

**EL EMPLAZAMIENTO Y EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD
LITEM DENTRO DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN COLOMBIA**

LUIS GABRIEL SOLANO AROCA

Código. 041091316

SONIA ALEJANDRA ZAMUDIO MILA

Código. 041091526

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2014

**EL EMPLAZAMIENTO Y EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD
LITEM DENTRO DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN COLOMBIA**

LUIS GABRIEL SOLANO AROCA

Código. 041091316

SONIA ALEJANDRA ZAMUDIO MILA

Código. 041091526

Monografía para optar al título de Abogado

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2014

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

AUTORIDADES ACADEMICAS

Benjamín Herrera
Fundador de la Universidad Libre de Colombia

Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila
Presidente Nacional

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié
Rector Nacional

Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo
Censor Nacional

Dr. Pablo Emilio Cruz Samboni
Secretario General

Dr. Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
Presidente Seccional

Dr. Fernando Dejanón Rodríguez
Rector Seccional

Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano

Dr. Álvaro Aljure Moreno
Secretario Académico

Dr. José Helvert Ramos Nocua
Director Centro de Investigaciones

Dr. Josué Otto de Quesada Varona
Coordinador Área de Investigación

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO MONITORIO...11

CAPITULO II

PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DEL
PROCESO MONITORIO 19

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

1. PROCESO MONOTORIO.....24

CAPITULO IV

EL EMPLAZAMIENTO Y EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD LITEM
DENTRO DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN COLOMBIA.....39

CONCLUSIONES..... 42

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

En los últimos años Colombia enfrenta uno de los problemas más difíciles, siendo éste la lentitud e ineficacia en la administración de justicia. Por lo tanto, ha venido desarrollando estrategias para mejorar esta situación, para agilizar y descongestionar los despachos judiciales del país. Una solución clave ha sido implementar la Oralidad en los diversos procedimientos tanto en Civil, como Penal, Laboral y Administrativo, entre otros.

La implementación del sistema Oral en el Área Civil y de familia se ha venido realizando desde el año 2012 con la implementación de la ley 1564 del 2012 conocido como el Código General del Proceso, el cual desde su expedición ha venido implementándose gradualmente, con el fin de capacitar a los operadores judiciales y adecuar las instalaciones de los despachos judiciales para su correcta ejecución; cabe resaltar que el Código General del Proceso no reemplazó el Código de Procedimiento Civil Colombiano que viene rigiendo desde 1970, este aun esta en vigencia.

Uno de los grandes cambios e interesante apuesta que hizo el Legislador con la promulgación de la referida ley, es la adopción de un procedimiento especial llamado “PROCESO MONITORIO”.

Este procedimiento, tiene como característica fundamental, lo que la doctrina ha llamado “la inversión del contrainterrogatorio”, que consiste en que el demandante inicia la demanda afirmando que una persona determinada le debe cierta cantidad de dinero, pudiendo este aportar titulo valor incompleto o solo hacer la declaración juramentada en la que manifieste la existencia de dicha deuda, posteriormente el juez libra requerimiento de pago y se lo notifica al demandante.

En nuestro parecer, esto es violatorio del debido proceso, puntualmente el derecho de defensa que posee el deudor, debido a que a el no le están manifestando que existe alguien quien afirma le debe cierta suma de dinero y este poderse defender, sino se le notifica directamente que debe hacer el pago de una deuda que supuestamente tiene, o

sea, se le comunica directamente que tiene que pagar, sin antes haber escuchado su posición y permitirle probar que no existe ninguna deuda.

La presente investigación se centra en determinar la posibilidad que existe dentro del procedimiento monitorio, de implementar figuras como el emplazamiento y curador ad litem, con el fin de garantizar el derecho de defensa y además abrirle las puertas a los acreedores para que puedan acceder a este trámite, ya que actualmente si no se conoce el paradero del deudor no se puede iniciar este trámite.

La pregunta problemática que vamos a desarrollar es ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifiquen realizar emplazamiento y nombrar un Curador Ad Litem para garantizar el debido proceso monitorio?, junto con la hipótesis que fue planteada y consiste en analizar si el emplazamiento y el nombramiento del Curador Ad Litem posterior a la demanda y anterior a la notificación del auto que contiene el requerimiento de pago, permitirá garantizar el debido proceso monitorio como fundamento jurídico que lo justifique.

Para demostrar que estas figuras, garantizaran el debido proceso identificaremos el proceso monitorio en diferentes países, compararemos el proceso monitorio en Colombia con la estructura de este en diferentes países y argumentaremos como implementar el emplazamiento y el nombramiento del Curador Ad Litem dentro del proceso monitorio.

Lo anterior lo desarrollaremos en cuatro capítulos. El primero titulado “antecedentes del debido proceso en el proceso monitorio”, en el cual se dan a conocer diversas posiciones sobre si es o no vulnerado el debido proceso en el trámite monitorio y como lo sustenta cada doctrinante, dentro de las posiciones hay dos muy interesantes, una es un concepto de la Procuraduría General de la Nación y la de un estudioso del tema Cristian Montero, además, esta la posición de uno de los pocos doctrinantes en Colombia que se ha ocupado de tratar este tema.

El segundo Capitulo “presunta vulneración del debido proceso dentro del proceso monitorio”, en el cual abordamos primero que todo lo que significa el proceso monitorio, sus orígenes y la controversia que se plantea sobre si es o no violatoria del debido proceso.

“Derecho comparado” es el titulo del tercer capitulo, donde escogimos a Italia, España, Chile y Alemania para desarrollarlo, los cuales fueron escogidos unos por regular el proceso monitorio de una de las formas mas completas, otros por que a diferencia de la mayoría de países se incorpora es en la normatividad laboral. En este capitulo abarcaremos la regulación del proceso monitorio, el emplazamiento y el nombramiento de un curador ad litem.

Por último, tenemos “el emplazamiento y el nombramiento de curador ad litem dentro del procedimiento monitorio en Colombia”, en el cual plantharemos una propuesta de como implementar figuras como el emplazamiento y el curador ad litem en el proceso monitorio.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO MONITORIO

En Colombia con la implementación del Código General del proceso se incorpora en el ordenamiento procesal el llamado “proceso monitorio”, encaminado a ayudar a la descongestión de los despachos judiciales en los casos que se busque crear o complementar un título valor. Para algunos dicho procedimiento vulnera el derecho de defensa del demandado, debido a que sin pronunciamiento alguno por parte del deudor el juez profiere orden de requerimiento de pago el cual tiene efectos de cosa juzgada.

Sobre el problema anteriormente planteado, se han pronunciado diferentes estudiosos de derecho entre ellos: en Chile el Doctor Álvaro J. Pérez Ragone y el Doctor Cristian Montero, en Argentina la Doctora Rosa Avila Paz de Robledo y el profesor Gustavo Calvino, en Ecuador José Luis Carrasco Zurita, en Colombia Abelardo Poveda Perdomo y la Procuraduría General de la Nación en concepto proferido el 11 de Abril de 2014, en España Juan Pablo Correa Delcasso.

