

- COPIA -

D. 11296
OK.

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.



Ref.: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

10721 3:00 L1

Didy Arnoldo Serrano Garcés, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.227.993, expedida en Bogotá D.C., obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Bogotá y lugar de notificaciones que indicó en el parte final de este documento, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra de los apartes pertinentes que mas adelante enuncio respecto de los incisos 2º de los artículo 280 y 430 del Código General del Proceso (L. 1564), por cuanto estimo contrarían la Constitución Política, el primero al emitirse con desconocimiento de lo consagrado en el artículo 55 de la Ley 270 Estatutaria de Justicia y el segundo en razón de que no está acorde con los mandatos de los artículos 228, 229 y 13 de la Carta Política como se sustentará en su momento.

I. NORMA CONSTITUCIONAL VULNERADA

El artículo 228 de la Carta Magna prevé que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, cuestión que indica de forma diamantina que los procedimientos deben encontrarse acordes con las realidades jurídicas sustanciales para que puedan operar, o en otras palabras, no puede una norma procesal como ocurre en este caso, sustituir, modificar o desconocer lo que una de carácter sustancial establece para el caso los preceptos legales de que tratan los títulos sean valores o ejecutivos, como mas adelante se explica.

A su turno, el artículo 229 de la misma obra, impone que las personas tiene derecho a acceder a la administración de justicia para que sean escuchados y en muchos casos defendidos aun cuando no tengan representación de abogado, disposición que entre otras cosas por un orden justo y legal se permite al Juez en no pocos casos, la declaración oficiosa de una excepción que encuentre probada aun cuando no haya sido pedida siempre y cuando no sea de las exceptuadas de ese trámite y establecidas en el artículo 282 del C. Gral. del Proceso antes artículo 306 del C. de P.C., y en su momento, para los procesos ejecutivos la revisión oficiosa de que trataba el artículo 489 *ibídem*.

Por su lado, el artículo 13 Constitucional, concibe el derecho a la igualdad ante la Ley de todas las personas, y si bien es claro que para la aplicación de esta disposición debe observarse cada caso en concreto, pues para su predicación como lo ha dicho esa corporación, deben existir supuestos fácticos e incluso en sede judicial jurídicos y probatorios similares para que se abra paso tal precepto, en otras palabras estar en las mismas condiciones y situaciones de quienes lo alegan a su favor, tampoco puede pasarse por alto que con la disposición segunda demandada, a raja tabla se quiere quitar una herramienta que permite que el Juez obre en derecho, tal y como era el control oficioso del documento presentado para el cobro, para dar con ello querer dar prevalencia a una norma procesal por encima de la sustancial como más adelante se desarrolla esta idea.

II. NORMA CONSTITUCIONAL DEMANDADA

Como en renglones anteriores se enunció, las normas que estimó deben ser sujetas de inexecutableidad son:

Aparte del inciso 2º del artículo 280 del Código General del Proceso que reza "...La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República **de Colombia** y por autoridad de la Ley...", (resaltado que no es acorde a normas de rango superior como se explica en el siguiente numeral).

Y el aparte correspondiente inciso 2º del artículo 430 ejusdem, que dice: "...Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. **En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.**", (e texto en negrilla es el discutido).

III. FUNDAMENTOS

Es preciso indicar que dividiré el ataque a cada norma a fin de tratar de hacerme entender mejor.

Respecto de la primera norma, mi censura radica en el hecho de que por la vía de una ley ordinaria se modificó una de rango superior como lo es una Estatutaria, nótese que el artículo 55 de la Ley 270 prevé como fórmula sacramental para emitir las sentencias proferidas por un Juez e incluidas en su parte resolutive la siguiente:

"Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley"

