismo.

Para tales efectos:

(...) “sólo en cuanto no sea posible cumplir con la diligencia de la notificación personal, es pertinente recurrir a los demás actos supletivos de comunicación: al edicto emplazatorio, cuando el interesado en informar la decisión manifieste desconocer el lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado personalmente” (C.P.C. art. 318);

o “al aviso, en los casos en que este último no es hallado en la dirección indicada en la demanda o se impida la práctica de la diligencia de notificación personal” (C.P.C. art. 320)¹¹⁵.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid., C-731/05 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid., C-925/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Es así como la misma Corte ha señalado taxativamente la estrecha conexión existente entre la notificación personal y la garantía del derecho al debido proceso, expresando que *“tal dependencia se vuelve todavía más importante cuando se trata de relaciones contractuales en las que alguna de las partes suele estar situada en condiciones evidentes de desventaja. Una persona que es parte interesada en un proceso pero por causa de su situación de desventaja dispone de conocimientos limitados o se le dificulta el acceso al conocimiento de decisiones judiciales puede verse avocada a que se le desconozca su derecho a la defensa”*¹¹⁶. En la práctica, en el ámbito de las pequeñas cuantías, el escenario de notificación se difumina, la ubicación del demandado es de difícil hallazgo en gran parte de los casos y, de esta forma, el proceso se detiene, aunque sin ocupar la acción de los funcionarios judiciales y dando cumplimiento al derecho del peticionario, proveyendo un título no preexistente, pero muy posiblemente sin lograr al pago como resultado final. De esta manera se da solución al derecho de acceso a la justicia y a la descongestión del aparato judicial pero que sin que se obtenga el pago lo cual podría quedar bajo responsabilidad de aporte de pruebas por alguna de las partes intervinientes.

Como se ha venido planteando la problemática que presenta el proceso monitorio, radica en que auto que ordena el requerimiento debe ser notificado personalmente al demandado, es decir, se debe enviar la comunicación de que trata el artículo 291 de CGP enterando al demandado del requerimiento, para que comparezca a notificarse personalmente, pero sí no comparece, el legislador omitió la posibilidad de dar aplicación al numeral 6º del citado artículo, es decir, si el citado no comparece dentro de la oportunidad señalada el interesado procederá a practicar la notificación por aviso conforme a la regla del artículo 292 ibídem.

3.2.3. Función del curador ad litem, una forma de información al demandado

La Corte Constitucional se ha referido respecto a la figura del curador *ad litem* de la siguiente manera:

¹¹⁶ Ibid., C-731/05, op. Cit.

“El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. (...) la decisión de designar curadores ad litem (a los efectos del juicio), tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten”¹¹⁷.

El curador *ad litem* constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa, debiendo entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia pudiera llegar a ser afectado con la decisión que se tome¹¹⁸.

La figura del curador *ad litem* tiene, por tanto, el fin de brindar representación al que no concurre al proceso, inadvertida o intencionalmente, con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa¹¹⁹.

El Código de Procedimiento Civil precisa que el curador “está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio”¹²⁰.

La curaduría *ad litem* representa una curaduría especial y dativa, pues la da el juez específicamente para el pleito¹²¹. La curaduría *ad litem* no es un cargo impuesto a favor de personas “que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios”, sino a favor de las personas que no comparecen al proceso a pesar de haber sido convocadas legalmente¹²². Previamente, la curaduría *ad litem* era necesaria,

¹¹⁷ Ibid., T – 088/06 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁸ Ibid., T – 088/06 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁹ Ibid., T-299/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹²⁰ C.P.C., art. 46

¹²¹ C.C., arts. 435, 443 y 558.

¹²² C.P.C., art. 318

inclusive, para el demandado remiso, es decir, para quien se negaba a comparecer a recibir la notificación de la demanda a pesar de haber sido citado para ese efecto¹²³.

Las facultades del curador *ad litem* están restringidas por la ley, pues no puede transigir el litigio ya que carece de poder para ello. Tampoco puede conciliar porque la ley lo prohíbe¹²⁴, ni confesar¹²⁵. El curador, mientras comparece al proceso su representado, solamente “*está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio*”¹²⁶.

La prohibición consagrada en el párrafo único del artículo 421, de no permitir el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador *ad litem*, de ninguna manera configura vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, y defensa, lo que garantiza es la comparecencia del convocado para notificarse personalmente, es mucho más garante de los derechos del demandado y que el proceso se tramite sin dilaciones.

3.2.4. La agilidad de un proceso judicial no puede conllevar al desconocimiento de derechos fundamentales

La doctrina procesal europea mayoritaria ha expresado que la notificación del requerimiento de pago constituye la columna vertebral de todo el proceso monitorio, en torno a la cual reposa la entera legitimidad del mecanismo de la inversión del contradictorio¹²⁷: “*Lo esencial con este tipo de procedimiento es asegurarse ante todo que el deudor ha sido regularmente informado de lo que se espera de él y de la condena a la que se expone si no formula oposición alguna en el plazo establecido*”. Esto lleva a que un silencio de parte del emplazado sea realmente significativo, llegando a asimilarse a una especie de confesión.

¹²³ Antes de la ley 794 de 2003. Ibid. art. 320

¹²⁴ C.P.C., art. 101

¹²⁵ Ibid., art. 197

¹²⁶ Ibid., art. 46

¹²⁷ NIEVA-Fenoll, J., Rivera, R, Colmenares C., y Correa, J. El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Editorial Temis, 2013, p. 84, nota 78

Por otra parte, la economía procesal en la agilidad del proceso no puede conllevar a la vulneración del derecho de defensa de las partes. El proceso monitorio fue concebido por el legislador con un procedimiento ágil pues sí 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, además el auto que ordena el requerimiento no admite recursos teniendo en cuenta que el demandante debe presentar al juez prueba de la existencia de una relación que naturaleza contractual entre las partes y que producto de ella el demandado le adeuda al demandante una cantidad de dinero, siendo ágil el proceso no vulnera derechos fundamentales, pues el legislador previó que en caso de oposición el proceso de resuelva como verbal sumario, es decir que muta por la oposición del demandado.

3.2.5. El principio de contradicción en el proceso monitorio

El juez, una vez se presenta la demanda, junto con el documento que soporta la pretensión y prueba la obligación, procede a emitir un requerimiento de pago al deudor, en el que le informa el valor reclamado por el demandante y le señala un plazo para que pague o para que ejerza su derecho de contradicción.