En Chile, el Doctor Álvaro J. Pérez Ragone en relación al tema del derecho de defensa y el Derecho de Contradicción en el Proceso Monitorio sostiene: “Con este instituto procesal no solo se garantiza el acceso a la justicia y debida tutela del crédito en favor del requirente, sino, además, que el requerido tiene la posibilidad de ser oído estando en la igualdad de armas. Es suficiente el silencio u oposición del requerido para justificar las etapas procesales subsiguientes, en forma similar a la rebeldía. Así no ofrece reparos constitucionales ni cuestionamientos por eventual afectación al debido proceso siendo aceptable y hasta menos agresivo que otros procesos, como la ejecución por ejemplo. Ello ha merecido la aprobación en la jurisprudencia, según la Carta de Derechos Humanos en la EU, no siendo contrario a su Art. 6. 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. El derecho a ser oído no depende de la participación de hecho del requerido, sino apenas de la posibilidad que se le brinde para ello. Y en caso de no hacer uso de la posibilidad no debe obstaculizársele el efectivo ejercicio de la jurisdicción en beneficio de la otra parte. La misma argumentación exigiendo una interpretación flexible en la interpretación del derecho a ser oído fue sostenida por *The House of Lords*. La posibilidad procedimental para oponerse y de esa manera poder acceder a un contradictorio, donde sí se discutirá la fundabilidad de una pretensión reviste garantía suficiente. Una parte no puede verse perjudicada jurídica y fácticamente por la inacción de la otra. Así no sólo se justifican institutos como la rebeldía, sino formas procesales que apoyándose en esta permitan la debida tutela jurisdiccional. De este modo el silencio toma relevancia en beneficio del de la requirente habiendo tenido el requerido posibilidad de defenderse. Esta discusión en torno al debido proceso se vio multiplicada con la reforma de la Constitución Italiana y su Art. 111, habiéndose ratificado la adecuación del proceso monitorio a las exigencias del debido proceso.”¹

En Argentina, la Doctora Rosa Avila Paz de Robledo² afirma que dentro del proceso monitorio no se viola el principio de contradicción por lo tanto no se vulneraría el debido proceso. Comienza definiendo el proceso monitorio como “aquel que tiene por finalidad la creación de un título ejecutivo, por medio de la inversión del contradictorio, en el sentido de que éste puede o no existir según que medie o no oposición del demandado”. Plantea que una de las características de este procedimiento es la “inversión del contradictorio” de la cual analiza que debido a la cultura procesal es difícil entenderla, por lo que se sugeriría que estaría violando la

¹ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales. Revista de Derecho Valdivia. Chile. 2006. Disponible en < http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100009&script=sci_arttext>

² PAZ DE ROBLEDO, Rosa Avila. El proceso monitorio en los Códigos Procesales Civiles Provinciales y los principios procesales de economía procesal y de concentración. Revista de la Universidad Nacional de la Rioja Vol 2 N° 2. Argentina. 2011.

bilateralidad y el derecho de defensa. En Conclusión con el proceso monitorio no se vulnera el derecho de defensa del demandado lo que ocurre es la inversión de contradictorio.

Otro Gran expositor de este tema en Argentina es el profesor Gustavo Calvino, en su escrito “Judicatura y ejecución Monitoria”³, quien comienza haciendo un recuento histórico del proceso monitorio e igualmente menciona el interés con el que se implemento en el ordenamiento procesal Argentino, que es prácticamente el mismo que en Colombia, la posible solución a la administración de justicia y crear un proceso dotado de eficacia y celeridad. Cita los diferentes países donde ha sido adoptado este procedimiento y describe todo el tramite y como lo tomo la legislación Argentina. Respecto al derecho de la protección del derecho de Defensa dice: “A fin de resguardar el derecho de defensa del presunto deudor, se invierte la carga del contradictorio otorgándosele la iniciativa. Si no formula oposición a tiempo, aquel decreto adquiere la fuerza ejecutiva y autoridad de cosa juzgada”.

En Ecuador, José Luis Carrasco Zurita en su escrito “El proceso monitorio como medio para otorgar al derecho de crédito, tutela efectiva y la necesidad de su introducción a nuestra legislación”, en el cual hace un análisis del proceso monitorio como mecanismo efectivo para otorgar el derecho de crédito y por supuesto el estudio de esta figura al incorporarla en el ordenamiento procesal Ecuatoriano, el cual realiza haciendo una exposición minuciosa viendo la tutela efectiva desde el punto constitucional y posteriormente desde el punto de vista del ordenamiento procesal civil. Analiza el Derecho de Contradicción en el procedimiento monitorio de la siguiente manera: “La autoridad judicial, dentro de la estructura monitoria, dicta un mandato de pago para hacer efectivo el cobro de una deuda de dinero, en un determinado plazo; lapso dentro del cual el deudor puede plantear su oposición; de lo contrario, al no existir contradicción, se inicia la vía del apremio, es decir, la

³ CALVINHO, Gustavo. Ponencia VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista “Judicatura y Ejecución Monitoria”. 2005. Buenos Aires Argentina. Disponible en <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Judicatura%20y%20ejecucion%20monitoria.pdf> >

ejecución inmediata del título creado bajo la modalidad del proceso monitorio. Bajo esta modalidad, cabe mencionar que en una primera etapa del proceso monitorio la nota relevante es la falta del contradictorio, ya que la autoridad judicial emite un mandato de pago, el mismo que no puede ser alterado por la parte deudora; la “oposición deberá entonces desarrollarse con todas las garantías del contradictorio...” pero en otra fase, que es posterior a la orden de pago que dicta el juez.”

En la Doctrina Colombiana, encontramos a Abelardo Poveda Perdomo, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Sur – Colombiana y Catedrático de Derecho Procesal, quien en su libro “Manual del Proceso Monitorio”⁴, en el cual hace una exposición del modelo Español. En este trabajo se refiere al tema del derecho de defensa analizándolo desde el punto de vista de la inversión de la iniciativa de provocar el interrogatorio de la siguiente manera: “se advierte como característica del proceso monitorio la inexistencia inmediata de la contradicción del demandado, pues ella solo se presenta una vez ha sido proferida la providencia mediante la cual se requiere y se coloca al deudor en situación de pagar o presentar escrito de oposición (o no). De presentarse la oposición del demandado al mandato de pago, se fracasa en la técnica monitoria respecto de la rápida creación del título de ejecución, ya que dicho acto provoca la contradicción y se da paso a que el demandante de inicio a un juicio declarativo”

El 11 de Abril de 2014 la Procuraduría General de la Nación en Colombia profirió concepto⁵ en relación al proceso monitorio, donde el accionante planteaba que con la adopción del proceso monitorio se vulnera el debido proceso y se manifestó respecto a este diciendo: “el artículo 421 acusado aseguró al deudor demandado y notificado personalmente de un proceso monitorio, la oportunidad procesal para ser oído, para presentar pruebas o para interponer recursos. La respuesta es afirmativa. Esta Vista Fiscal considera que el trámite ha sido conforme a la Constitución por cuanto dicha

⁴ COLMENARES URIBE, Carlos. El proceso de la estructura monitoria. Universidad libre. 2011. Cúcuta, Colombia.

⁵ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Concepto 5761. 11 de Abril de 2014.

disposición sí previó expresamente la oportunidad para que el ciudadano demandado ejerciera su derecho de contradicción, esto es, su derecho de defensa, específicamente cuando contesta la demanda y como lo contempla la norma “*con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte, para lo cual deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición*”....., el legislador a través del artículo 421 ha establecido un tratamiento de favor a la notificación personal del auto que contiene el requerimiento de pago, con lo que otorga mayor garantía para el demandado, pues va a tener el conocimiento de la existencia del proceso y, en segundo lugar, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.”

Juan Pablo Correa Delcasso ha sido uno de los mas importantes precursores del proceso monitorio, fue impulsador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española el dice “finalmente la característica esencial de este procedimiento especial es el carácter eventual que reviste en el mismo la fase de contradicción y que ha motivado que la doctrina hablara desde que Calamandrei publicara a principios del siglo sus celebres estudios sobre este proceso de inversión de la iniciativa del contradictorio por cuanto que en el la finalidad de llegar con celeridad a la creación de un titulo ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado es decir se deja en manos de quien por definición, tiene interés en combatir el fundamento de la pretensión del acreedor (esto es en manos del deudor) el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio, de modo que, si no opone nada frente a las mismas se sobre entiende que “quien calla otorga”, y consecuentemente que, puede obviarse sin mas, el tramite de contratación y de prueba”.

Todos los anteriores llegan a la conclusión de que no se viola el debido proceso, debido a que en búsqueda de agilidad y descongestión judicial en los diferentes despachos judiciales de países donde se ha implementado el Proceso Monitorio se hace la inversión del contradictorio, y debido a la cultura procesal a primera vista pareciera estar frente a la vulneración del debido proceso teniendo como victima al demandante.