Sin embargo, en el Código General del Proceso, norma de rango inferior por ser de naturaleza ordinaria y que no tiene los debates requeridos se modificó este precepto pues se dice en el aparte demandado frente a la misma fórmula y que incluso se cita entre comillas, lo cual da cuenta que se trajo la de la Ley Estatutaria, eso sí, mal citada, que debe decir: "Administrando justicia en nombre de la República **de Colombia** y por autoridad de la Ley", palabra resaltada que se aumentó sin cumplirse con las formalidades exigidas pero además en contravía de una disposición de rango superior como quedó visto., lo cual da cuenta que tal aparte es inconstitucional, tratamiento que debe darse al igual como se hizo al modificar la consagración que estaba contenida en el Código Contencioso y que regulaba lo concerniente al derecho de petición, por la vía del CPACA norma ordinaria, cuando debió serlo por un trámite distinto al contener regulación de rango mayor.

En este caso, si bien pudiera considerarse intrascendente el hecho de que la sentencia contenga o no en su parte resolutoria la fórmula sacramental con o sin el aparte cuestionado, esto es, "de Colombia", lo discutido aquí es que por vía de una Ley ordinaria se pretende modificar el contenido de una de mayor jerarquía, lo cual no es concebible en nuestro ordenamiento, máxime si como quedó visto, en la Ley 1564 de 2012 se cita la Estatutaria y se aumenta el

elemento -de Colombia-, situación que da cuenta que vuelve y se insiste, se desconoce el trámite que debía darse para que operara tal modificación.

No sobra indicar que no estimo que deba emitirse en caso de quererlo hacer la Corte, una decisión inhibitoria por caducidad, pues si bien el precepto constitucional da un año desde la promulgación por vicios de forma, lo cierto es que esto es más cuestionable que una irregularidad o vicio de forma, pues cambia una Ley superior, es como permitir que por vía de un decreto se modifique la Ley, precedente que por esta vía debe ser zanjado, pues en muchos casos incluso en sede de tutela y por la vía de excepción de inconstitucional se han dejado sin efectos diversas normas por ser contrarias a la Constitución sin importar el hito temporal, pero además también debe tenerse en cuenta que el uso de esta disposición únicamente ingresó al ordenamiento en enero de esta anualidad, situación por la cual no era visible el desatino que se cometió al incluir citar la Ley Estatutaria y pretender modificarla por esa vía, máxime si hablamos de una disposición que se encontraba suspendida en el tiempo e inutilizada hasta tanto se diera la vigencia de que trataba el artículo 627 de la Ley 1564 en su numeral 6º.

En cuanto a la segunda norma, debe dividirse en varias aristas ante lo extenso de lo que debo decir, pero que trataré de hacerlo de la forma más precisa que pueda para que de un lado no se haga densa la lectura y de otro tenga la atención completa del magistrado sustanciador, por ende, dividiré en temas como i) la vulneración al derecho sustancial, ii) el acceso efectivo y actual tutela efectiva del derecho de las partes y terceros que componen un proceso y iii) la vulneración al derecho a la igualdad.

i) Considero que con la prohibición hecha al Juez de no poder declarar o reconocer los defectos formales que encuentre en el título ejecutivo sea en la sentencia o auto de seguir con la ejecución, conocido con la normatividad anterior de control oficioso en el proceso ejecutivo, va en contravía del artículo 228 Constitucional, pues da prevalencia a normas procedimentales, como el no haberse alegado la excepción que entre otras cosas únicamente podría hacerse por la vía de reposición, que a la realidad jurídica de los efectos que puede adolecer el instrumento traído para el cobro.

Al punto, debe señalarse que un documento sea título ejecutivo o título valor no ostenta tal condición o llega a la misma por el hecho de emitirse un mandamiento de pago respecto de aquél, pues tal asertividad y uso del mismo para ejercer la acción coercitiva de cobro la propone la misma normatividad, la general del procedimiento para los primeros; y la especial del código de comercio para los segundos.

En efecto, el artículo 422 del C. Gral. del Proceso, establece que "*Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.*".

Norma que deja en claro que únicamente pueden ser demandadas por la acción ejecutiva las obligaciones que contengan estos requisitos especiales, o

sea, i) obligación clara, expresa y exigible cuyo documento debe provenir del deudor o causante de aquél y ii) que operen como **plena** prueba en su contra.

