

EL PROCESO MONITORIO: UNA INNOVACIÓN JUDICIAL PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS CREDITICIOS¹

Small claims procedures: A judicial innovation for the exercise of credit rights

Fernando Luna Salas²
Nattan Nisimblat Murillo³

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2016

Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2016

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Antecedentes Históricos; 3. Procedimiento, Características y Prohibiciones; 4. Diferencias entre el Proceso Monitorio y el Ejecutivo; 5. La conciliación como requisito de procedibilidad; 6. Consideraciones finales; 7. Referencias Bibliográficas.

1 El presente artículo de reflexión es derivado de la investigación que lleva por título “El proceso monitorio: Una innovación judicial para el ejercicio de derechos crediticios (Small claims procedures. A judicial innovation for the exercise of credit rights)”. En el artículo en mención los autores actuaron en calidad de investigadores principales, y el mismo fue financiado por recursos propios dentro del Semillero de Investigación “Ciencia y Proceso” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, el cual está vinculado al grupo de investigación “Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

2 Abogado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Maestrante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Cartagena, Docente de las cátedras de Derecho Procesal General, Especial y Derecho Probatorio de la Universidad de Cartagena. Coordinador y jurídico de Proyectos de Intervención y de Cooperación Internacional sobre Víctimas y Comunidades Indígenas. Director del Semillero de Investigación “Ciencia y Proceso”, y coinvestigador del Semillero de Investigación “Neurociencia y Derecho”, los cuales están vinculados al grupo de investigación “Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

3 Abogado de la Universidad de los Andes; Doctorando en Administración, Hacienda y Estado Social de la Universidad de Salamanca; Magíster en Derecho de la Universidad de Los Andes; Especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal; cursó el Programa de Negociación de las universidades de Harvard, MIT y TUFTS; conciliador en Derecho; miembro fundador del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro de número del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; autor de derecho procesal, derecho probatorio, derecho procesal constitucional y derecho comercial; catedrático universitario; docente investigador en Derecho Procesal y Probatorio; Par Académico del Ministerio de Educación Nacional; ex Juez de la República; Procurador Judicial II para Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación.

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO (APA 6)

Luna Salas, F., & Nisimblat Murillo, N., (2017). El Proceso Monitorio. Una Innovación Judicial Para El Ejercicio De Derechos Crediticios. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX (17), pág.154-168.

RESUMEN

La Nueva Codificación procesal, incluyó como figura innovadora, la del Proceso bautizado como Monitorio, que implica en favor del acreedor, la posibilidad de reclamación de su acreencia, cuandoquiera que no posea título alguno en donde conste o pueda llegar a constar la deuda que se tiene para con él. Si bien es cierto, la figura pretende darle aires nuevos a la legislación procedimental, nuestro país se hallaba en mora de su inclusión y reconocimiento en el Derecho Positivo. Legislaciones foráneas europeas y americanas, dan cuenta de los positivos alcances y resultados que arroja a nivel judicial, la implementación de figuras que bajo nombres diversos, consagran derechos en favor de los acreedores desprovistos de títulos en los cuáles fundamentar su acreencia. El tiempo, indicará sin lugar a dudas, las bondades o desaciertos de su tipificación en el Código General del Proceso.

PALABRAS CLAVE

Proceso monitorio, ejecutivo, requerimiento, conciliación, título.

ABSTRACT

The New Process Codification included, as an innovative figure, the Process baptized as Small claims procedures, which implies in favor of the creditor, the possibility of claiming its credit, whenever it does not have any title where it appears or can be recorded the debt that is have to with him. Although it is true, the figure aims to give new airs to the procedural legislation, our country was in arrears of its inclusion and recognition in the Positive Law. European and American foreign legislations show the positive reaches and results at the judicial level, the implementation of figures who, under different names, dedicate rights in favor of creditors without titles on which to base their credit. Time will indicate without doubt, the benefits or errors of its typification in the General Code of the Process.

KEYWORDS

Small claims procedures, executive, requirement, conciliation, title.

1. INTRODUCCIÓN

El actual Código General del Proceso⁴ (CGP), intenta de una manera bastante acertada, dar al traste con innumerables vicios, lagunas y errores que venían cometiéndose desde hace mucho tiempo y que aparejaban como consecuencia, una justicia contraria a los postulados de la concentración, inmediación y publicidad.

Una serie de avances y novedades, pretenden desde el CGP, la materialización en concreto del derecho sustancial, la efectividad de la tutela jurisdiccional, el oportuno acceso a la administración de justicia y el cumplimiento del debido proceso constitucional en tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas.