Por otra parte hay quienes siguen defendiendo la posición de que si se esta violando el debido proceso, por ejemplo el Gustavo Calvino en Argentina y el Doctor Cristian Montero Cartes en Chile.

El profesor Gustavo Calvino, gran expositor de este tema en Argentina, en su escrito “Judicatura y ejecución Monitoria”⁶, comienza haciendo un recuento histórico del proceso monitorio e igualmente menciona el interés con el que se implemento en el ordenamiento procesal Argentino, que es prácticamente el mismo que en Colombia, la posible solución a la administración de justicia y crear un proceso dotado de eficacia y celeridad. Cita los diferentes países donde ha sido adoptado este procedimiento y describe todo el tramite y como lo tomo la legislación Argentina. Respecto al derecho de la protección del derecho de Defensa dice: “A fin de resguardar el derecho de defensa del presunto deudor, se invierte la carga del contradictorio otorgándosele la iniciativa. Si no formula oposición a tiempo, aquel decreto adquiere la fuerza ejecutiva y autoridad de cosa juzgada”, y refiriéndose a la inversión del contradictorio sostiene ““Una cosa es ejercitar el derecho de defensa contra una pretensión improcedente de la contraria, ya que sólo están comprometidos intereses particulares, y otra muy diferente es comenzar a defenderse a partir de una sentencia ya dictada, pues emana de la jurisdicción y por lo tanto excede el interés privado. Que quede claro nuestro pensamiento: la inversión del contradictorio en nada contribuye a la seguridad jurídica”.

El Doctor Cristian Montero en Ponencia presentada en la Universidad de Concepción y refiriéndose al nuevo procedimiento Monitorio adoptado en Chile dice: “el procedimiento monitorio tiende a la obtención de una titulo ejecutivo- sentencia judicial-sin oír a la parte contra la que se dirige y que sólo resulta factible el derecho de defensa mediante la inversión del contradictorio, una vez formulada la respectiva oposición al mandato jurisdiccional....., En el mismo sentido, compartimos el

⁶ CALVINHO, Gustavo. Ponencia VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista “Judicatura y Ejecución Monitoria”. 2005. Buenos Aires Argentina. Disponible en <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Judicatura%20y%20ejecucion%20monitoria.pdf> >

criterio de redactores del Anteproyecto, aun cuando no queda del todo claro que documentos pueden acompañarse a la “petición Inicial”, al adoptar un procedimiento monitorio de tipo documental; rechazando ,por tanto, formas abiertamente carentes de contenido garantista y atentatorio al debido proceso, como el procedimiento monitorio en su forma “pura”....., la constitucionalidad del procedimiento monitorio y su ajuste al Debido Proceso, escapan de los rasgos normativos básicos que deben regir al “Proceso” e incluso, puede afirmarse, lo infringen abiertamente. Así, no hay en él bilateralidad de la audiencia. El juez emite la resolución de carácter definitiva con la sola explosión de los hechos de una de las partes, dejando a la contraria “sorprendida con la sentencia dictada”, al enterarse posteriormente. Del mismo modo, se infringe la garantía de la demostración de la culpabilidad y no de la inocencia. Finalmente, puede sostener que este procedimiento parece afinarse mucho mejor en un sistema de carácter inquisitivo, alejado, en consecuencia, de los principios garantistas que deben inspirar el anteproyecto de Código de Procesal para la República de Chile y el Código Procesal Civil Panamericano de carácter acusatorio.”⁷

Actualmente existen diferentes puntos de vista respecto de la vulneración del debido proceso en el procedimiento Monitorio, en Colombia al ser una figura nueva incorporada por el Código General del Proceso, surgen diversas inquietudes y afirmaciones, una de ellas es si realmente se esta vulnerando el debido proceso en el sentido que solo hasta después que el juez profiera orden de requerimiento de pago se permite que el deudor ejerza su derecho de defensa, teniendo presente que este requerimiento de pago hace transito a cosa juzgada y contra el cual no procede ningún recurso.

De lo anterior podemos analizar, que los anteriores autores están divididos en dos corrientes, los estructuralistas y los funcionalistas.

⁷ MONTERO CARTES, Cristian. Consideraciones en torno al Nuevo Procedimiento Monitorio Civil: De su eventual contradicción con el Debido Proceso. Chile. 2011. Disponible en <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_de_cristian_montero.pdf>

Estudiosos del tema como Álvaro J. Pérez Ragone, José Luis Carrasco Zurita, Abelardo Poveda Perdomo y la Procuraduría General de la Nación (COLOMBIA), basan sus argumentos analizando la estructura del proceso monitorio y se enfocan solamente en resolver la discusión sobre si es o no violatorio del debido proceso sustentándolo desde el análisis de las normas en las cuales se basan los procedimientos a seguir dentro del proceso monitorio.

Por otro lado, Rosa Avila Paz de Robledo, Juan Pablo Correa Delcasso, Gustavo Calvino y Cristian Montero, para dar la solución a este conflicto y decir en su opinión si va en contra del debido proceso o no, entran a analizar el sentido con el que se creo el proceso monitorio, centrándose en la función específica para el cual fue creado.

Todos los anteriores tienen en común, primero afirmar que el Proceso Monitorio es utilizado para crear o complementar un título valor de una manera rápida, segundo que esta creado para ayudar a la Descongestión Judicial y por ultimo que la característica mas importante de este procedimiento es la inversión del conainterrogatorio, pero ninguno de ellos entra a analizar la posibilidad de realizar un emplazamiento o nombrar un curador ad litem con el fin de garantizar el debido proceso y hacer mas completo este procedimiento.

CAPITULO II

PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DENTRO DEL PROCESO MONITORIO

Definiremos el proceso monitorio, como un procedimiento en el cual se busca crear un titulo valor de manera ágil, evitando cualquier tipo de dilación y en el cual no existe contradicción, pero en el que se le da la posibilidad al deudor de oponerse al mandamiento de pago emitido por un juez.

El objeto del proceso monitorio consiste en la posibilidad de hacer exigible una obligación crediticia de la cual no se tiene titulo valor o documento que lo respalde, en este caso el trabajo del juez es mirar si en realidad existe una obligación y que esta sea exigible, en este proceso solo se puede llevar a cabo por deudas dinerarias.

Sobre este procedimiento se han generado controversias, respecto a si es violatorio del debido proceso, en el sentido que se notifica al demandado el requerimiento de pago sin haberlo oído con anterioridad.

El Doctor Cristian Montero sobre esta controversia dice: “el procedimiento monitorio tiende a la obtención de una titulo ejecutivo- sentencia judicial-sin oír a la parte contra la que se dirige y que sólo resulta factible el derecho de defensa mediante la inversión del contradictorio, una vez formulada la respectiva oposición al mandato jurisdiccional”⁸. Lo anterior lo justifica afirmando que no hay garantía del derecho de defensa por parte del deudor, por que el juez dicta resolución de pago escuchando solamente a una de las parte (acreedor) y no le brinda la oportunidad a la otra parte de controvertir lo que la otra esta afirmando.

⁸ MONTERO CARTES, Cristian. Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal - Santiago, Chile, 2007 – Ponencias. P16 – 21. Santiago, Chile. 2007

Una posible solución a esto sería notificar al demandado por emplazamiento y nombrar un curador ad Litem cuando este no comparezca antes de que el juez dicte resolución de pago, con el fin de garantizarle la protección de sus derechos, siempre y cuando dicho procedimiento mantenga su esencia (oralidad y celeridad).

Las figuras anteriormente mencionadas, no se admiten dentro de los procedimientos Monitorios. La mayoría de autores estudiosos de este tema, simplemente hacen la anotación de que no se admite y otros lo justifican, diciendo que figuras como el emplazamiento y nombramiento de Curador Ad Litem lo que harían es hacer que el Proceso Monitorio pierda su esencia.