Pues bien, así las cosas es claro que las obligaciones que se pidan por este expediente y que no cumplan con tales elementos NO PODRÍAN obtener a su favor mandamiento de pago, falencia que no puede superarse por el solo hecho de no alegarse tal situación vía reposición como excepción previa, pues ante carencia de alguno de estos elementos tendría el acreedor que acudir a los demás escenarios previstos por el legislador como el proceso monitorio o el interrogatorio de parte como prueba extraprocesal de que trata el artículo 184 de la Ley 1564 de 2012.

Así las cosas, si un juzgador poco acucioso o quien sin los elementos de juicio que indica la Ley, da paso a un mandamiento de pago bajo el convencimiento de existir una ejecución pese a que no se cumplieran con los requisitos, queda compelido a continuar con una cadena de errores en caso de que la pasiva no se presente a defenderse, conteste de forma extemporánea o no haga uso de la vía de reposición para alegar las formalidades del documento báculo de cobro, por el solo hecho de esa norma procesal, para con ello desconocer la realidad sustancial del proceso que no sería otra que el documento aportado no contaba con las condiciones exigidas para dar paso a emitir el mandamiento de pago, circunstancia fáctica que denota un favorecimiento para una parte como lo es la acreedora y la prevalencia de una norma procedimental el cual se quiere dejar por encima de una situación de naturaleza jurídica sustancial que atañería su aplicación por justicia a favor de la pasiva y lo cual solamente ocurría por medio del control oficioso.

Al punto, debe recordarse lo que la Jurisprudencia de esa Corporación ha dicho en cuanto a ese tipo de decisiones:

"...Si bien, como se dijo, las excepciones se instituyen como un instrumento de defensa del demandado, las normas procesales no impiden que el juez, como director del proceso, se pronuncie sobre hechos (probados) que constituyan excepciones de manera oficiosa...", "...En este contexto, queda claro que la ley permite que el juez se pronuncie de oficio, sobre aquellos hechos que se encuentren probados en el proceso y constituyan una excepción, con las salvedades que las normas consagran relacionadas con aquellas de 'prescripción, compensación y nulidad relativa' que deben alegarse necesariamente por el demandado en la contestación de la demanda.", conclusión a la cual llegó al estar en concordancia con lo resuelto por el "...Consejo de Estado en sentencia del 12 de agosto de 2004¹, [quien] se pronunció sobre la posibilidad de que el juez declare de oficio excepciones dentro del proceso ejecutivo."²

Y en el fallo que trajo a colación como precedente en ese momento se concluyó *"...sin embargo, esta posible mutación del proceso ejecutivo en proceso de conocimiento, no obvia el objeto principal del proceso, que es el obtener la tutela del Estado para que se obligue al deudor incumplido a cumplir el derecho del ejecutante. De esta manera, si bien el proceso instaurado inicialmente como ejecutivo, se transforma en proceso de conocimiento en virtud de la proposición de una excepción, **el Juez debe resolver todos los extremos de la litis, bien para declarar o negar la excepción, o para aceptar o negar usar el poder de ejecución del Estado.***

¹ "Expediente 21177. Sección Tercera. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra."

² Cfr. Sent. T-747 de 2013.

De esta manera, la Sala estima que el juez de ejecución analiza, al momento de dictar sentencia, la existencia de dos tipos de derechos: i) en el evento de proposición de excepciones, el juez estudia la existencia y titularidad del derecho que se pretende ejecutar; y ii) aún en la ausencia de un ataque directo al derecho que se pretende ejecutar, el juez de la ejecución debe tener certeza sobre los requisitos de existencia del título, de tal manera que no exista equívoco en que se trate de una obligación clara, expresa y exigible, que permita el cumplimiento del derecho mediante la fuerza del Estado.

Una vez han sido establecidos los puntos sobre los cuales el juez del proceso ejecutivo puede ejercer su función jurisdiccional, la Sala se referirá a la capacidad oficiosa del juez para pronunciarse sobre hechos que afecten las situaciones sometidas a su consideración.", (resaltados ajenos al texto).