Sin lugar a equívocos, uno de los grandes aciertos de la nueva legislación procesal civil, ha sido el proceso monitorio, que tiene como finalidad, la protección ágil, rápida y menos onerosa de la tutela del crédito, salvaguardando con ello así, los derechos de los acreedores.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El proceso monitorio⁵ encuentra su antecedente más remoto, en el “*mandatum de solvendo*” del derecho medieval italiano, creado ante la necesidad de establecer procedimientos que agilizaran el tráfico mercantil en las ciudades de mayor actividad, que fueron precisamente aquéllas que abrieron espacio para el comercio entre occidente y oriente. Esta institución prontamente se convirtió en una alternativa efectiva frente al juicio ordinario, para constituir un título ejecutivo en casos en los que el acreedor no disponía de los medios de prueba, ya que entre otras cosas evitaba, las demoras del juicio plenario. De esta manera, se configuró como un procedimiento sin fase previa de cognición, caracterizado por prescindir de la etapa probatoria y reduciéndose así los trámites y requisitos formales para la resolución de las controversias de carácter civil y mercantil.

La palabra Monitorio tiene múltiples acepciones lingüísticas. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esta palabra proviene del Latin Monitorius, que significa: “avisar o amonestar, advertir o requerir”.

Si bien la consagración y tipificación de la figura del Proceso Monitorio ha venido dándose en diversos países europeos como Alemania, Francia, Italia, entre otros, así como latinoamericanos: Argentina, Uruguay, Venezuela, Perú, Chile, Brasil, Costa Rica, entre otros, apenas ahora es adoptado por nuestra legislación procesal.

4 Ley 1564 de 2012.

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

En la legislación colombiana, para que pueda producirse el cobro de una obligación de forma directa, se requiere que el acreedor tenga en su poder, un título ejecutivo, esto es, un documento⁶ que lo acredite en tal condición. Este Documento deberá contener inmersa, una obligación clara, expresa y exigible, tal como lo exigen los artículos 422 CGP y 488 del CPC. Por tanto, cualquier persona que posea un documento que reúna los requisitos en mención, podrá acudir a la jurisdicción con el fin de satisfacer mediante un proceso ejecutivo, su obligación.

Ahora bien, de no existir ese documento contentivo de “una obligación clara, expresa y exigible”, el acreedor deberá recurrir a otros procesos alternos con el fin de lograr la posible consecución del título ejecutivo inexistente, y sólo una vez obtenido éste, proceder a presentar el proceso de ejecución para poder materializar y cobrar su crédito en mora.

Podrían intentarse como procesos alternos, según las voces del ordenamiento procesal: **1)** Un proceso Ordinario, si se desea obtener la declaratoria de su derecho incierto; **2)** Un interrogatorio de parte, a través del trámite de una prueba anticipada; **3)** Un proceso de rendición provocada de cuentas, o **4)** Un proceso ejecutivo, en el cual se solicite al Juez, con la presentación misma de la demanda, que antes de librar mandamiento de pago⁷, realice la práctica de una diligencia previa con el fin de completar el título ejecutivo. Sin lugar a dudas, el legislador consignó en el CGP una figura y una estructura especial a la que se asignó el nombre de “Proceso Monitorio”, para que aquéllas personas que son titulares de una obligación dineraria, pero que no poseen una forma directa de cobrarla, pudieran lograr su cometido. Este proceso sin lugar a dudas, resulta más seguro y eficaz, que cualquiera de los otros procesos alternos ya mencionados.

3. PROCEDIMIENTO, CARACTERÍSTICAS Y PROHIBICIONES

La estructura procedimental del monitorio, la encontramos a partir artículo 419 y hasta el 421 CGP. De la lectura e interpretación de la normativa señalada, se desprende que la finalidad de éste proceso, es proteger de una manera más efectiva la tutela del crédito, y por consiguiente, garantizar los derechos económicos de los pequeños y medianos acreedores, buscando a través de este mecanismo procesal sencillo y ágil, crear un título ejecutivo con el fin de que el deudor pueda ser ejecutado y satisfaga la obligación incumplida.

El artículo 419 CGP reza: *Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de Naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio.*

⁶ El Código General del Proceso en su artículo 243 lo define como “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”.

⁷ Es oportuno aclarar que el artículo 423 del CGP introdujo un cambio sustancial en el trámite de las diligencias previas que está contemplado en el Art. 489 del CPC, con esa nueva normatividad la notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor y de la notificación de la cesión del crédito.