Posteriormente, haremos la descripción de cada una de las figuras mencionadas anteriormente, su relación con el proceso monitorio y la importancia y viabilidad al introducirlas a los procedimientos monitorios.

Comenzaremos con el Curador Ad Litem, es una curaduría especial y dativa, esta se hace presente cuando el demandado dentro de un conflicto jurídico no puede o no quiere concurrir al proceso o si es un incapaz, por obvias razones no puede ejercer su derecho de defensa por si solo, la parte ausente puede ser representada dentro de un proceso jurídico, esta figura es conferida por el juez dentro del conflicto.

El curador ad litem puede realizar todos los actos procesales excepto aquellos que solo puede realizar la parte como transigir, conciliar o allanarse, tampoco puede disponer del derecho de litigio.

Si bien es cierto que el proceso monitorio fue hecho para hacer mas rápida y célere la administración de justicia, este no puede permitirse ser contrario a la constitución, Entonces como en el proceso monitorio es prohibido de manera expresa la introducción del emplazamiento y el curador ad litem, de cierto modo se afecta el derecho de defensa de aquella persona que no quiere concurrir al proceso, igualmente se verán afectados intereses de las personas incapaces.

El proceso monitorio empieza con la presentación de la demanda, el juez puede admitir, inadmitir o rechazar la demanda, si admite la demanda el juez emite un requerimiento de pago de mismo modo sería si al inadmitirla esta es subsanada por el demandante, luego se tienen 10 días para notificar personalmente al demandante, en esta etapa del proceso es donde existe la vulneración del derecho de defensa. Aquí el demandado puede comparecer o no comparecer, si comparece puede pagar (termina el proceso), objetar parcialmente o totalmente (proceso verbal sumario), pero si no comparece el juez emite sentencia condenatoria, en esta etapa es donde se hace necesaria la introducción de la figura del curador ad litem, ya que la persona que no quiera presentarse o que es incapaz se le estaría afectando el debido proceso, haciendo la salvedad de que al no poderse notificar personalmente, esto sea por culpa expresa del demandado

De ahí la importancia del curador ad litem dentro del proceso monitorio, tal vez la introducción del curador ad litem entorpezca la celeridad del proceso monitorio, y mirando el contexto colombiano, algunos podrían utilizar esta figura para dilatar el proceso, como se ha venido dando en procesos ordinarios pero esto no quiere decir que se pueda afectar manifiestamente las normas constitucionales, la viabilidad de la inserción de esta figura desde el punto de vista de esta investigación se torna obligatoria para evitar que el proceso monitorio sea inconstitucional.

Ahora abordaremos el tema del emplazamiento, comenzaremos diciendo que es uno de los tipos de Notificación, para saber en que consiste definiremos notificación: es un medio el cual se utiliza en un proceso para comunicarle a las partes y sus representantes cualquier novedad dentro de un proceso que las vincule, con el fin de garantizar el debido proceso.

Podemos decir que el emplazamiento es un acto de comunicación de una novedad dentro de un proceso a las partes y sus respectivos apoderados, pero es importante mencionar que esta notificación solo aplica al demandado, pues es la comunicación que le hace el juez mencionándole que sobre el hay una acusación y le fija un plazo

para que ejerza su derecho de contradicción, cuando se desconoce el paradero del mismo; esto con el fin de garantizar el debido proceso.

Esta figura jurídica se utiliza para la protección del demandado dentro de un litigio. Para garantizar el derecho de contradicción en el proceso monitorio antes de que el juez profiera requerimiento de pago, esta figura sería de gran importancia, pues le garantiza a la parte demandada que se le van a proteger sus derechos, en el sentido que si el demandante dice que desconoce o miente sobre la dirección de residencia del demandado y por lo tanto no se pueda surtir la notificación personal, se procederá a notificarlo por medio del emplazamiento.

Igualmente, negar la posibilidad de llevar a cabo un proceso monitorio por el desconocimiento del paradero del demandado, no es la solución. Lo anterior obligaría a que el demandante se vea en la obligación de iniciar un proceso muchísimo más demorado y cuantioso.

Lo que se busca con este procedimiento es hacer este trámite mucho más rápido, ayudando a la descongestión judicial; pero por lo mismo y justificando que en diversos procedimientos se utilizan figuras como el emplazamiento como herramientas para dilatar el proceso no se puede eliminar de un proceso o obligar a que se siga el que siempre se ha llevado a cabo.

Cabe resaltar, que es el Juez quien debe procurar que figuras como el emplazamiento no sean utilizadas de forma incorrecta, con el fin de dilatar los procedimientos.

Podríamos decir que esta figura dentro del proceso monitorio beneficiaría a ambas partes, por un lado al demandante le da la posibilidad de no recurrir a un proceso declarativo, en tanto que en caso de no conocer el paradero del demandante se vería obligado a optar por dicho procedimiento, mucho más demorado y poco garante del derecho de crédito que goza el acreedor, y en el otro extremo está el demandado a quien dicha notificación le garantizaría la protección de sus derechos, siendo esta una

institución que va de la mano con la figura de Curador Ad Litem, de la cual anteriormente nos ocupamos.

Dicho lo anterior, podemos concluir diciendo, que dentro de los procedimientos monitorios se deberían incorporar figuras como el emplazamiento y el nombramiento de un Curador Ad Litem, con el fin de garantizar el debido proceso, resaltando que estas deben ubicarse posterior a la presentación de la demanda y anterior a la orden de pago que hace el juez, esto con el fin de permitirle a la parte demandada ser oída y tomada en cuenta para proferir orden de pago en su contra.

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

I. PROCESO MONITORIO

Para desarrollar el presente Capitulo, se tendrán en cuenta cuatro países, Alemania, Italia, España, Chile y Colombia; los primeros dos por ser donde para la mayoría de doctrinantes sobre el tema consideran tienen el mejor desarrollo normativo en cuanto al proceso monitorio, España, fue escogido por ser reconocido como la cuna de este procedimiento, y por último Chile, porque es uno de los pocos países que regula este trámite dentro de la normatividad laboral.

En Alemania, para muchos el Procedimiento Monitorio Alemán junto con el de Italia, son de las figuras que cuentan con la normatividad mas completa del mundo.

Esta Institución se encuentra regulada en La Ley Procesal Civil Alemana (ZPO) desde el 30 de Enero de 1877 y la cual posteriormente ha tenido numerosas reformas, siendo una de las mas importantes la de 1976 en la cual se simplifica este procedimiento. El Código Civil alemán denomina esta figura *Mahverfahren* y la encontramos actualmente regulada en los artículos §§ 688 al §§ 703d.

Se podría decir que lo definen como el requerimiento de pago que solicita una persona para que se le cancele una suma determinada en euros, como lo señala el §§ 688.1 de la siguiente manera: “A requerimiento del peticionario se emite orden de pago, sobre la base de una pretensión que tenga por objeto el pago de una suma determinada de dinero en euros”.

La Figura de Curador Ad litem en el procedimiento alemán esta regulada en la ley Procesal alemana en el Artículo §§ 57 de la siguiente manera: “Curador Procesal (Ad Litem) 1. En caso de que deba ser demandada una parte procesalmente incapaz y carezca de un representante legal, puede designársele por el presidente del tribunal un

representante especial cuando la demora pueda implicar un peligro para la parte, previa solicitud hasta que pueda intervenir el representante legal. 2. El presidente del tribunal puede designar ese representante cuando en los casos del §§ 20 una persona procesalmente incapaz sea demandada por el tribunal de su lugar de residencia.”