Por otro lado, el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Civil, órgano de cierre para este tipo de asuntos ante la carencia de poderse acudir en casación con la disposición anterior, ilustró: "...la naturaleza interlocutoria del auto de mandamiento de pago, no ata al juez, quien al hacer el estudio de fondo puede desestimar el título por defectos..."³, precepto que en sede de tutela ha sido analizado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien instruyó "...el ataque de la accionante a la sentencia (...) en punto al examen que' realizaron los juzgadores 'de los requisitos del título ejecutivo, carece de relevancia constitucional, en la medida que ese proceder no es contrario al ordenamiento jurídico, por cuanto '...en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo, a fin de garantizar el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 superior y 4 del Código de Procedimiento Civil' (sentencia de 9 de abril de 2010, exp. 11001-02-03-000-2010-00458-00) (...) Sobre esta temática, la Sala ha indicado que 'la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se proferían en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal; por lo tanto, no funda la falta de competencia la discrepancia que pueda surgir entre la preliminar orden de pago y la sentencia que, con posterioridad, decida no llevar adelante la ejecución por reputar que en el título aportado no militan las condiciones pedidas por el artículo 488 del C. de P. Civil' (G. J., tomo CXCI, pág. 134)' (STC-2012, 8 nov., rad. 02414-00, 28 feb. y 16 may. 2013, expedientes 00244-00, 00245-00 y 00066-01, STC-2013, 17 sep. rad. 00123-01)."⁴, (resaltados ajenos al texto).

Precedentes que dejan al descubierto que no es posible dejar a un Juez sin herramientas tan esenciales como el deber de dar prevalencia al derecho sustancial vía oficiosa, pues existen casos como el anteladamente planteado en los cuales incumbe al funcionario judicial el deber de dar paso a la nugatoria del proceso en sentencia o auto de continuar con la ejecución, si advierte que no debió darse paso al proceso incluso al momento de emitirse el mandamiento de pago ante la ineficacia que ostenta el instrumento allegado para su cobro, derecho que asiste al compelido a juicio y que no puede ser desconocido por los servidores públicos por el solo hecho de que aquél ejecutado no ejerció su defensa, lo hizo de forma tardía o indebida pues propuso la defensa como medio de exceptivo de fondo y no por vía reposición. Y es que si los jueces

³ Cfr. Trib. Sup. de Bogotá, Sala Civil, Sent. mar. 19/91. MP. Edgardo Villamil Portilla.

⁴ Cfr. Sentencia 8 de octubre de 2015, proceso STC13899-2015, Radicación N° 11001 -02-03-000-2015-02367-00.

están sometidos al imperio de la Ley y responden por acción u omisión, para el asunto, tendrían graves consecuencias respecto de lo segundo al no declarar o reconocer la ausencia de los requisitos que impedían la ejecución, no está de más recordar, que todas aquellas reglas que tengan naturaleza restrictiva y que se contrapongan a otros preceptos deben ser estudiadas bajo el control estricto de constitucionalidad, pues sancionan un proceder y para el artículo demandado permiten al ejecutante continuar con un proceso ejecutivo pese a que no existe título respecto del cual sustancialmente se le permita de forma legal su ejecución por carencia de requisitos sean formales o sustanciales I que de suyo conlleva la ineficacia instrumental para acceder a la ejecución.

Ahora, no se pretende como seguramente lo dirán o pensarán algunos, premiar al deudor, sino lo que se pide es que se respeten los senderos judiciales y las reglas establecidas para ello, esto es, que si no hay título ejecutivo no se pueda obviar las vías para que sea constituido legalmente, sino que se acuda a los procedimientos como el monitorio o declaración de parte para su constitución, por el contrario, esta norma demandada da paso a lo contrario, esto es, que se acuda a la senda ejecutiva sin su lleno esperando que el juez incurra en error y libre mandamiento de pago, y si la parte guarda silencio, no pueda el juez corregir tal situación en el transcurso del proceso y pese a advertir tal eventualidad, se le impida dar prevalencia a las normas que no permitían el cumplimiento del derecho mediante la fuerza del Estado, negligencia de la parte al momento de crear la obligación y del Juez al autorizar su cobro sin el lleno de los requisitos, eventualidad que no puede ser premiada por el legislador como en la hora actual se pretende.