Notemos que el artículo es claro en señalar, que exclusivamente será procedente el proceso monitorio, si se pretende conseguir el pago de obligaciones dinerarias, es decir; que cualquier otra obligación de hacer o no hacer, o de suscribir documentos, no podría ser exigida por esta vía, por lo cual dicho proceso se erige como posibilidad, solamente para lograr la satisfacción de la obligación económica incumplida.

A su vez esta obligación dineraria debe provenir o emanar de la voluntad de ambas partes (acreedor y deudor), y ha debido nacer producto de un acto jurídico suscrito por ambas, bien de manera escrita y documentada o simplemente verbal. Queda claro dentro de lo señalado por el legislador, que por ningún motivo la obligación dineraria debe provenir de una fuente extracontractual, siempre es necesario que nazca de una fuente meramente contractual.

Por esa razón, no se admite el cobro de títulos valores sin especificar que tienen dicho origen, es decir, que provienen de un contrato, luego lo que se cobra es la prestación en dinero derivada de un negocio y no la suma contenida en el título valor, ya que tales documentos son en esencia extracontractuales por el carácter “autónomo” del título. Por otra parte, la obligación ha de ser determinada y exigible, según las voces del artículo precitado. La determinación, implica la indicación o señalamiento de una suma líquida de dinero, es decir, la expresión de un monto real, de tal manera que “no exista duda del valor debido”, y la exigibilidad de la obligación, implica que la relación contractual de la cual emana el crédito, no esté sujeta a plazo ni a condición.

De igual forma, no se permite el fraccionamiento de deudas para cobrar por el trámite del monitorio, las de menor o mayor cuantía en varios procesos, por el carácter indivisible de las obligaciones. Así como tampoco se admite cobrar deudas originadas en prestación de servicios civiles, ya que tales asuntos son de competencia de los jueces laborales por el art. 2, No. 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

El proceso monitorio posee además una cuantía limitada, estableciéndose por parte de la codificación procesal, que se trata de un proceso de mínima cuantía, lo que indica que el valor de las pretensiones no podrán exceder, de acuerdo al artículo 25 del CGP, de 40 SMLMV⁸.

Pese a que el artículo 82 del CGP, estipula de manera general los requisitos que deberá contener toda demanda, el artículo 420 del CGP, establece de manera especial, unos requisitos adicionales para las demandas en Procesos Monitorios.

La exigencia anterior no desnaturaliza la primacía de lo sustancial sobre lo formal dentro de los Procesos Monitorios, el Juez a la hora de realizar el estudio sobre la admisibilidad o

⁸ Hay países en donde esta restricción no existe, la cuantía no se limita, como Alemania, o el Reglamento del Proceso Monitorio de la Comunidad Europea.

inadmisibilidad de los mismos, centrará su mirada en el cumplimiento de los presupuestos procesales y en la indicación mediante afirmación verbal o documental, de la existencia de la deuda, admitiendo inclusive que la demanda sea formulada y presentada sin intervención de un abogado o profesional del derecho.

Afirma el maestro **PIERO CALAMANDREI**: “el proceso monitorio puede ser de dos tipos: puro y documental. Es puro si el demandante no tiene la carga de la prueba del hecho, y documental, si por el contrario tiene dicha carga y le incumbe aportar el documento respectivo”.

De acuerdo con lo anterior, el Proceso Monitorio será puro, en la medida en que sólo se exija la afirmación por parte del acreedor de la existencia de la obligación, sin tener que demostrar documentalmente lo afirmado, tal como sucede en Alemania, y será documental si se exige como condición sine qua non, aportar algún documento que sirva como medio de prueba de la existencia de la deuda, tal como ocurre en España e Italia y en la mayoría de nuestros países latinoamericanos.

En Colombia, el numeral sexto del artículo 420 del CGP nos llevaría a inferir que nuestro proceso monitorio es Puro, es decir, en la medida en que el acreedor no tenga en su poder documento alguno, podrá afirmar la deuda sin que se requiera ningún principio de prueba y bastaría con la sola manifestación de la obligación, sin embargo, en ese mismo enunciado normativo, señala el legislador que el demandante “deberá aportar con la demanda, los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder”. Con base en esto último, podríamos concluir, que estaríamos frente a un Proceso Monitorio Mixto, aunque gran parte de la doctrina y la jurisprudencia lo enmarcan como un Proceso Monitorio de tipo Puro.

Por consiguiente, sólo se admite el monitorio puro si no se tiene prueba documental, pero en todo caso, el CGP es muy exigente con el demandante, a quien no se le recibirán documentos con posterioridad si se le demuestra que a pesar de que los tenía en su poder, no los allegó con la demanda.