El deudor podrá ejecutar las siguientes conductas, de las que dependerá el curso del proceso: Puede pagar. Si cancela la obligación saldrá un auto que dará por terminado el proceso como resultado del pago de la obligación¹²⁸. De otra forma, puede contestar la demanda oponiéndose total o parcialmente a las pretensiones y si existe una oposición fundamentada, se dará inicio al proceso verbal sumario¹²⁹. Posteriormente, el juez correrá traslado al acreedor del escrito de oposición por cinco (5) días para que solicite pruebas adicionales y, luego, proferirá un auto donde citara a las partes intervinientes a la audiencia prevista de inicio, instrucción y juzgamiento¹³⁰. De resultar absuelto el deudor, se le impondrá una multa del 10 % del valor de la deuda al demandante.

¹²⁸ C.G.P., art. 421, inciso 2

¹²⁹ Ibid., arts. 390 y ss.

¹³⁰ Ibid., art. 392

No obstante, a pesar de la notificación, si el demandado no propone excepciones, ni paga la obligación dentro del plazo concedido, el sentido del fallo será a favor de la parte demandante. Contra este, no procederá ningún recurso, ni se condenara en costas. Además, esta sentencia prestara merito ejecutivo, y tendrá efectos de cosa juzgada en dos casos. El primer caso en que el fallo tendrá efectos de cosa juzgada, es cuando el deudor se notifique personalmente dentro de los diez días que le confiere la ley para que ejerza el derecho de contradicción o guarde silencio, y el segundo caso es cuando el deudor manifieste oposición parcial y el demandante solicite que se prosiga la ejecución por la parte no objetada¹³¹.

3.2.6. La notificación como materialización del derecho de defensa en el proceso monitorio

Como se ha mencionado previamente, la notificación del requerimiento de pago constituye la columna vertebral de todo el proceso monitorio, en torno a la cual reposa la entera legitimidad del mecanismo de la inversión del contradictorio¹³²: En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha expresado que *“La notificación judicial es un acto procesal mediante el cual se hacen saber o se ponen en conocimiento de las partes o de terceros las decisiones adoptadas por los funcionarios respectivos, con las formalidades señaladas en las normas legales. En virtud de esta función, dicho acto es un instrumento primordial de materialización del principio de publicidad de la función jurisdiccional”*¹³³. La Corte reitera en el fallo mencionado que dicho acto es un instrumento primordial de materialización del principio de publicidad de la función jurisdiccional consagrado en el artículo 228 del Estatuto Superior y, por efecto de dicho acto, sus destinatarios tienen la posibilidad de cumplir las decisiones que les son comunicadas o, en caso contrario, de impugnarlas si estuvieren en desacuerdo con ellas y ejercer su derecho de defensa, como un elemento básico del debido proceso previsto en el artículo 229 ibídem.

¹³¹ DELCASSO, J. P. El procedimiento monitorio en Colombia. En J. N. Fenoll, R. Rivera, C. Colmenares, & J. P. Correa, El procedimiento monitorio en América Latina. Bogotá D.C. Temis, pp. 167-168

¹³² NIEVA-Fenoll, J., Rivera, R, Colmenares C., y Correa, J. op. Cit., p. 84, nota 78

¹³³ CORTE Constitucional. Sentencia C-783/04 M.P. Jaime Araujo Rentería

Al respecto, con base en la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, se dispuso en los deberes de las partes y los apoderados, señalar en la demanda o en la contestación de la misma, el lugar físico o el correo electrónico para recibir notificaciones, enviar los memoriales, que se presumen auténticos, presentados en el procesos a dichas direcciones: “(...) *Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepciones acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos (...)*”¹³⁴. De la misma manera, indica que en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información.

Con relación a la notificación, se dispone que esta sea personal y que las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deban registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente, la dirección física y electrónica para las notificaciones¹³⁵. El Código de Procedimiento expresa que:

“sólo en cuanto no sea posible cumplir con la diligencia de la notificación personal, es pertinente recurrir a los demás actos supletivos de comunicación: al edicto emplazatorio, cuando el interesado en informar la decisión manifieste desconocer el lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado personalmente”¹³⁶, (...) “o al aviso, en los casos en que este último no es hallado en la dirección indicada en la demanda o se impida la práctica de la diligencia de notificación personal”¹³⁷.

Si bien el legislador establece como principal la notificación personal porque garantiza de mejor manera el derecho de defensa y de contradicción de los sujetos interesados en un proceso, también ha regulado otras formas de notificación de carácter subsidiario, como la electrónica mencionada, para agilizar la administración de justicia.

¹³⁴ LEY 1564 de 2012, art. 291

¹³⁵ CORTE Constitucional. Sentencia C-012/13 M.P. Mauricio González Cuervo

¹³⁶ C.P.C. art. 318

¹³⁷ Ibid., art. 292

Ahora bien, el proceso monitorio solo se puede iniciar contra el deudor que de manera ineludible sea notificado personalmente, mientras que en el proceso ejecutivo el deudor-demandado puede ser representado mediante un curador *ad litem*. Esto es, que en el proceso monitorio el requerimiento de pago debe notificarse de manera personal al demandado, y expresamente se indica que no se admitirá emplazamiento del demandado, lo cual no vulnera el derecho a la igualdad porque como bien lo há sostenido la Corte Constitucional el legislador tiene libertad de configuración legislativa.

Por ello mismo, tampoco se puede hacer designación de curador *ad litem*, pues esto solo ocurre luego de efectuado el emplazamiento. La Corte Constitucional estimó que “*La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten*”¹³⁸.

En resumen, el legislador prohibió la institución del curador *ad litem* en el proceso monitorio ya que nadie más que el demandado-deudor es el que puede manifestar, reconocer u oponerse al requerimiento efectuado por el juez respecto de la deuda que presuntamente debe, función que no puede ser asumida por el curador *ad litem* porque no tiene conocimiento de la relación de tipo contractual entre demandante y demandado.

El Código General del Proceso lo expresa de la siguiente manera:

*“En este proceso no se admitirá intervención de terceros, excepciones previas reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem. Podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos. Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos”*¹³⁹.

El no permitirse el emplazamiento del demandado ni la designación de la figura del curador *ad litem* en el proceso monitorio, ello no constituye vulneración al derecho fundamental al debido

¹³⁸ CORTE Constitucional. Sentencia C-250/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁹ C.G.P., art. 421, parágrafo

proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, que por mandato del constituyente primario debe aplicarse en toda clase de actuaciones judiciales como administrativas. Menos afecta el derecho a la igualdad porque fue la voluntad del legislador que el demandado se notifique en forma personal del auto que ordena requerirlo para que realice el pago reclamado por su acreedor, notificación que surte con el envío del citatorio (artículo 291) a la dirección informada en la demanda para que el convocado sea notificado, previniéndolo para que comparezca al juzgado a recibir notificación dentro de los cinco días siguiente a la fecha de su entrega en el lugar de destino.

Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez días, y si fuere en el exterior el término será de treinta días.

Debe recordarse que, como lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, ante la imposibilidad inicial de localizar al demandado en su domicilio no puede suponer un automático sobreseimiento o archivo de las actuaciones, debiéndose permitir a la parte demandante indicar nuevos domicilios conocidos o peticionar las diligencias de averiguación que considere necesarias, como oficiar las empresas de servicios públicos, entidades de seguridad social, compañías de telefonía fija o móvil etc., para que informen si el convocado tiene otras direcciones registradas en sus bases de datos para recibir notificaciones, ante lo cual el administrador de justicia deberá emplear su máxima diligencia para hacerla efectiva.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española establece que agotadas todas las averiguaciones del domicilio se excluye expresamente la posibilidad de acudir a la notificación edictal y el juez deberá dictar auto dando por terminado el proceso, dejando constancia de tal procedimiento y reservando al acreedor el derecho de instar de nuevo el proceso ante el Juzgado competente.

De la interpretación del artículo 291 del CGP debe entenderse que si fenecido el término de cinco (5) días con que cuenta el demandado para comparecer a la secretaria del juzgado a notificarse personalmente del auto que ordena requerirlo, debe habilitarse la posibilidad de su notificación mediante aviso conforme al numeral 6º del citado artículo, ante esta omisión del legislador la misma deberá ser suplida por la jurisprudencia que

sobre este particular tema emita los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la Corte Suprema de Justicia, y la misma Corte Constitucional.

Podría afirmarse, entonces, que si no se logra la notificación del demandado ello daría para que el proceso quede inactivo en los anaqueles de los juzgados de Colombia, por no permitirse otra forma de notificación distinta a la personal. Si bien es cierto, el ordenamiento procesal Español expresamente consagra que el juez dictará auto dando por terminado el proceso, no es menos cierto, que nuestros legisladores nada dijeron sobre este particular, entonces no resulta ilógico que ante la imposibilidad de notificar al deudor, y para que la estadística de procesos inactivos no se incremente podría aplicarse, luego de un año, la figura del desistimiento tácito del artículo 317 del Código General del Proceso, sería una posible solución ante la omisión del legislador.

3.3 Algunas limitantes en la ejecución del título ejecutivo

Acerca de las problemáticas en la ejecución del título ejecutivo obtenido en el proceso monitorio, pues debe recordarse que el objetivo central de este proceso es la creación ágil de dicho título ejecutivo con el fin de permitir el acceso a la apertura del proceso de ejecución, limitando así los trámites procesales para evitar un proceso largo. El legislador supuso que ello se logra sin la existencia de figuras como la notificación por emplazamiento con resultados positivos en la respuesta por parte del demandado, pero como el proceso monitorio fue trasplantado del derecho europeo donde la cultura del ciudadano es cumplir sus obligaciones, diferente a la cultura del latinoamericano que es no cumplir con la palabra para sustraerse del cumplimiento de las obligaciones, entonces el legislador olvidó la cultura del Colombiano, con errada concepción de que una vez requerido el deudor comparecería a notificarse personalmente del auto de requerimiento para cumplir con la obligación.

Esta prohibición del emplazamiento del demandado y el nombramiento de curador *ad litem*, significa que el deudor debe estar presente en el proceso vinculándose por notificación personal¹⁴⁰.

¹⁴⁰ C.G.P., art. 421, parágrafo

El emplazamiento para la notificación personal procede cuando el demandante o el interesado en una notificación personal manifieste que ignora el lugar donde puede ser citado el demandado o quien deba ser notificado personalmente. Si se desconoce o se ignora el lugar donde podría ser citado el deudor no podría continuar el proceso monitorio, pues al prohibirse el emplazamiento ni siquiera podría hacerse la designación del curador *ad litem*, ya que este auxiliar de la justicia siempre es designado luego del emplazamiento. No puede existir nombramiento de curador *ad-litem* que represente al demandado cuando no puede notificar personalmente, y no se tiene conocimiento de otras direcciones para surtir esta diligencia, es decir, o se notifica o se notifica personalmente de lo contrario no puede continuar el proceso.

En esta clase de proceso no se admitirá intervención de terceros, ni excepciones previas, o reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador *ad litem*, pues si bien el monitorio fue ubicado por el legislador como un proceso declarativo especial, dada su naturaleza y finalidad en las relaciones de crédito, y teniendo en cuenta que la celeridad se orienta a lograr la creación del título ejecutivo cuya relación es directamente entre acreedor y el deudor, lo cual implica que no resulta lógico permitir la intervención de terceros¹⁴¹. Y como el título es producto de una sentencia judicial, en la fase de ejecución la única excepción que podría alegar el demandado sería el pago, porque los hechos que constituyen excepciones de mérito debió haberlos alegado en el trámite del proceso monitorio, para que el juicio se ventile por la cuerda del proceso verbal sumario, en consecuencia no se pueden presentar problemas en la fase de ejecución del título, porque en esta fase solo se admite una excepción para liberar al deudor como es el pago como una manera de extinguir las obligaciones, pues no se pueden revivir oportunidades procesales, porque es el trámite del proceso del proceso monitorio donde el demandado debe formular su oposición no en la fase de ejecución como lo prevé el artículo 306 del CGP, la solicitud de ejecución se debe formular dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, el mandamiento

¹⁴¹ COLMENARES Uribe, Carlos Alberto. El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012, p. 357. Disponible en <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>>

ejecutivo se notificará por estado. De ser formulada con posterioridad, la notificación del mandamiento ejecutivo al ejecutado deberá realizarse personalmente.

3.3.1. Posibilidad de alegar como causal de nulidad la indebida notificación en el proceso ejecutivo

Dentro de la búsqueda de celeridad como eje del proceso monitorio, la expresa eliminación del emplazamiento y por ende del posible nombramiento de curador ad-litem, hacen que en el ejercicio del derecho a la contradicción por parte del demandado no haya lugar a un procedimiento no existente. Por otra parte, *“Lo que caracteriza al monitorio es la falta de contradictorio, en la medida en que la resolución inicial, conminando al demandado a hacer lo que solicita el actor, es dictada sin anterior cognición de mérito”*¹⁴².