Pero además existe una contradicción en el mismo código procedimental actual, pues su artículo 282 reza que *"en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo prescripción, compensación y nulidad relativa..."*, norma que disipa de una vez por todas la duda de si es posible en los asuntos ejecutivos dar paso a las excepciones de oficio, en cuanto de manera imperante anuncia que es en **cualquier tipo de proceso**, pero además aduce que si el juez haya probada una excepción, como sería la ausencia de un requisito formal, *"deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia"*, y aun cuando no se desconoce que debe prevalecer la norma especial sobre la general, lo cierto es que vuelve y se reitera, por condiciones de procesalismo no pueden desconocerse derechos sustanciales, que para el caso asisten al demandado como lo es el debido proceso, (art. 29 C. Pol.), tal como ser juzgado por las normas vigentes y concordantes a su situación, pues no podría darse paso a una ejecución judicial vía proceso ejecutivo hasta cuando se cumplan con las reglas que tal precepto demanda.

Y si lo viéramos por la arista de los títulos valores, la situación se vuelve aún más apiñada, pues el artículo 784 del C. de Co. permite proponer como excepciones de mérito *"... 4) Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente"*, sin distinción a si son de naturaleza sustancial o formal, luego contiene también las que tienen que ver con sus formalidades, por ende, se pretende, además desconocer una norma sustancial en caso de que se pida la ejecución de un instrumento de esta naturaleza, que el Juez pueda bajo su condición de máxima autoridad y en aras de que prevalezca el realidad jurídica, declare o reconozca esos vicios insaneables que convierten la obligación en ineficaz, en tanto no tenga el lleno de los requisitos que exige la Ley, se resalta sean formales o sustanciales.

ii) Se vulnera el acceso efectivo a la administración de justicia y tutela jurisdiccional efectiva de que trata el artículo 2º de la Ley 1564 de 2012 y que jurisprudencialmente vía constitucional se ha desarrollado y traído a este país como doctrina, actualmente como Ley procesal.

Nótese como se enunció en renglones anteriores, que no es que se desconozca el derecho del acreedor de hacer efectiva la obligación que busca le sea pagada, sino que tal precepto constitucional no solamente puede verse desde la cara de la moneda de quien acude a la administración de justicia, sino también desde la óptica de a quien se cita, persona que también tiene además de la obligación del pago de esa deuda su derecho a ser juzgado bajo la sustancia y forma que regula la ley con prevalencia de la primera, razón por la cual, lo justo es como dijo Ulpiano "*darle a cada quien lo que le corresponde*".

Para el demandante, el tener que acudir a la vía judicial idónea y sin auspiciar la Ley algún atajo o crearle una cortapisa, lo cual se podría ocasionar si acude para el cobro con un documento que no cumple con las condiciones de ley para su cobro y si el Juez de forma inadvertida o soterrada de aso al mandamiento de pago, hipótesis que se debe conjugar como ya se ha dicho con una falta de medios exceptivos, la propuesta de los mismos por la vía inadecuada o la llegada al litigio de forma tardía, situaciones que no pueden desconocer que **la única forma de continuar una ejecución comprende el hecho de que estén cumplidos todos los elementos exigidos para dar paso a la misma.**

Y es que proceder de forma contraria, como lo pretende el Código General del Proceso, únicamente estimula el desconocimiento de la Ley sustancial sobre la procesal, pues dejar la norma en los términos en que se encuentra es como dejar maniatado al Juez ante una injusticia por situaciones de índole procesal.