Ahora bien, el documento aportado por el demandante puede ser unilateral o bilateral. Será unilateral, si en él no existe firma ni constancia del deudor, pero por lo menos se deduce el origen de la deuda, y bilateral, si existe en él, la rúbrica del deudor o algún documento que refleje la relación del acreedor y del deudor.

Revisemos el procedimiento del Proceso Monitorio establecido en el CGP: Una vez el Juez admite la demanda, libraré un auto que contenga el requerimiento que se le hará al deudor, por consiguiente deberá correr traslado de la demanda a éste, notificándolo

exclusivamente de manera personal⁹. El deudor deberá comparecer dentro del término de 10 días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación, a efectos de que se disponga a pagar o a contestar la demanda, bien sea aceptando o negando total o parcialmente y de una manera motivada, la obligación que se le endilga.

El auto que contiene el requerimiento al deudor, no admite recurso alguno, en él se le advierte que en caso de no pagar o de no justificar su renuencia, se le condenará a través de sentencia¹⁰ al pago de la obligación reclamada con sus respectivos intereses.

Le asisten al deudor básicamente tres posibilidades frente a la demanda, las cuales son las mismas que pueden poner fin al Proceso Monitorio:

- 1. Que pague:** Si la obligación requerida se satisface, el Juez librará un Auto interlocutorio dando por terminado el proceso. Si el pago se efectúa por parte del deudor de la obligación, podemos decir que el proceso cumplió satisfactoriamente con su finalidad principal.
- 2. Que guarde silencio:** En éste caso, el Juez debe proferir Sentencia condenatoria del valor reclamado. Es decir, el mutismo por parte del deudor al requerimiento realizado, le dará al Juez la posibilidad de declarar ciertos los hechos susceptibles de confesión, o en su defecto, las circunstancias fácticas esbozadas en la demanda por parte del acreedor. La creación del título ejecutivo no es el resultado de una actividad enjuiciadora ni producto de un debate probatorio, simplemente es el efecto de la inactividad o pasividad del deudor frente al requerimiento de pago hecho por el Juez. La afirmación o el documento se convierten en título ejecutivo, por la sola presunción de aquel que no se opone al requerimiento de pago. Esta providencia condenatoria, reviste eficacia de cosa juzgada, lo que quiere decir que el deudor no podrá cuestionar la existencia de la deuda, ni del título ejecutivo en ningún proceso declarativo posterior. Ese es el éxito del proceso monitorio, convertir el documento o la afirmación en título ejecutivo.
- 3. Que formule oposición total o parcial:** Si el deudor se opone y argumenta o demuestra su dicho, el Juez procederá a librar auto dando por terminado el proceso monitorio, desde luego, sin haberse podido constituir título ejecutivo y citando a las partes para resolver la controversia producto de la oposición, por medio de un proceso verbal sumario, el cual se tramitará como lo dispone el artículo 392 del CGP, dentro de una sola audiencia en que se surtirán la audiencia inicial y la de instrucción y juzgamiento. Es decir, que de existir oposición, automáticamente desaparece el proceso monitorio, y nace el trámite de única instancia del proceso verbal sumario, con el lleno de todas las etapas clásicas de todos los procesos,

9 Con base en la Sentencia C-726 de 2014: "(...) el requerimiento que hace el juez reviste una doble naturaleza. De una parte, constituye la notificación y a la vez, el requerimiento de pago, el cual debe **ser notificado personalmente, sin que sea posible la notificación por aviso**. El párrafo del artículo 421 del Código General del Proceso de manera expresa prohíbe el emplazamiento del demandado, lo que comporta la garantía de la que dispone el deudor para actuar en el proceso y no permitir que se constituya un título de ejecución sin su conocimiento".

10 Sentencia que tampoco admite recurso y que además hace tránsito a cosa juzgada.

esto es: conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento o el control de legalidad ejercido por el juez, fijación del litigio, decreto de pruebas, práctica de ellas, alegatos de conclusión, consideraciones y el fallo. En caso de que la oposición sea parcial, solamente se podrá constituir el título ejecutivo en relación con los valores aceptados, y en relación con el monto a que se le hizo oposición, se llevará a cabo el trámite anteriormente mencionado.

La citada estructura es simple y rápida, está enmarcada como un proceso declarativo, plenario y especial. Será declarativo, porque su finalidad es obtener un título de ejecución; plenario, porque la providencia que pone fin al proceso, en caso de la no comparecencia del deudor, hace tránsito a cosa juzgada; y es especial, porque su ámbito material de aplicación es limitado, solo para obligaciones dinerarias.