No obstante, el Código de Procedimiento Civil ha previsto que el proceso es nulo *“cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o de su corrección o adición”*¹⁴³.

En ese sentido, también prevé que *“el demandado podrá alegar la nulidad por falta de notificación como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia o en el proceso ejecutivo mientras no haya terminado por causa legal o por el pago total a los acreedores”*¹⁴⁴. Como fue concebida la notificación del demandado en el proceso monitorio que debe ser personal, entonces no podría alegarse la causal de nulidad del numeral 8º del artículo 133 del CGP entonces, en la fase de ejecución del título el único medio de defensa que puede formular el convocado será el pago de la acreencia.

¹⁴² Ibid., cita a CALAMANDREI, Piero. El Procedimiento Monitorio. Buenos Aires: Librería El Foro, 2006, pie de página 10.

¹⁴³ C.P.C. art. 140, numeral 8.

¹⁴⁴ Ibid., art. 142

3.3.2. El derecho de defensa limitado a la excepción de pago de la obligación

Respecto al debate acerca de si el monitorio es un procedimiento o un proceso, se tendría que se está frente a la existencia de la última figura. El legislador consagró cada una de las partes que debe tener un proceso, es decir:

“la presentación de la demanda donde se ve reflejado el derecho de acceso a la justicia, la contestación de la misma, ejerciendo aquí el derecho de defensa y contradicción en igualdad de condiciones, la posibilidad de desarrollar la etapa probatoria si así se hace necesaria y, finalmente la controversia termina con la sentencia dictada por el Juez. Es así que en este orden de ideas se considera que se está bajo un verdadero proceso”¹⁴⁵.

Siendo de esta manera, el proceso monitorio cuyo objetivo es la creación de un título ejecutivo, conlleva o la aceptación de la deuda por parte del demandado o el pago mismo de la obligación, como excepción única de contradicción¹⁴⁶. Pues, en caso de oposición del demandado, la disputa se ventila en proceso verbal sumario dentro del mismo expediente, para que surtidas las dos audiencias de los artículos 372 y 373 del CGP se declare que entre el demandante y demandado existió una relación de naturaleza contractual, y que producto de la misma el segundo le adeuda al primero cierta suma de dinero, entonces la sentencia dictada en el proceso verbal sumario constituye el título ejecutivo para ser ejecutado dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria en el proceso de ejecución, es decir, que en el trámite el proceso muta porque inicia como monitorio pero en caso de oposición se convierte en un proceso verbal sumario.

Pero en el evento de que el demandado comparezca al proceso ya sea porque compareció a la sede del juzgado a notificarse personalmente, o como se planteó en otro aparte se pueda notificar por aviso siguiendo la regla del artículo 292 del CGP no sería admisible que en la fase de ejecución del título obtenido se admita discusión alguna

¹⁴⁵ LANOS, Jimena y López, Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil colombiano. Trabajo de grado, U. Militar, Facultad de Derecho, 2013, p. 59

¹⁴⁶ CGP, art. 419

sobre la forma o validez del mismo, que debieron ser discutidas en otro momento procesal como es la notificación del auto de requerimiento, porque en la fase de ejecución lo único que puede ser alegado para liberarse de la ejecución es el pago como forma de extinguir las obligación conforme a la regla del artículo 1.625 del Código Civil.

3.3.3. La creación del título ejecutivo en los procesos monitorios sin emplazamiento no vulnera el derecho de contradicción

El proceso monitorio resulta ser un proceso en el que no simplemente se advierte o avisa al deudor. Es un proceso especial en el que se llega a crear un título ejecutivo en aquellos casos en los que no se cuenta con dicho título, porque este siendo de origen contractual no se tiene el documento, o se tiene el documento y este no reúne requisitos diferentes a los de contener una obligación clara y expresa. Es decir, se discute en el título su exigibilidad, o su legitimación pasiva:

“Es por ello que cuando en presencia de un aparente título valor emitido con fundamento en un negocio jurídico de naturaleza contractual, dicho documento no reúna requisitos relacionados con su exigibilidad o se cuestionen aspectos relacionados con la legitimación pasiva, o el pago, entre otros., el tenedor puede estar habilitado para acudir a este proceso declarativo, a fin de obtener la certeza de la sentencia como título ejecutivo, con la ventaja de la agilidad que reviste el trámite del mismo, pues además de ser oral, es posible obtener el resultado esperado de manera rápida”¹⁴⁷.

Con la introducción de este nuevo proceso en Colombia se conseguiría la rápida creación de un título ejecutivo en los casos en los que, todo acreedor insatisfecho y que no poseyese título valor o documento que preste mérito ejecutivo conforme al artículo 422 del CGP, se presentaba ante el Juez y, aportando prueba documental de la existencia de una relación de tipo contractual con el demandado, solicitaba la emisión del *praeceptum*

¹⁴⁷ ANDRADE Otaiza, José Vicente. El proceso monitorio. Gestión legal & empresarial S.A. {En línea}. {Consultado el 28 de mayo de 2014}. Disponible en: <<http://gestionlegalyempresarial.com.co/inicio/index.php/actualidad/166-el-proceso-monitorio>>

o mandatum de solvendo cum, cláusula iustificativa, base del actual proceso monitorio¹⁴⁸, por eso el proceso monitorio en Colombia fue concebido como documental de cuantía limitada parecido al italiano.

El proceso monitorio introducido en Colombia mediante los artículos 419, 420 y 421 del Código General del Proceso lo ubican dentro de los procesos declarativos especiales. No obstante, en la búsqueda de una mayor eficiencia en la solución de este tipo de controversias de mínima cuantía, sin el procedimiento de emplazamiento, como se dijo em líneas anteriores no va en contra del principio constitucional de que el “*debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”¹⁴⁹. Ya que el objeto del proceso es la obtención de un título ejecutivo, donde se debe lograr la notificación personal del demandado, la prohibición del emplazamiento y como consecuencia de ello el no nombramiento de curador *ad litem* lo que busca es que se logre su comparecencia, ya que el curador no podría reconocer o negar la existencia de la relación de naturaleza contractual porque no tiene conocimiento de la misma. Con respeto del derecho de contradicción que consiste únicamente en la formulación de una objeción, pues no son admisibles las excepciones previas, ni la intervención de terceros, ni el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador *ad-litem*, pero sí pueden practicarse medidas cautelares propias de los proceso declarativos¹⁵⁰, entonces la prohibición de que no haya emplazamiento del demandado en la forma señalada en el artículo 293 del CGP y mucho menos el nombramiento de curador *ad litem* no vulnera el derecho de defensa y contradicción porque lo que busca la norma es que el demandado comparezca a notificarse en forma personal del auto que ordenó requerirlo, y allí exponga su oposición para ventilar el juicio por la cuerda del proceso verbal sumario.