Respecto a lo anterior hay quienes definen esta figura en el derecho Alemán de la siguiente manera: “Las bases legales de la curatela legal se encuentran en el art. 1896 del Código Civil Alemán: una curatela legal se constituye solo si existe una enfermedad psíquica o una minusvalía emocional, intelectual o corporal que tenga como consecuencia que una persona no pueda ocuparse de sus propios asuntos por si misma, en el caso de la curatela legal, el tribunal ordena determinadas tareas. Una curatela se instituye solo durante el tiempo necesario, con una duración máxima de 7 años. Al haber transcurrido este plazo como máximo, se evalúa nuevamente la necesidad de la curatela y se decide si esta se levanta o se prorroga. En la elección del curador se toman en cuenta sobre todo los deseos del afectado. Preferentemente se nombra a personas relacionadas personalmente con el afectado. Si el afectado no propone a nadie, el juez de curatela buscara a otras personas apropiadas.”

Como se puede observar en Alemania al igual que muchos países esta figura de curador, se aplica en su mayoría en los casos en los cuales haya un incapaz, solamente es en algunos procesos donde se le asigna uno a la parte demandada para que este garantice sus derechos como es el caso del §§ 58 que reza así: “**§§ 58. Curador procesal (ad litem) en caso de inmueble o barco sin propietario.** 1) En caso de un derecho sobre un inmueble a ser transferido por el actual propietario de acuerdo con el §§ 928 del Código Civil y aun no han adquirido por el adquirente legitimado, el presidente del tribunal puede designar – a petición de parte – un representante que tome a su cargo los derechos y obligaciones emergentes de la calidad de propietario dentro de la Litis hasta que el nuevo propietario sea registrado.....”

Respecto al tema que nos ocupa en la presente investigación, al igual que en Colombia no se notifica al demandado antes de proferir la orden de pago, tal cual como lo muestra el §§ 696.1 “en caso de presentación oportuna de oposición y la petición de una parte para que se tramite el proceso contradictorio, entonces el tribunal que haya pronunciado la orden de pago, de oficio, trasfiere el proceso al tribunal descrito en la orden de pago de acuerdo con el § 692 apartado 1, numero 1, o a otro en caso de ser tomado en la petición para que s emita la orden de pago. La transferencia del proceso debe ser comunicada a las partes y no es impugnabile. Con el ingreso del expediente en el Tribunal al cual es trasferido se considera al proceso allí pendiente”.

Respecto al emplazamiento esta regulado en el art 141. De la siguiente manera “**orden de comparecencia personal.** 1) el tribunal debe ordenar la comparecencia de ambas partes cuando ello aparezca necesario para la aclaración de los hechos. En caso de imposibilidad de comparecencia de una de las partes para intervenir personalmente en la audiencia, ya por encontrarse a gran distancia o por otros motivos especiales de importancia, el tribunal puede revocar su resolución. 2) Siendo ordenada la comparecencia de la parte, se la debe emplazar de oficio. El emplazamiento debe ser notificado a la parte personalmente cuando exista un apoderado; la notificación no necesita la citación. 3) En casi de incomparecencia de la parte, el tribunal puede ordenar que se le imponga una multa de la misma manera que lo previsto para el caso de incomparecencia de un testigo para deponer en una audiencia. Ello no rige cuando la parte haya designado un representante para la audiencia que pueda declarar con relación a los hechos que se encuentre en la situación de realizar las declaraciones exigidas y en especial este autorizado para arribar a una transacción. La parte debe ser advertida de las consecuencias de su incomparecencia en la citación.”

El Tribunal Constitucional Federal Alemán en Sentencia 2 BvR 1018/74 de la Segunda sala, del 10 de Junio de 1975, analizando el tema de la notificación en ausencia del buscado manifestó lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional Federal ha decidido que todo ciudadano que tenga un domicilio permanente y que no lo utilice transitoriamente durante las vacaciones, no esta obligado a tomar especiales precauciones durante su ausencia en lo que respecta a una posible notificación. Mas aun, puede confiar en que todo podrá obtener una restitución en su situación jurídica anterior en el caso en que durante su ausencia le sea notificada por correo una orden penal (o imposición de una multa) y haya dejado vencer los términos para oponerse, por desconocimiento de la notificación suplementaria.”⁹

Como lo Acabamos de mencionar en Alemania no existen figuras como el emplazamiento y nombramiento de un Curador Ad Litem en el Proceso Monitorio, antes de proferir la orden de pago, para ellos el derecho de contradicción se le garantiza a la parte demandada posterior a que el juez profiera esta, tal como lo menciona el § 697.1 “La secretaria del tribunal a la cual se haya transferido el proceso tiene que permitir al peticionante, sin demora, que fundamente su pretensión dentro de dos semanas, de acuerdo con la forma requerida para una demanda.”

En el proceso monitorio Alemán, solo basta la manifestación del demandante diciendo que una persona determinada le debe cierta cantidad de dinero. No es necesario hacerlo mediante abogado y la sentencia que profiera el tribunal competente tiene efectos de cosa Juzgada.

En Chile, el proceso Monitorio se encuentra regulado en el Código del Trabajo en los Artículos 469 al 502.

El legislador no lo definió, pero algunos autores lo definen de la siguiente manera: “podemos decir que procedimiento monitorio laboral aplicable en Chile es aquel que, mediando el cumplimiento del requisito de comparecencia ante la inspección del Trabajo correspondiente, tiene por finalidad constituir un título ejecutivo de una

⁹ SCHWABE, Jûrgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jûrgen Schwaben. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México. 2009

obligación u ordenando al demandado el cumplimiento de una determinada prestación, de manera rápida, sin previa audiencia de la parte demandada o contradicción y desplazando o alterando el contradictorio para un procedimiento posterior. Se aplica a las contiendas relacionadas al fuero maternal y/ó aquellas cuya cuantía sea igual o inferior a 10 ingresos mínimos mensuales (en ambos casos, este procedimiento es el obligatorio), incluyendo los casos de despido ilegal de trabajadora con fuero maternal.”¹⁰.

Como lo podemos ver comparando el proceso monitorio en países como Alemania, Italia, España y Colombia, en Chile conservando la esencia de este lo que busca es la creación de un título ejecutivo de manera rápida, lo que lo diferencia de los demás países es que la regulación es simplemente para aspectos de carácter laboral específicamente a aquellos relacionados con la nulidad del despido, mientras que en los otros no se limita al carácter laboral si no que lo limita a situaciones de orden civil y comercial.

A diferencia de otros países en este procedimiento es importante resaltar que existe una etapa prejudicial en la cual se citan a las dos partes para que intenten conciliar, y se hacen las respectivas notificaciones antes de que el Juez profiera requerimiento de pago.

En relación al tema de el curador ad litem en Chile esta regulado en el Código Civil en el Artículo 435 y siguientes, siendo la curaduría de los bienes la que nos interesaría tratar en la presenta investigación, y la cual se encuentra regulada en los artículos 473 al 484.

El Código Civil Chileno da una posible definición en el artículo 473 de la siguiente manera: “En general, habrá lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente cuando se reúnan las circunstancias siguientes:

¹⁰ ACOSTA, Jara y CASTILLO RETAMAL, Roberto Alejandro. EL PROCEDIMIENTO MONITORIO LABORAL CHILENO, VISIÓN CRÍTICA. Santiago, Chile. 2012. Pag. 45.

1. Que no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros; 2. Que no haya constituido procurador, o sólo le haya constituido para cosas o negocios especiales.”

Con lo anterior podríamos decir, que en la legislación Chilena el curador asignado para la protección de los bienes del demandado se nombra cuando se desconozca su paradero.

Como podemos ver no solamente la figura del curador se maneja exclusivamente para los incapaces, sino también para la protección de los bienes de alguna de las partes de un proceso cuando no comparezca o se desconozca su paradero.

Igualmente, a nuestro parecer es importante resaltar que dentro de las obligaciones que tiene el curador es la que le asigna el Artículo 480: “Si no se supiere el paradero del ausente, será el primer deber del curador averiguarlo. Sabido el paradero del ausente, hará el curador cuanto esté de su parte para ponerse en comunicación con él.”