El párrafo del artículo 421 del CGP consagra la posibilidad de que el acreedor solicite la práctica de medidas cautelares. Este artículo estipula que se podrán practicar las medidas que están contempladas para los procesos declarativos, como es por ejemplo el Registro de la Demanda o el embargo y secuestro de bienes, pero a su vez, y con base en el artículo 590 Literal C, es posible cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio¹¹.

A su vez, ese mismo párrafo del artículo 421 del CGP, prohíbe una serie de actuaciones procesales que no deben existir dentro del trámite monitorio, como son las excepciones previas, la reconvenición, la intervención de terceros, el emplazamiento del demandado y el nombramiento de curador ad litem.

Lógicamente estas actuaciones están vedadas dentro de este proceso, porque son herramientas y actos procesales que requieren de más tiempo y debate jurídico, y como vieron, el proceso monitorio lo que busca es proteger los créditos y que a través de una fase supremamente rápida y sin controversia, se llegue a la obtención del título ejecutivo o al pago de la obligación.

En la experiencia de otros países, el proceso monitorio ha logrado reducir los procesos ordinarios, hoy declarativos, así como también aquéllos procesos alternos a los cuales hicimos relación anteriormente, es decir, que su implementación en nuestra legislación, ayudaría en gran medida a descongestionar los despachos judiciales. No obstante ello, puede vislumbrarse un problema ulterior, como sería el aumento significativo de los procesos de ejecución, por lo que la eficacia del proceso monitorio deberá venir acompañado necesariamente, de un sistema igualmente eficaz en el proceso de ejecución, en el que debe prevalecer especialmente, el interés del acreedor, quien debe poder confiar en la efectividad de la tutela judicial.

¹¹ Valga la oportunidad para decir que este es otro gran avance del CGP, toda vez que creó la figura de las medidas cautelares innominadas o genéricas.

4. LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Nuestra normatividad nacional ha considerado que el ejercicio del derecho de acción ante la administración de justicia, en algunos procesos requiere de un trámite previo, consistente en el agotamiento de la conciliación, ante un centro de conciliación debidamente avalado por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Para el asunto que nos compete, la conciliación como requisito de procedibilidad se encuentra reglado en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, el cual fue modificado por el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012, el cual reza:

ARTICULO 38. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS CIVILES. <Artículo modificado por del artículo 621 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.

PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso.

Obsérvese que la norma citada no hace referencia al proceso monitorio, pero si a los procesos declarativos, así como también plantea unas excepciones a este trámite previo en donde tampoco hace alusión al proceso que estudiamos.

Con base en lo anterior podemos concluir que, el proceso monitorio requiere cumplir con la conciliación como requisito de procedibilidad, sin embargo, existen diversas posturas que consideran lo contrario.

Los fundamentos de la primera tesis se centran en que el proceso monitorio no requiere la conciliación como requisito de procedibilidad, básicamente por los siguientes criterios:

- Yerro involuntario de redacción de la norma anteriormente citada, toda vez que el proceso monitorio es un declarativo especial y por ende, debe ser excluido de tal exigencia.
- La jurisprudencia colombiana manifiesta que este nuevo proceso constituye principalmente una tutela judicial efectiva de los derechos sustanciales, por ello, la simplificación de sus trámites y su estructura breve¹².
- Se estaría en contra de los preceptos constitucionales y principios del derecho procesal, como son: tutela judicial efectiva, celeridad, debido proceso y acceso a la administración de justicia¹³.

12 Sentencia C-726 del 24 de septiembre de 2014.

13 CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso. La conciliación extrajudicial Como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio. Una interpretación alternativa.

- El Profesor Español Juan Pablo Correa Delcasso califica la conciliación obligatoria para el proceso monitorio como inútil, innecesaria y contraproducente. Él manifiesta que existen dos etapas en este proceso, la primera que denomina pre contenciosa, en la cual se requiere al deudor para que ejerza su derecho de contradicción, en esta primera fase, manifiesta Delcasso, no reviste naturaleza jurisdiccional. La segunda fase se presenta cuando el demandado se opone en su contestación de la demanda, en cuyo caso el proceso migra a un proceso verbal sumario, en donde si hay claramente naturaleza jurisdiccional. Por ende, exigir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, no evitaría un proceso judicial, sino un mero requerimiento de pago, que se daría en una etapa no jurisdiccional.
- El profesor Carlos Colmenares Uribe¹⁴ plantea ciertos argumentos de derecho comparado, en donde esgrime que en ninguno de los países en los que está regulado el proceso monitorio en materia civil, existe la conciliación como requisito de procedibilidad.