¹⁴⁸ **AZULA Camacho. Jaime.** Manual de Derecho Procesal civil, Teoría General del proceso Tomo I. Librería Temis, Bogotá, 2008, p. 82.

¹⁴⁹ C.P., art. 29

¹⁵⁰ AZULA, op. Cit.

4. La intimación desde la teoría general del proceso

La introducción de la figura jurídica del proceso de intimación o monitorio en Colombia ha pasado por las instancias usuales de análisis constitucional y ha generado algunas inquietudes sobre su potencial aplicación a los demás procesos verbales consagrados en la Ley 1564 de 2012.

4.1 Implementación nacional de la intimación

A continuación se plantea la definición que la Corte Constitucional hizo del proceso monitorio en su introducción al ordenamiento procesal Colombiano, las técnicas jurídicas inherentes a su aplicación y el análisis de su posible aplicabilidad a procesos verbales en el ordenamiento vigente.

4.1.1. Análisis de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en su sentencia C-726 de 2014, definió el procedimiento por intimación de la siguiente manera:

“El procedimiento por intimación o monitorio, es un procedimiento de cognición reducida, con carácter sumario, dispuesto en favor de quien tenga derechos creditorios que hacer valer, asistidos por una prueba escrita. Puede éste dirigirse en tal caso al Juez mediante demanda, y el Juez inaudita altera pars (sin oír a la otra parte), puede emitir un decreto con el que impone al deudor que cumpla su obligación”.

Son procesos que permiten crear títulos ejecutivos, como algunos lo han expresado, “de la nada”. El CGP, en su artículo 419 indica que se deben seguir por “*Quien pretenda el*

pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía”.

Dicha pretensión es notificada al deudor, quien puede hacer oposición dando así comienzo a un procedimiento ordinario. Pero, en caso contrario, al no oponerse dentro de los términos consagrados en la ley, el decreto se convierte en definitivo e irrevocable con los efectos ejecutivos que posibilitan una sentencia de condena.

Para que este procedimiento tenga comienzo se requiere que 1) la obligación provenga de un contrato, el cual no necesariamente debe estar por escrito, recordando la existencia de contratos verbales de reconocible validez. En este caso la naturaleza del contrato debe ser onerosa; 2) la obligación será determinada, pues debe existir claridad acerca de lo que el supuesto deudor adquirió como un compromiso realista y con plazo definido. 3) debe ser exigible física y jurídicamente, es decir proveniente de un objeto lícito. 4) tener la característica de monto de mínima cuantía.

Como lo expresa la misma Corte, este procedimiento igualmente conocido como monitorio, es un sistema basado en la inversión de la carga del contradictorio que se aplica ordinariamente. El Juez no emitirá su decisión hasta no haber oído a la contraparte y haberse vencido el lapso probatorio. En este sistema se emite sin conocimiento de la otra parte, una orden de pago para que el demandado cumpla, apercibido de ejecución. Si lo cree conveniente, ha de poder provocar el debate judicial formulando a tal efecto la oposición. Con ello, el procurar el sistema del contradictorio queda a iniciativa del demandado dentro de este procedimiento.

Dicho procedimiento por intimación constituye un sistema procesal de gran sencillez, que no debe presentar mayores inconvenientes, a pesar de algunos componentes que los legisladores no plasmaron con suficiente claridad, como se ha descrito en el capítulo previo.

La Corte Constitucional en Colombia incluyó un breve estudio de derecho comparado en la sentencia mencionada. Parte de que el proceso monitorio proviene del *mandatum de solvendo* del derecho medieval italiano, como se ha mencionado previamente en este documento, creado para establecer procedimientos de agilización del tráfico mercantil en

las ciudades que abrieron espacio al comercio entre occidente y oriente. Se configuró como un procedimiento sin fase previa de cognición, prescindiendo de la etapa probatoria, lo cual permite reducir trámites y requisitos formales en la resolución de controversias de tipo civil y mercantil.

El proceso monitorio o de intimación se trasladó al derecho germánico, de donde fue trasplantado a múltiples ordenamientos jurídicos, ya sea en alguna de las dos tipologías principales que se le reconocen, sea de proceso monitorio puro o de proceso monitorio documental. En la intimación pura, la orden de pago que imparte el juez tiene como base la sola afirmación unilateral y no probada del demandante, mientras que el proceso documental exige que el mandato de pago sea probado mediante documentos.

Según la Corte, la doctrina ha clasificado los procesos a partir de la diversa naturaleza de la pretensión, en dos categorías: i) procesos de conocimiento, caracterizados por la existencia de dos etapas diferenciadas: la fase de cognición que se dirige a la declaración de certeza de un derecho incierto o controvertido y la fase de ejecución cuando se ha logrado demostrar la existencia de la obligación. Esto es, lo ya descrito como un proceso de intimación pura.

Por otra parte, ii) los procesos ejecutivos, caracterizados por la existencia del título que hace plena prueba de un derecho cierto y en el que, por tanto, solo existe la etapa de ejecución con la emisión de la orden de pago. Esto es, un proceso monitorio o de intimación documental.

4.1.2. La técnica jurídica del proceso monitorio

Para que este procedimiento tenga comienzo se requiere el siguiente procedimiento de técnica jurídica:

1) la obligación provenga de un contrato, el cual no necesariamente debe estar por escrito, recordando la existencia de contratos verbales de reconocible validez. En este caso la naturaleza del contrato debe ser onerosa y o de gratuidad;

2) la obligación será determinada, pues debe existir claridad acerca de lo que el supuesto deudor adquirió como un compromiso realista y con plazo definido.

- 3) debe ser exigible física y jurídicamente, es decir proveniente de un objeto lícito.
- 4) tener la característica de monto de mínima cuantía, unos 40 s.m.l.v., al año 2016 \$27.578.200 MCTE.

El proceso se promoverá por medio de demanda que se interpondrá ante un Juez Civil Municipal en única instancia. Esta demanda contendrá¹⁵¹.

1. La designación del juez a quien se dirige.
2. El nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en su caso, de sus representantes y apoderados.
3. La pretensión de pago expresada con precisión y claridad.
4. Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, con la información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes.
5. La manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor.
6. Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga.