Respecto al emplazamiento en la Ley Civil Chilena esta regulado en el Artículo 248 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera: “En los casos de jurisdicción contenciosa, se dará conocimiento de la solicitud a la parte contra quien se pide la ejecución, la cual tendrá para exponer lo que estime conveniente un término igual al de emplazamiento para contestar demandas. Con la contestación de la parte o en su rebeldía, y con previa audiencia del fiscal judicial, el tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a la resolución.”.

En Colombia, con la ley 1564 de 2012 se implementa en Colombia el Código General del Proceso y con este se adopta una figura de origen Europeo llamado Proceso Monitorio, el cual consiste en la posibilidad que tiene un juez de crear títulos valores de manera muy rápida sin oír a la parte demandada; el problema radica en saber si será eficaz frente a la necesidad de hacer efectivo el cobro de una deuda o por el

contrario, será uno mas de los muchos procedimientos que actualmente se encuentran en el ordenamiento procesal y que atentan contra los principios de celeridad y economía procesal.

El objeto del proceso monitorio consiste en poder hacer exigible una obligación crediticia de la cual no se tiene titulo valor o documento que lo respalde, en este caso el trabajo del juez es mirar si en realidad existe una obligación y que esta sea exigible, en este proceso solo se puede llevar a cabo por deudas dinerarias.

El Código General del Proceso no dio una definición exacta de Proceso Monitorio, el Artículo 419 el cual habla de la procedencia, se aproxima a un tipo de definición. El citado artículo reza de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 419. PROCEDENCIA. 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.”

Sobre la figura de curador ad litem la Corte constitucional la ha pronunciado diciendo: “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. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa.”¹¹

En la misma jurisprudencia la Corte trata de dar una definición y lo analiza desde el punto normativo en Colombia así: “El curador ad litem, también llamado para el pleito, como se recordará, es un abogado titulado que actúa en un proceso determinado en representación de una persona que no puede o no quiere concurrir al mismo y cuya función termina cuando el representado decidiera acudir personalmente o mediante un representante. Dichos curadores especiales son designados por el juez

¹¹ Sentencia No. C-250/94. MP. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

del conocimiento y sus deberes, responsabilidades y remuneración son las mismas que rigen para los auxiliares de la justicia. El curador ad litem está autorizado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como designar apoderado judicial bajo su responsabilidad, sin embargo no se le permite recibir ni disponer del derecho en litigio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del C.P.C.”¹²

A nuestro parecer, es importante señalar como opera esta figura dentro del proceso ejecutivo, porque es el más cercano al proceso monitorio. El Ministerio de Educación sobre esta relación dijo lo siguiente: “Conforme al artículo 564 del C.P.C. si el deudor no comparece en el término fijado, el Juez le nombrará un curador ad litem, por sorteo sobre los nombres de los abogados que figuren en la lista oficial de la auxiliares de la Justicia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º del C.P.C. modificado por el artículo 3º de la Ley 794 de 2003. Si el curador ad litem designado no manifiesta en un tiempo prudencial, en forma escrita, su aceptación del cargo, se procederá a su relevo y al nombramiento de uno nuevo. Cuando el curador ad litem acepte el cargo, le notificarán personalmente el mandamiento ejecutivo en igual forma que al deudor, y con él se continúa el trámite del proceso.”¹³

En relación al tema del emplazamiento la legislación Colombiana lo regula en el Artículo 318: “EMPLAZAMIENTO DE QUIEN DEBE SER NOTIFICADO PERSONALMENTE. El emplazamiento de quien deba ser notificado personalmente procederá en los siguientes casos:

1. Cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que ignora la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado.

¹² Sentencia No. C-250/94. MP. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

¹³ GUIA DE PROCEDIMIENTO PARA EL COBRO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Ministerio de Educación Nacional. Bogotá, Colombia. 2006

2. Cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que quien debe ser notificado se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

3. En los casos del numeral 4 del artículo 315.

El emplazamiento se surtirá mediante la inclusión del nombre del sujeto emplazado, las partes del proceso, su naturaleza o el juzgado que lo requiere, en un listado que se publicará por una sola vez, en un medio escrito de amplia circulación nacional o en cualquier otro medio masivo de comunicación, a criterio del juez. El juez deberá indicar en el auto respectivo, el nombre de al menos dos medios de comunicación de amplia circulación nacional que deban utilizarse.

Ordenado el emplazamiento, la parte interesada dispondrá su publicación a través de uno de los medios expresamente señalados por el juez.

Si el juez ordena la publicación en un medio escrito ésta se hará el día domingo; en los demás casos, podrá hacerse cualquier día entre las seis de la mañana y las once de la noche.

El interesado allegará al proceso copia informal de la página respectiva donde se hubiere publicado el listado y si la publicación se hubiere realizado en un medio diferente del escrito, allegará constancia sobre su emisión o transmisión, suscrita por el administrador o funcionario de la emisora.”

El emplazamiento se entenderá surtido transcurridos quince (15) días después de la publicación del listado. Si el emplazado no comparece se le designará curador ad litem, con quien se surtirá la notificación.

PARÁGRAFO. Si el emplazado concurre personalmente al proceso por gestión del curador ad litem, y, por tal causa, este último cesare en sus funciones, sus honorarios se incrementarán en un cincuenta por ciento.

En el anterior Artículo podemos encontrar que el legislado de una u otra forma define el emplazamiento como una forma de notificación subsidiaria a la notificación

personal, que se realiza por publicación en un periódico y/o por emisión o transmisión en una emisora.

La corte Constitucional se refiere a la importancia y el sentido que tienen instituciones como las anteriores dentro de un proceso de la siguiente manera: “La orden de emplazar al demandado ya asistido por el curador ad litem, es otro instrumento que busca, mediante el anuncio público del proceso, conferir una oportunidad complementaria de defensa del demandado representado por el auxiliar de la justicia. No puede ser contraria al debido proceso la norma en comento, cuando justamente se orienta a proteger sus elementos más esenciales, como son la sustanciación procesal y el derecho de defensa.”¹⁴

Respecto a la posibilidad de nombrar un Curador Ad litem y notificar al demandado por emplazamiento dentro de un proceso monitorio es nula, el legislador en el Artículo 421 del C.G.P parágrafo, fue enfático en mencionar que ninguna de las anteriores figuras se admitirá en los procesos monitorios que se tramiten.

“Artículo 421 - PARÁGRAFO. **En este proceso no se admitirá** intervención de terceros, excepciones previas reconvenición, 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.”

Ahora procederemos a analizar el proceso monitorio en Italia, este es un proceso acelerado, puede ser contradictorio o diferido, la obligación tiene que ser una suma de bienes fungibles concreta, se debe presentar el documento donde aparece el derecho crediticio que se alega, aunque este no sea un título valor o carezca de valor probatorio, ejemplo una factura.

Otro aspecto importante es que la competencia puede ir dirigida al juez de paz o tribunal ordinario dependiendo de la cuantía de la reclamación, en Italia no hay límite

¹⁴ Sentencia No. C-429/93. MP. Dr. FABIO MORON DIAZ

de la cuantía. Después de que se admite la demanda se emite requerimiento de pago al deudor, esta se tiene que notificar dentro de 40 días siguientes a la orden de requerimiento de pago, la notificación la tiene que realizar el acreedor. Cuando es notificado el deudor tiene los mismos 40 días para presentar objeción u oposición, si el acreedor objeta el proceso se dirime en un proceso ordinario, sino presenta objeciones la resolución se convierte en ejecutiva.

Si el demandado no comparece al juicio el juez ordenara el requerimiento de pago y este prestara merito ejecutivo aun así cuando la petición sea verbal o sea sin asistencia letrada. La necesidad de ser representado por un abogado, es necesario cuando la cuantía conlleve que el competente sea el tribunal, en el otro caso, que es competencia del juez de paz puede tramitarse sin necesidad de abogado. El proceso monitorio puede ser sin asistencia letrada cuando la cuantía no sea superior a 516,46 euros ante juez de paz.