Los fundamentos contrarios y en defensa de que si debe existir la exigencia de la conciliación, son:

- El primer argumento y el más fuerte, es la misma norma, es decir; el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 621 CGP. El legislador contempló tal exigencia para los procesos declarativos, es decir; aquellos relacionados entre el artículo 368 y 421 CGP, artículos estos donde encontramos lo concerniente al proceso monitorio.
- El legislador de igual forma, plasmó en el artículo 621 CGP ciertos procesos en concreto que están relevados de que se proceda con la conciliación como requisito de procedibilidad, como son: los divisorios, los de expropiación y aquellos donde se demande o sea obligatoria la citación a indeterminados. Por consiguiente, al no estar el proceso monitorio dentro de estas excepciones, podemos inferir que el legislador no pretendió nunca que fuese así.
- El legislador pretendió fortalecer la figura de la conciliación, así como de descongestionar la administración de justicia.

En definitiva, el legislador consagró, aunque no tan claramente, en el artículo 621 CGP la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad para los procesos monitorios, por tal motivo, aquellos que consideran desde una óptica muy sensata y respetable, que la conciliación no deber existir en estos procesos como requisito de procedibilidad, simplemente hacen alusión a una “*lege ferenda*”¹⁵.

14 COLMENARES, Carlos. “Aspectos prácticos del proceso monitorio”.

15 Locución latina que significa «para una futura reforma de la ley» o «con motivo de proponer una ley». Se trata de una recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima reforma legislativa.

Debemos esperar el transcurrir de estos procesos, y las decisiones de nuestros jueces de instancia, y sobre todo las decisiones de nuestras altas cortes, con el fin de esclarecer y tener certeza en relación a esa preceptiva legal.

Sin embargo, y tal como lo ordena el párrafo del mismo artículo anteriormente dicho, podríamos obviar esa exigencia de la conciliación, si y solo si, solicitamos en la demanda del monitorio, la práctica de medidas cautelares.

Debemos aclarar que la excepción a la conciliación en lo atinente al proceso monitorio, es únicamente lo relativo al literal C, del numeral 1, del artículo 590 del CGP, es decir, lo relacionado con las medidas cautelares innominadas. Las demás medidas cautelares del artículo 590 (literales a y b) únicamente proceden para procesos en que se discuten derechos reales o de responsabilidad, y como bien hemos anotado anteriormente, en el proceso monitorio no se admiten ninguna de esas dos pretensiones.

Ahora, de pedirse una medida cautelar innominada deben adjuntarse pruebas para demostrar la “apariencia de buen derecho” (el *fumus boni iuris*). Por ende, siempre que se quiera omitir la conciliación por haber pedido medida cautelar debe cuidarse de: **B.** Solicitar una medida innominada y; **B.** Aportar prueba de la apariencia de buen derecho.

5. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO MONITORIO Y EL EJECUTIVO¹⁶

1. El Proceso monitorio exige un principio de prueba o la simple afirmación de la existencia de una obligación.	Es presupuesto del proceso ejecutivo la existencia de un título ejecutivo que conste en un documento que constituya plena prueba en contra del deudor.
2. En el proceso monitorio, el requerimiento de pago efectuado por el juez es condicional, de manera que el silencio del deudor podrá generar los efectos de cosa juzgada o si existe oposición su transformación en un proceso declarativo.	En el proceso ejecutivo el mandamiento de pago constituye la providencia de fondo que estudia la obligación y la prueba sin que constituya ninguna condición, por lo general siempre que se profiere sentencia se mantiene a falta de medios exceptivos.
3. En el proceso monitorio hay cognición abreviada.	En el proceso ejecutivo el juez en la primera providencia determina si la obligación es clara, expresa y exigible y si el documento que la enrostra constituye plena prueba en contra del deudor o del causante.
4. El proceso monitorio solamente se puede iniciar y seguir contra el deudor que sea posible notificar personalmente.	En el proceso ejecutivo es posible que el demandado este representado por Curador <i>Ad litem</i> .
5. El proceso monitorio es viable únicamente contra el deudor existente.	En el proceso ejecutivo la obligación se puede seguir contra los continuadores de la herencia, es decir, puede existir título ejecutivo a cargo del causante.

16 COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El Proceso Monitorio en el Código General Del Proceso. Op. cit., pp. 1152-1154.