El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales.

¹⁵¹ C.G.P. art. 420

7. El lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones¹⁵².

8. Los anexos pertinentes previstos en la parte general del código general del proceso¹⁵³.

Una vez admitida la demanda el Juez librará requerimiento al demandado para que pague, o niegue, la deuda que se le reclama. Esto tiene un plazo de 10 días.

Al presentarse y realizar el pago demandado, termina el proceso.

Al no presentarse el demandado, el juez dictará sentencia por la totalidad de las pretensiones en la demanda, sin derecho a recurso. Ello prestará mérito ejecutivo, y la sentencia equivaldrá al título que el demandante no tenía y necesitaba previamente.

Al presentarse el demandado y negar la obligación, se sigue el trámite del artículo 392 del CGP, surtiendo las audiencias de los artículos 372 y 373 ibídem en el cual el demandado habrá de justificar su negativa de manera fundamentada, con base en hechos y pruebas que hay aportado dentro de los 10 días de plazo para hacerlo. Si no logra demostrar la negativa, o si lo hace de manera infundada, el demandado se hace acreedor a una multa correspondiente al 10% del valor de las pretensiones en favor del demandante.

En el caso que el demandante se presente, **niegue la obligación y gane el proceso, la multa será para el** demandante.

La prohibición de que el demandado no sea emplazado en la forma establecida en el artículo 293 ibídem, ni la designación de curador *ad litem*, es mucho más proteccionista porque lo que busca es el demandado comparezca a notificarse personalmente del auto que ordenó requerirlo, porque quien más que él para admitir o negar la existencia de la obligación dineraria de tipo contractual lo que no puede hacer el auxiliar de la justicia.

¹⁵² Decreto Nacional 1736 de 2012, art. 10.

¹⁵³ Ibid.

4.2 Aplicabilidad de la intimación y/o monitorio a los procesos verbales en Colombia

De entrada la respuesta es negativa porque la característica esencial de los procesos verbales es el de tratar en ellos un asunto que no tenga un trámite especial, en primer lugar, y de reemplazar el trámite ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil. Y la intimación propia del proceso monitorio fue concebida por el legislador con una finalidad esencialmente social, orientada a garantizar que las transacciones dinerarias informalmente celebradas por los ciudadanos, cuenten con una resolución pronta y sin dilaciones injustificadas.

Entre los procesos verbales contenidos en el Código General del Proceso, con trámites especiales se encuentran los de Resolución de compraventa (art. 374), Declaración de pertenencia (art. 375), Servidumbres (art. 376), Posesorios (art. 377), Entrega de la cosa por el tradente o el adquirente (art. 378), Rendición provocada de cuentas (art. 379), Rendición espontánea de cuentas (art. 380), Pago por consignación (art. 381), Impugnación de actos de asamblea, juntas directivas o de socios (art. 382), Declaración de bienes vacantes o mostrencos (art. 383), Restitución de inmueble arrendado (art. 384), Otros procesos de restitución de tenencia, restitución de bienes subarrendados, a la de muebles dados en arrendamiento y a la de cualquier clase de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento, lo mismo que a la solicitada por el adquirente que no esté obligado a respetar el arriendo (art. 385).

Otros procesos de tipo ejecutivo para el pago de sumas de dinero, por obligación de dar, por obligación de hacer o de no hacer, por obligación de suscribir documentos, con título hipotecario o prendario, o de realización o adjudicación especial de la garantía real, cuentan todos con un documento indubitado que es el título valor o ejecutivo, lo cual hace improcedente la procedimentación a través de un eventual proceso monitorio o de intimación cuya característica esencial es la de creación de dicho título cuando este no existe previamente, pero los procesos ejecutivos como base de la acción se debe allegar título valor de los consagrados en el Código de Comercio o título ejecutivo que reúna las características del artículo 422 del Código General del Proceso es decir, representar una obligación clara, expresa y actualmente exigible. En el proceso ejecutivo no se busca la declaración del derecho pues dicho derecho ya está contenido en un título valor o título

ejecutivo que preste merito, porque la característica esencial del proceso ejecutivo es tener una obligación cierta pero insatisfecha, a diferencia del proceso de conocimiento donde se busca que se declare el derecho, para luego ser ejecutado.

En los procesos de conocimiento como los cataloga el Decreto 1.400 de 1970 Código de Procedimiento Civil que estuvo vigente hasta diciembre 31 de 2015, en el Código General del Proceso Ley 1.564 de 2012, hablamos de procesos verbales, por ejemplo los relacionados con procesos posesorios, servidumbres, resolución de compraventa, declaración de pertenencia, reivindicatorio, donde se busca la declaración de un derecho. La base de que no se tiene la certeza de este derecho, como en el caso de la declaración de pertenencia en que se requiere declarar la prescripción ordinaria o extraordinaria adquisitiva de dominio a favor del demandante.

Por otra parte, como ejemplo, y con una perspectiva comparada y al respecto de este tema en cuanto a bienes arrendados, el artículo 1507 del Código Civil argentino establece que el beneficio del plazo legal mínimo del contrato de locación cesa por falta de pago, se presenta una situación particular con la notificación previa (art. 5 de la Ley 23.091) en el caso de que la causal de desalojo resulte de la falta de pago de los cánones por parte de locatario¹⁵⁴.

En esos casos la ley argentina prevé una intimación previa especial por diez días al locatario, a fin de que regularice su situación, aunque se ha interpretado que la misma no constituye un requisito inexcusable para la viabilidad de la demanda a promover. Es decir que la finalidad del articulado 5º citado no es la de constituir en mora al inquilino, ya que ésta se produce en forma automática por el solo hecho del vencimiento del término. Tiene además la intención de anotar al deudor la voluntad del acreedor de acudir a la vía jurisdiccional para satisfacer su pretensión. Las omisiones o defectos de la intimación prevista obstan al progreso de la acción de desalojo por falta de pago si el locatario no prueba haber abonado los alquileres ni ofrece pagarlos en el proceso, en el cual la

¹⁵⁴ PODER Judicial. Proceso de desalojo. Escuela de capacitación judicial. Provincia de San Juan República Argentina. Disponible en: <http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/biblioteca/nuestro-material-de-estudio/60-proceso-de-desalojo>

notificación de la demanda, suple esa intimación fehaciente, ya que aquél habría incurrido en mora por el mero hecho del vencimiento del plazo establecido en el contrato de locación.