Un estudio realizado por el doctor Rafael L Balbuena Tébar dice:

“A pesar de que Italia se presenta para la mayoría de los autores como la cuna del proceso monitorio citado en sus orígenes medievales a través del mandatum de solvendo cum clausula iustificativa, esta posibilidad sumarial desapareció por influjo del derecho francés, hasta que en 1922 se publica la Ley 1035 que, desarrollada por un Decreto 1036 de 24 de Julio de 1922, dio origen de nuevo al procedimiento d’ingiunzione.

El proceso creado siguió al francés en cuanto a su nomenclatura y sentido. Es objeto de una reforma de 1936 que es insertada posteriormente en el Codice di Pro cedura Civile de 28 de Octubre de 1940, en sus artículos 633 al 656, con un marcado parecido al Mandatsverfahren austriaco.

En su regulación actual es —a diferencia de los otros dos tratados— de mayor complejidad y de una estructura diferente. Se inserta dentro de la misma regulación, no solamente los créditos dinerarios derivados de relaciones civiles, sino también los

honorarios de abogados y procuradores, oficiales de justicia, gastos de estos procedimientos, depósito de bienes muebles y reclamación de créditos fungibles (para los que se prevé su cuantificación en la demanda). Con la demanda se presenta la prueba tasada que la misma Ley dispone. El Juez, después de analizarla podrá pedir que se complete la prueba, y, si considera que lo presentado contiene todos los requisitos legales para su admisión, libra un mandato de pago, que debe notificarse en un plazo de cuarenta días so pena de quedar sin efecto —lo que no impide su reproducción— y que debe contener el mandamiento de pago con la advertencia de que, si no lo hace o presenta su oposición al mismo en el plazo que le sea otorgado, se procederá a la ejecución forzosa.

En caso de planteamiento de 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. Y, algo muy latino, se contempla también la forma en la que se puede producir la oposición tardía para el caso de fuerza mayor, irregularidad de la notificación o conocimiento tardío de la demanda. Si no se produce la oportuna oposición, se dicta un decreto ejecutivo, que es susceptible de impugnación por revocación en determinados casos tasados legalmente”¹⁵.

Dentro de los estudios realizados por el doctor Rafael L Balbuena Tébar y como se desenvuelve el proceso monitorio dentro de la jurisdicción italiana podemos afirmar que el nacimiento del proceso monitorio que se desarrolla en la actualidad por países como España e Italia y ahora Colombia con la inserción del nuevo código general del proceso, tiene sus bases en Francia.

Ahora se pasara a citar como se toma y se regula la figura del emplazamiento en Italia.

La comunicación en un proceso judicial es atribución exclusiva del secretario del despacho, su finalidad es informar sobre algún hecho a las partes dentro del proceso

¹⁵ BALBUENA TÉBAR, Rafael L. Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio. Cuadernos Estudios Empresariales. 1999. Pag 301 – 315.

como también a peritos, testigos, auxiliares o ministerio fiscal. Y la notificación es usada para poner en conocimiento a alguna de las partes acerca de un documento.

En Italia los modos de notificación son por medio de servicio postal, este se utiliza cuando existe la imposibilidad de que una de las partes se pueda notificar se manera directa. El modo de manera directa hace alusión a que el documento sea entregado en las propias manos de la parte a notificar, por consiguiente concluimos que en Italia no se maneja el emplazamiento como en otros países.

El proceso monitorio en España fue acogido relativamente temprano a comparación de otros países como Italia o Francia, en España fue incluida por la ley de enjuiciamiento española.

Entonces el proceso monitorio en España se utiliza para el cobro de deudas dinerarias ciertas, vencida, líquidas y exigibles por cantidad determinada. No existe limite de cuantía, se requiere como prueba el documento donde exista la relación entre acreedor y deudor y donde este plasmado el derecho crediticio, el competente es el juzgado de primera instancia del domicilio del deudor o demandado.

En la demanda existen como requisitos que se identifiquen las partes, el origen de la deuda y especificar la cuantía. Dentro de la legislación española se requiere que se diga de manera breve el origen de la obligación. Si se quiere se puede presentar la demanda sin necesidad de estar representado por un abogado pero si existe oposición por parte del deudor es imprescindible la representación por parte de abogado, y en casos en que la cuantía supere los 2000 euros se necesitara la intervención de procurador.

Después de presentada la demanda, existen dos opciones, que el demandado presente oposición o que guarde silencio, si presenta oposición y la cuantía no excede de 6.000 euros, el juzgado inmediatamente convoca la celebración de vista de juicio verbal, citando a las partes. Pero si la cuantía es superior a 6.000 euros, el juzgado concede al

acreedor el plazo de un mes para presentar demanda de juicio ordinario. En el segundo caso, si el demandado guarda silencio se dicta resolución donde se ordena pagar la suma de dinero reclamada.

Podemos decir que el proceso monitorio en España se a venido desarrollando cumpliendo el fin para lo que fue creada, defender el derecho crediticio a los pequeños y medianos empresarios e igualmente a particulares que necesitaran la prontitud para dirimir esta clase de conflictos eficazmente.

Continuaremos exponiendo la institución del emplazamiento en la legislación Española, esta figura se pone en practica cuando el juez que conoce de la demanda confiere a una parte plazo para realizar una actuación procesal, el emplazamiento es considerado un acto de comunicación junto a la citación, requerimiento y notificaciones estrictas.

El emplazamiento se encuentra reglado en la ley 1 del 2000 de 7 de enero, también conocida como la ley de enjuiciamiento civil española.

Según el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Española, “*las clases de comunicación serán:*

Los actos procesales de comunicación serán:

- *Notificaciones, cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución o actuación.*
- *Emplazamientos, para personarse y para actuar dentro de un plazo.*
- *Citaciones, cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar.*
- *Requerimientos para ordenar, conforme a la Ley, una conducta o inactividad.*
- *Mandamientos, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de*

bienes muebles, notarios, o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

- *Oficios, para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el número anterior”.*

La notificación que se realiza por medio de emplazamiento, es una determinada fecha, esta fecha oscila entre un periodo de tiempo determinado, el modo en que se realiza en la practica es parecido al que se maneja en las citaciones, esto quiere decir que se hace en la sede del órgano jurisdiccional o en el domicilio del interesado.

En caso de no conocerse el domicilio, el emplazamiento se realiza por medio de edicto o emplazamiento edictal, pese a lo dicho anteriormente el tribunal constitucional expreso que este tipo de notificación afecta el derecho a la defensa e impuso que el emplazamiento fuese personal, cuando los demandados fuesen identificados con el fin de salvaguardar el derecho de defensa, salvo que se tuviera constancia que por el medio del emplazamiento edictal se notificara a la parte interesada con el fin de que pueda comparecer al proceso.

CAPITULO IV

EL EMPLAZAMIENTO Y EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD LITEM DENTRO DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN COLOMBIA

Anteriormente nos ocupamos de explicar la presunta vulneración del debido proceso en los procesos monitorios, en este capítulo nos centraremos en ver como es acogido en Colombia y la posibilidad que existe de implementar figuras como la del emplazamiento y curador Ad Litem en la estructura de proceso monitorio que acogimos.

Comenzaremos explicando que es el emplazamiento en la legislación Colombiana.

El emplazamiento es una figura que adopto nuestro código Civil hace muchos años y consiste en notificar a una persona cuando se ignora su paradero y por lo tanto no es posible notificarlo personalmente. Generalmente dicha notificación la ordena el juez hacer por prensa y por radio, en los términos que ordena la ley.

El Código General del Proceso lo regula en el Artículo 293 de la siguiente manera: “ARTÍCULO 293. *EMPLAZAMIENTO PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL*. 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, se procederá al emplazamiento en la forma prevista en este código.”