<p>6. Están directamente prohibidas las siguientes actuaciones procesales: las excepciones previas, la reconvencción, la intervención de terceros, el emplazamiento del demandado y el nombramiento de curador ad litem¹⁷.</p>	<p>Dentro del proceso ejecutivo puede existir cada una de esas figuras procesales, con la única salvedad que las excepciones previas se deben presentar como recurso de reposición contra el mandamiento de pago.</p>
---	---

6. CONSIDERACIONES FINALES

Cabe anotar, que los artículos que consagran la explicación del Proceso Monitorio y su procedimiento, fueron demandados por inconstitucionalidad en dos oportunidades, en la primera demanda argumentaba el actor, que las disposiciones demandadas resultaban contrarias al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, al debido proceso y al derecho de defensa, contenidos en el artículo 29 de la Carta Política. En su dicho aseveraba el demandante, que el Proceso Monitorio “se rige por una estructura unilateral que vulnera el derecho a la igualdad y el debido proceso, porque carece de la bilateralidad propia de todo procedimiento judicial, en tanto el juez, cuando realiza el requerimiento de pago, simultáneamente se pronuncia con efectos de cosa juzgada, sin haber escuchado a la contraparte”. Reafirmaba el demandante sus argumentos, señalando además, que el Auto de Requerimiento de Pago, es violatorio del debido proceso porque no admite recursos.

El máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, declaró mediante la **Sentencia C - 726 de 2014**, exequible el articulado demandado.

La Corte Constitucional expresó de manera contundente:

“Al hacer la confrontación entre las normas demandadas y las disposiciones constitucionales que se indican infringidas por el demandante, la Corte encuentra que esta estructura procesal garantiza el acceso efectivo e integral a la administración de justicia, ya que las partes en las diversas fases que lo componen tienen la posibilidad de ser oídas, estando en igualdad procesal y a través de un procedimiento que prevé la plenitud de formas procesales garantes del debido proceso”.

“(…) Sin embargo, la oposición del demandado hace ineficaz la orden de pago y, por consiguiente, muta la naturaleza del proceso a un proceso verbal sumario. Esta eventualidad en la que el deudor se opone, ofrece una garantía que la Corte estima preserva el derecho a la igualdad y al debido proceso y, por tanto, no le asiste razón al demandante cuando descontextualiza la disposición (…)”.

“En suma, la Corte constata que el procedimiento monitorio garantiza los contenidos inmanentes del debido proceso, como lo son la defensa, el derecho de contradicción, la celeridad en los términos procesales y, aun constituyendo una excepción a la doble instancia, como quiera que esta garantía no es una *condicio sine qua non*, cuando la regulación se

¹⁷ Diferencia anotada por los autores.

ajusta a las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional, como en efecto ocurre en este caso. De esta manera, al amparo del test leve de razonabilidad, la medida persigue un fin legítimo, y es adecuada, porque en su curso no se rompe el equilibrio de las partes en las diversas fases del procedimiento”.

La segunda demanda de inconstitucionalidad se presenta parcialmente en contra del artículo 419 CGP, en donde los actores argumentan que el aparte acusado es contrario a los artículos 1º, 2º, 13 y 229 de la Constitución, y expresa lo siguiente:

(...) señalan que el derecho a la tutela judicial efectiva, que infieren de los artículos 1º, 2º y 229 C.P., es una garantía descrita en la jurisprudencia constitucional como la posibilidad de obtener la exigibilidad judicial de los derechos y obligaciones, derecho que tiene carácter transversal en el Código General del Proceso, según se observa de los antecedentes legislativos de dicha normatividad.

Para el caso analizado, esa garantía es limitada injustificadamente frente a las obligaciones no dinerarias que no consten en título ejecutivo. Esto debido a que en dichos casos, ante la inexistencia de un proceso judicial expedito para su ejecución, como el proceso monitorio, se incentiva el incumplimiento de las respectivas obligaciones, en razón de la imposibilidad material de exigibilidad judicial, en razón de los costos y duración de los mecanismos existentes para ese tipo de obligaciones.

Indican los demandantes que la norma acusada vulnera el principio de igualdad, pues sin contarse con una razón suficiente para ello, prodiga un tratamiento diferente a los acreedores de obligaciones dinerarias e informales, quienes pueden acceder al proceso monitorio, frente a los acreedores de obligaciones no dinerarias, quienes encuentran restringida dicha posibilidad legal. Para los demandantes, dicha diferenciación “crea una situación jurídica abismalmente desequilibrada para aquellos acreedores de obligaciones de tipo no dinerarias que se encuentran en situaciones similares, pues al igual que los protegidos por esta disposición, no cuentan con un título ejecutivo y la cuantía de su pretensión no supera la mínima.”

De igual forma, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, declaró mediante la **Sentencia C - 159 de 2016**, exequible el articulado demandado.