En este caso se produce un ejemplo de la ineficiencia del procedimiento de intimación o monitorio, en el caso de restituciones de bienes arrendados, que está caracterizado como un proceso abreviado, dado el antecedente único de la moratoria de pago que fundamenta el procedimiento ordinario de desalojo y subsecuente restitución del inmueble arrendado, además porque el demandante tiene un documento que es el contrato de arrendamiento, y en ausencia de este se puede probar con la confesión obtenida en una prueba anticipada como es el interrogatorio de parte y/ o con testimonios como lo señala el numeral primero del artículo 384 del Código General del Proceso, en el proceso monitorio lo que se busca es crear un título ejecutivo, teniendo como base la existencia de una relación de tipo contractual.

No obstante lo dicho en líneas anteriores sobre el proceso de restitución de inmueble arrendado la intimación propia del proceso monitorio, puede ser aplicada cuando el arrendador cita al arrendatario a la audiencia de conciliación y producto de ella este último se compromete en una fecha cierta a realizar la entrega del inmueble, entonces para no desgastar el aparato judicial del Estado, solicitarle al Juez que dicte auto requiriéndolo para que realice la entrega del inmueble, el cual le puede ser notificado personalmente, pero en el evento en que comparezca a recibir la notificación personal se debe habilitar la notificación por aviso conforme con el artículo 292 del CGP, y en evento de formular oposición seguir el trámite del artículo 384 del Código General del Proceso en armonía con los artículos 372 y 373 *ibídem*.

5. Conclusiones

En el desarrollo del trabajo se han obtenido algunas conclusiones sustantivas que permiten dar una respuesta negativa a la hipótesis inicial formulada como a continuación se indica:

El proceso monitorio instituido en nuestra legislación no se puede considerar un proceso monitorio puro como lo consagra el ordenamiento jurídico Alemán donde solo basta la mera afirmación del demandante para obtener la orden del dispensador de justicia. En Colombia se habla de un proceso documental de cuantía limitada porque con la demanda se deben aportar las pruebas que den certeza al juez de la existencia de una relación de tipo contractual entre el demandante y el demandado, para que superado el estudio de las pruebas por parte del operador judicial, y establecida la existencia de la relación de naturaleza contractual emita el requerimiento, que debe ser notificado al convocado en la forma establecida en los artículos 291, 292 y 301 del Código General del Proceso.

Como quedo concebido el proceso monitorio en nuestro ordenamiento procesal como documental, en este punto, prevalece de entrada la carga de la prueba consagrada en el CGP en el artículo 167 del CGP, que establece que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persiguen”*¹⁵⁵, que guarda directa relación con el artículo 1.757 del Código Civil *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquéllas o está”*¹⁵⁶. Entonces, al demandante le corresponde probar la existencia de una relación de naturaleza contractual, al demandado al notificarse del requerimiento de pago tiene dos puede guardar silencio evento en el que se dictara sentencia reconociendo la obligación que constituye el título ejecutivo, o puede

¹⁵⁵ CODIGO de Procedimiento Civil, art. 177

¹⁵⁶ CÓDIGO Civil. Art. 1757

oponerse situación que dará lugar que se le imprima a la demanda el trámite del proceso verbal sumario por ser un asunto de mínima cuantía que no supera los 40 SMLMV.

El legislador, en el párrafo único del artículo 421, prohibió el emplazamiento del demandado y el nombramiento de curador *ad litem* como forma de notificación para darle agilidad al trámite, lo que no constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, ni mucho menos del derecho a la igualdad, al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-726 de 2014, con ponencia de la Magistrada Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, falló en el sentido de que no permitirse el emplazamiento del demandado ni la designación de curador *ad litem* no vulnera el derecho fundamental al debido proceso, lo que conllevó a la declaratoria de exequibilidad a los artículos 419 y 421 por parte del Alto Tribunal Constitucional, el proceso monitorio es compatible con los artículo 13 y 29 de la Constitución, pues tal procedimiento cuenta con la suficiente arquitectura procesal garante de los derechos al debido proceso e igualdad.

De otra parte, respecto al contenido del artículo 421 se ratificó que, requerido el deudor por el Juez, el auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se ha de notificar personalmente a este deudor. Podría pensarse en la práctica, que el proceso monitorio puede tener dificultades en la etapa de notificación del deudor, por no permitirse el emplazamiento ni la designación de curador *ad litem* al demandado como forma de notificación, si bien es cierto el ordenamiento procesal Español expresamente consagra que el juez dictara auto dando por terminado el proceso, no es menos cierto, que nuestros legisladores nada dijeron al respecto, entonces no resulta ilógico que ante la imposibilidad de notificar personalmente al deudor, y para que la estadística de procesos inactivos no se incrementa podría aplicarse la figura del desistimiento tácito del artículo 317 del CGP, ya que dicho precepto hace referencia igualmente a actuación y no solo a proceso.

Por otra parte, el proceso monitorio, tal como fue trasplantado y está concebido en el Código General del Proceso su trámite no puede extenderse a otros procesos declarativos ya sean de compraventa, de pertenencia o reivindicatorios etc., ya que su finalidad es la creación de un título ejecutivo para reclamaciones dinerarias de mínima cuantía de naturaleza contractual.

El proceso monitorio que es novedoso para nuestra legislación, es un trasplante del derecho Italiano donde se concibe de tipo documental y limitado, así lo plasmó la Corte Constitucional en sentencia C-726-2014, en los siguientes términos: *“Esta referencia al derecho comparado, le permite a la Corte constatar que, no obstante que en el derecho colombiano el proceso por intimación o proceso monitorio aparece como una novedad recientemente incorporada al Código General del Proceso, en otros entornos normativos es una institución longeva, utilizada como procedimiento simplificado para la constitución de títulos de ejecución de manera célere y eficaz.”*

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura debe capacitar a los servidores judiciales en el procedimiento del proceso monitorio, apoyado de servidores judiciales del poder judicial de Países como Alemania e Italia donde se han obtenido excelentes resultados para ayudar a descongestionar el sistema judicial, así como difundir entre los usuarios de la administración de justicia el proceso monitorio para que una vez esté vigente tenga gran demanda.

La jurisprudencia que emitan los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la Corte Suprema de Justicia, y la Corte Constitucional deberán suplir la omisión legislativa de que el demandado en el proceso monitorio pueda ser notificado por aviso judicial siguiendo la regla del numeral 6º del artículo 291 del Código General del Proceso.

Bibliografía

ALBORNOZ Gabilán, José E. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la administración del estado... Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 2011.