Ahora definiremos curador ad litem, es una curaduría especial que consiste en representar a una persona que se encuentra ausente, no quiere asistir o es incapaz, a un proceso judicial, este curador lo determina el juez del proceso, el curador tiene que ser abogado titulado.

La Jurisprudencia Colombiana ha definido esta figura diciendo que “es un abogado titulado que actúa en un proceso determinado en representación de una persona que

no puede o no quiere concurrir al mismo y cuya función termina cuando el representado decidiera acudir personalmente o mediante un representante. Dichos curadores especiales son designados por el juez del conocimiento y sus deberes, responsabilidades y remuneración son las mismas que rigen para los auxiliares de la justicia. El curador ad litem está autorizado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como designar apoderado judicial bajo su responsabilidad, sin embargo no se le permite recibir ni disponer del derecho en litigio”¹⁶.

De acuerdo con el artículo 46 del C.P.C., 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.” Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, dentro de las cuales se encuentra obviamente la proposición de una excepción de mérito destinada a que se declare que la acción cambiaria ha prescrito.”¹⁷

La importancia del emplazamiento radica en que si por algún motivo el demandante miente acerca del conocimiento del domicilio del demandado o si verdaderamente no lo conoce, por medio del emplazamiento que generalmente el juez ordena por prensa y radio el deudor podrá tener conocimiento de esto y ejercer su derecho de contradicción.

Si por el contrario con el emplazamiento no se logra que el demandado acuda al proceso para surtir la notificación y ejercer su derecho de contradicción, exista la posibilidad de nombrar a un auxiliar de la justicia para que defienda sus derechos llamado Curador Ad Litem, quien como anteriormente se ha dicho su función

¹⁶ Sentencia T-299/05. MP. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

¹⁷ Sentencia T-299/05. MP. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

principal es velar por los derechos de su protegido en el caso que nos ocupa sería el demandado o sea el deudor.

Argumentando que figuras como las anteriores, lo que promueven es la dilatación del proceso por parte del demandante, no son razones para negarse a la posibilidad de implementarlas dentro de la estructura de un juicio monitorio, pues es el juez quien en su calidad de director del proceso debe garantizar que aquellas sean utilizadas con los fines para que fueron creadas y no permitir que alguna de las partes la manipule para dilatar o acelerar el proceso en su beneficio propio.

La idea fundamental sería adoptar estas figuras posterior a la presentación de la demanda que es requisito para iniciar el proceso monitorio y anterior a que el juez profiera el auto que contiene el requerimiento de pago de que trata el artículo 421 del CGP, con el fin de garantizar el debido proceso, específicamente el derecho de contradicción del cual goza el demandado y que con la inversión del conainterrogatorio a nuestro parecer se le está vulnerando, porque el juez profiere el requerimiento de pago solo teniendo en cuenta a una de las partes.

Estas figuras deberían adoptarse dentro de la estructura del proceso monitorio a nuestro parecer por dos razones fundamentales: 1. Le brinda la posibilidad al deudor de sentirse confiado en cuanto a la protección de sus derechos ya sea surtiéndose el emplazamiento y pudiendo ser oído antes de que se profiera orden de pago o estando seguro que un abogado nombrado por un juez (Curador Ad Litem) como lo ordena la ley va a velar por sus derechos y 2. Se abren las puertas a que muchas más personas puedan acudir a este procedimiento, pues actualmente hoy en día en la legislación Colombiana es obligatorio conocer el domicilio del deudor para iniciar un trámite bajo la modalidad de procedimiento monitorio.

CONCLUSIONES

El Proceso Monitorio es un mecanismo que defiende el derecho al crédito, en otras palabras, la esencia de este proceso consiste en garantizar con mayor celeridad y prontitud derechos constitucionales económicos, ya que el derecho al crédito se encuentra implícito en ellos, así que además de intentar resolver el problema de congestión judicial, también esta protegiendo derechos fundamentales plasmados en la constitución.

El emplazamiento y el nombramiento de curador ad litem son figuras que buscan proteger al demandado dentro de un litigio. Para algunos estas figuras son utilizadas para dilatar el proceso, pero es el juez quien en su calidad de director del caso debe asegurarse que instituciones como estas no sean utilizadas con fines diferentes a los que fueron creados y mucho menos para dilatar un proceso.

El emplazamiento por un lado, es una figura consiste en comunicarle a las partes y sus representantes cualquier novedad dentro de un litigio que las vincule, con el fin de garantizar el debido proceso, y el curador ad litem, en otros países llamado curador procesal y en otros ad hoc, es aquel que es nombrado por un juez en un proceso determinado, siempre y cuando la ley lo permita para que represente a alguna de las partes, con el fin de garantizar sus derechos dentro de dicho trámite.

Nuestra propuesta esta encaminada a que se adopten figuras como las anteriores del proceso monitorio posterior a la demanda y anterior al requerimiento de pago que hace el juez, por dos razones fundamentales:

1. Le brinda la posibilidad al deudor de sentirse confiado en cuanto a la protección de sus derechos ya sea surtiéndose el emplazamiento y pudiendo ser oído antes de que se profiera orden de pago o estando seguro que un abogado nombrado por un juez (Curador Ad Litem) como lo ordena la ley va a velar por sus derechos y

2. Se abren las puertas a que muchas más personas puedan acudir a este procedimiento, pues actualmente hoy en día en la legislación Colombiana es obligatorio conocer el domicilio del deudor para iniciar un trámite bajo la modalidad de procedimiento monitorio.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Jara y CASTILLO RETAMAL, Roberto Alejandro. El procedimiento monitorio laboral chileno, visión crítica. Santiago, Chile. 2012.

BALBUENA TÉBAR, Rafael L. Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio. Cuadernos Estudios Empresariales. 1999.

CALVINHO, Gustavo. Ponencia VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista “Judicatura y Ejecución Monitoria”. 2005. Buenos Aires Argentina. Extraído de <http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Judicatura%20y%20ejecucion%20monitoria.pdf>

CARRASCO ZURITA, José Luis. (2012). El proceso monitorio como medio para otorgar al derecho de crédito, tutela efectiva y la necesidad de su introducción a nuestra legislación. Extraído de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3055/1/T1114-MDP-Carrasco-El%20proceso.pdf>

COLMENARES URIBE, Carlos. El proceso de la estructura monitoria. Universidad libre. 2011. Cúcuta, Colombia.

COLMENARES URIBE, Carlos. (2013). El proceso Monitorio en el Código General del Proceso: ley 1564 de 2012. Recuperado de <http://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>

GUIA DE PROCEDIMIENTO PARA EL COBRO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Ministerio de Educación Nacional. Bogotá, Colombia. 2006

HENAO CARRASQUILLA, Oscar. Código general del proceso anotado. Editorial Leyer. 4ta edición. Bogotá, Colombia. 2014

MONTERO CARTES, Cristian. Consideraciones en torno al Nuevo Procedimiento Monitorio Civil: De su eventual contradicción con el Debido Proceso. Chile. 2011. Disponible en <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_de_cristian_montero.pdf>

OSORIO RINCON, Juis Jaime. Manual de derecho procesal civil parte general conforme con el código general del proceso. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. 2014

PAZ DE ROBLEDO, Rosa Avila. El proceso monitorio en los Códigos Procesales Civiles Provinciales y los principios procesales de economía procesal y de concentración. Revista de la Universidad Nacional de la Rioja Vol 2 N° 2. Argentina. 2011.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales. Revista de Derecho Valdivia. Chile. 2006. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100009&script=sci_arttext>

POVEDA PERDOMO, Abelardo. Manual del proceso monitorio. Librería ediciones el profesional. 2006. Bogotá D.C., Colombia.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Concepto 5761. 11 de Abril de 2014.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Código general del proceso ley 1564 de 2012 comentado por miguel enrique rojas. Editorial Escuela de Actualización Jurídica. Bogotá Colombia. 2013.

SCHWABE, Jûrgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
(extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jûrgen Schwaben.
Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México. 2009