La Corte Constitucional expresó de manera contundente:

La Sala concluye que la expresión acusada es compatible con la Constitución. Esto debido a que no impone una restricción injustificada al derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. La decisión de circunscribir el proceso monitorio a las obligaciones en dinero hace parte de la libertad de configuración del legislador, quien previó un instrumento simplificado y ágil de procedimiento, que se ajusta a la exigibilidad judicial de las obligaciones líquidas y de naturaleza contractual. A su vez, se encuentra que la misma legislación procesal confiere diferentes alternativas para la ejecución de obligaciones no dinerarias, en las cuales se han previsto las etapas necesarias para que se cumpla el debate

probatorio usual en la definición concreta de dichas obligaciones. Por lo tanto, no resultaría acertado concluir que la legislación ha impuesto barreras injustificadas en contra de los acreedores de las obligaciones diferentes a las dinerarias.

(...) La amplia competencia, faculta al legislador para establecer diferentes modelos y alternativas de trámites judiciales, dirigidos entre otras muchas tareas a (i) fijar nuevos procedimientos judiciales; (ii) determinar la naturaleza de dichos procedimientos; (iii) eliminar etapas procesales; (iv) requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales; (v) imponer cargas procesales a las partes; o (vi) establecer los términos y plazos para el acceso a la administración de justicia. Esto bajo un criterio de libertad de configuración legislativa, que responda a necesidades de conveniencia y oportunidad para la efectividad de los derechos, principios y valores constitucionales.

(...) Existe un evidente vínculo entre el acceso a la administración de justicia y contar con un proceso sin dilaciones injustificadas. Como se señaló anteriormente, la protección del derecho a un recurso judicial efectivo no puede tener un carácter eminentemente formal, sino que debe ser material. En ese orden de ideas, se estaría ante un modelo de justicia insuficiente en términos de garantía de este derecho, cuando se ha previsto un procedimiento judicial, pero el mismo no permite conferir a los ciudadanos una solución oportuna frente a la exigibilidad de sus derechos. Esta falencia puede deberse de dos factores definidos: bien por la presencia de mora judicial, derivada de la duración desproporcionada en el trámite de los trámites judiciales que no responda a ningún criterio de carácter objetivo; o bien por la falta de idoneidad del mismo procedimiento legal, de manera que el modo como fue concebido por el legislador no permita llegar, en abstracto, a una solución oportuna.

Por ahora, será la implementación de ésta innovadora figura bautizada como “Proceso Monitorio” y su praxis, la que den cuenta de su efectividad. Sólo el tiempo, dará la respuesta de si valió la pena el esfuerzo de nuestro legislador en tanto la inclusión de ésta nueva figura o por el contrario, sólo habrá más letra muerta que se acumula en textos que van cayendo poco a poco en el desuso y el olvido.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santoló, Madrid: Editorial Reus SA, 1922.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto et al. El Procedimiento Monitorio en América Latina. Pasado, Presente y Futuro. Bogotá DC: Editorial Temis SA, 2013.

El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso. En: Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena de Indias, 2012. Memorias.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Colombia. Ley 1564 de 2012. El Proceso Monitorio Europeo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, 2008.

GARBERÍ LLOBREGAT, Jorge. El Proceso Monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona: Editorial Bosch SA, 2011.

GARCÍA GIL, Francisco Javier. Práctica del Proceso Monitorio. Legislación, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios. Editorial La ley SAU, 2010.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid: Dykinson, 2000.

MAGRO SERVET, Vicente. El Proceso Monitorio. Sepín Editorial Jurídica.

MARINONI, Luiz Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Fundamentos del Proceso Civil. Hacia una Teoría de la Adjudicación. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MORAHAN, Mariano. El Procedimiento Monitorio. Paraná: Delta Editora SRL, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi. Aproximación al Origen del Procedimiento Monitorio. En: El Procedimiento Monitorio en América Latina. Pasado, Presente y Futuro. Bogotá DC: Editorial Temis SA, 2013.

QUÍLEZ MORENO, José María. El Proceso Monitorio: Estudio Doctrinal, Jurisprudencial y Futura Realidad de la e-justicia. Madrid: 2011.

PARRA QUIJANO, Jairo. Prólogo a El Procedimiento Monitorio en América Latina. Pasado, Presente y Futuro. Bogotá DC: Editorial Temis SA, 2013.

PICÓ I JUNOY, Joan. El Proceso Monitorio. Una Visión española y europea Pensando en Colombia. En: Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena de Indias, 2012.

POVEDA PERDOMO, Abelardo. Manual del Proceso Monitorio. El Modelo Documental Español. 1ª ed., Bogotá DC: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006.

CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso. La conciliación extrajudicial Como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio. Una interpretación alternativa.

Sentencia C - 726 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Sentencia C-159 del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).