ALVIAR, Helena y Jaramillo, Isabel. Políticas de un particularismo transmutado. En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009

ANDRADE Otaiza, José Vicente. El proceso monitorio. Gestión legal & empresarial S.A. {En línea}. {Consultado el 28 de mayo de 2014}. Disponible en: (<http://gestionlegalyempresarial.com.co/inicio/index.php/actualidad/166-el-proceso-monitorio>).

AZULA Camacho Jaime, Manual de Derecho Procesal civil, Teoría General del proceso Tomo I. Librería Temis, Bogotá, 2008

BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009

BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al proceso monitorio en Colombia Universidad de Cartagena Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cartagena de Indias D.T.C. E H. 2013.

CALAMANDREI, Piero. El Procedimiento Monitorio. Buenos Aires: Librería El Foro, 2006

CALVINHO, Gustavo. Debido Proceso y procedimiento monitorio. En: El Debido Proceso. Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (directores), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

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

COLMENARES Uribe, Carlos Alberto. El Procedimiento Monitorio en el Código General del Proceso. En: Nieva-Fenoli, J., Rivera, R, Colmenares C., y Correa, J. El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Editorial Temis, 2013

------. Estructura monitoria y la hipoteca. XXXI congreso nacional de derecho procesal del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, enero de 2010. {En línea}. {Consultado el 28 de diciembre de 2013}. Disponible en: (<http://www.colmenaresabogados.com/userfiles/PONENCIA%20CARLOS%20ALBERTO%20COLMENARES%20URIBE%20XXXI%20CONGRESO%20NACIONAL%20DE%20DERECHO%20PROCESAL%20CARTAGENA%202011.pdf>)

CÓDIGO de Comercio. Decreto 410 de 1971. Reformado sucesivamente desde la Ley 1 de 1980 hasta la Ley 1762 de 2015.

CÓDIGO Civil Colombiano (Ley 57 de 1887).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 2º ed. Corregida. En Gaceta Constitucional No. 116. 20 de Julio de 1991

DELCASSO, J. P. El procedimiento monitorio en Colombia. En J. N. Fenoll, R. Rivera, C. Colmenares, & J. P. Correa, El procedimiento monitorio en América Latina. Bogotá D.C. Temis

DESCALZI, José Pablo. El Proceso Monitorio en la Reforma Procesal Civil de Buenos Aires. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Agosto de 2008, N° 08.

GARGARELLA, Roberto. Crítica del Estado de Derecho. Comentario a “¿Por qué hablar de una teoría impura del derecho para América Latina?” de Diego López Medina. En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009

GONZÁLEZ Cano, María Isabel. El proceso monitorio Europeo. Ed. Tirant, 2008

GUTIÉRREZ Alviz, F. y Conradi. El Procedimiento Monitorio: Estudio De Derecho Comparado. Sevilla, 1972.

HERRERA Mejía, Evelyn y VILLALTA Gil, Edwin Edgardo. Análisis jurídico del proceso monitorio dentro del anteproyecto de código procesal civil y mercantil. Tesis de Grado para optar al Título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad de El Salvador, 2005.

HUEZO QUEVEDO, Álvaro A., El proceso monitorio en el código procesal civil y mercantil de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales Escuela de Ciencias Jurídicas. Seminario de Graduación en Ciencias Jurídicas, 2008.

LANOS, Jimena y López, Claudia. La implementación del proceso monitorio en el ordenamiento procesal civil colombiano. Trabajo de grado, U. Militar, Facultad de Derecho, 2013

LEY 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones

LÓPEZ Guzmán, Fabián. Comentarios al nuevo Código General del Proceso. Documento pdf, p. 2 {En línea}. {Consultado el 20 de mayo de 2014}. Disponible en: (upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/1e/COMENTARIOS_AL_NUEVO_CÓDIGO_GENERAL_DEL_PROCESO_LEY_1564_DE_2012.pdf)

LÓPEZ Medina, Diego. ¿Por qué hablar de una teoría impura del derecho para América Latina? En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009

NIEVA-Fenoli, J., Rivera, R, Colmenares C., y Correa, J. El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Editorial Temis, 2013

OÑATE L., 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>)[Septiembre 30 de 2013].

PÉREZ Ragone, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales Revista de Derecho, Vol. XIX N°1, julio 2006, pp. 205-235

PICÓ i Junoy, Joan. El proceso monitorio Una visión española y europea pensando en Colombia. XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre, 2012, pp. 1019-1056.

PODER Judicial. Proceso de desalojo. Escuela de capacitación judicial. Provincia de San Juan República Argentina. Disponible en: <http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/biblioteca/nuestro-material-de-estudio/60-proceso-de-desalojo>

SAYED, Hani. La globalización de la teoría del derecho: malinterpretación y resistencia. En: BONILLA, Daniel. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos. Primera edición, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009

SILVOSA Tallón, José Manuel. La respuesta jurisprudencial ante los problemas surgidos en el proceso monitorio. Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 21, año 2008, p. 31 {En línea}. {Consultado el 11 de enero de 2014}. Disponible en: (http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num21/21respuestamon.pdf)

TORRES Angulo, Carlos A. y Franciskovic Ingunza, Beatriz. El procedimiento monitorio en la legislación comparada y su conveniente regulación en nuestro país. Revista Jurídica del Perú. Número 139. Setiembre, 20p., 2012.

Fuentes jurisprudenciales

CORTE Constitucional

Sentencia C-012/13 M.P. Mauricio González Cuervo
Sentencia C-089/11 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
Sentencia C-250/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia C-371/11, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
Sentencia C-731/05 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia C-783/04 M.P. Jaime Araujo Rentería
Sentencia C-925/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
Sentencia T – 088/06 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia T-294/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentencia T-299/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia T-320/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz
Auto 012A/96. M.P. Jorge Arango Mejía.
Auto 130 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C-012/13 M.P. Mauricio González Cuervo
Sentencia C-089/11 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
Sentencia C-610/12 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
Sentencia C-627/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell
Sentencia C-652/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz
Sentencia C-670/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
Sentencia C-783/04 M.P. Jaime Araújo Rentería
Sentencia C-980/10 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Sentencia T-081/09 M.P. Jaime Araújo Rentería
Sentencia T-101/10 M.P. Juan Carlos Henao Pérez
Sentencia T-1263/01. M.P. Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T-142/12 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia T-247/97 M.P. Fabio Morón Díaz
Sentencia T-872/10 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia C-726/14 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.