Y vuelve y resalta, no es que el demandante quede sin poder coercitivo, pues tiene a su resorte el proceso monitorio o al interrogatorio de parte antelado al proceso ya referido atrás, incluso puede pedir cautelas para asegurar el débito de su crédito y de forma posterior como en derecho debe suceder, obtenida la declaración de la deuda o la confesión, sí acudir a la ejecución, tampoco puede discutirse que si el demandado no aparece al proceso se deba entender una anuencia tácita de lo pretendido, no obstante, el problema aquí no radica en las actuaciones que las partes pudieran o no desplegar en un proceso ejecutivo u ordinario, sino en el hecho que el Juez está para brindar justicia sustancial prevalente ante cualquiera de las partes pues debe ser objetivo en sus determinaciones, así como en declarar hechos que estén revestidos de verdad, luego bajo ningún otro contexto como equidad o celeridad se puede permitir o dejar permear la justicia por normas que en efecto únicamente están siendo diseñadas para un gremio en especial, pues se ostenta la calidad de acreedor con un título ejecutivo o no se tienen, pero doctrina foránea y pacífica ha sido la de entender que en el camino del proceso no se puede venir a confeccionar la obligación sino que aquélla al momento de introducirse la demanda debe cumplir con todos los requisitos de Ley.

En cuanto al demandado, es claro que lo buscado es, de advertirse el erróneo al emitirse la orden judicial de apremio sea pro el Juez que la profirió, el Juez actual que conozca del proceso que es lo común o su Superior, se le respete la garantía de un juicio justo y acorde a la norma que le sea aplicable en su caso, y por ende, se permita al Juez, sea que el compelido no asistió a juicio, se defendió de forma indebida por alegar la falta de requisitos como

excepción de fondo y no por la vía de reposición o llegó de forma tardía, que se haga justicia real sin premiar al demandante quien como se dijo con esta norma censurada, se le faculta para desconocer la normatividad y los procesos a los cuales debe acudir ante su inobservancia al momento de suscribir los documentos base de cobro, lo cual sería incluso premiar su propia culpa y de paso sea dicho, dar preponderancia al error judicial.

iii) Para finalizar, se vulnera la igualdad y no me refiero a casos concretos, en tanto si bien la parte ejerce su defensa y de declararse la excepción de formalidad que hubiese sido alegada en debida forma se continua con el proceso declarativo, lo cierto es que tal derecho se advierte quebrantado cuando sin razón legal sustancial no se analiza a cualquier ciudadano que sea demandado en un juicio ejecutivo y tenga el derecho de ganar el proceso, aun por medio de declaración oficiosa al encontrarse que el instrumento base cobro no tiene las condiciones de Ley, lo cual desconocería la institucionalidad que existe respecto de la existencia del título ejecutivo, y es que se permitirse esa excepción procedimental y ordenar al Juez que se haga el de las gafas empañadas respecto del derecho que le asiste al demanda por encontrarse en el momento de emitir sentencia e incluso al superior con la resolución de la apelación, de ser así, también deberíamos quitar el artículo 132 del C. Gral. del Proceso pues para que un control oficioso de legalidad, es más este precepto tampoco guarda consonancia con la disposición cuestionada, pues si el Juez advierte al momento de abrir el debate probatorio que no hay título ejecutivo, debe seguir en el error porque una disposición procesal así lo dice, desde que no puede ser autorizado por un estamento de naturaleza constitucional en cuanto debe ser guardián de los derechos de los ciudadanos y demás personas que se acogen a su constitución, pues de no accederse a lo pedido, qué sentido tienen que el Código General del Proceso de forma rimbombante diga que el usuario puede no solamente acceder al servicio público esencial de justicia, sino que también tenga derecho a una "*tutela jurisdiccional efectiva*", última cuestión que demanda del juzgador un mayor control en todas las etapas del proceso así como su diligencia, pues una cuestión es que la persona pueda acudir a los Tribunales y Juzgados aun cuando todo se le niegue como acontece no en pocos casos hoy; y otra es que simplemente este encargado de acudir al Juez quien debe incluso de forma oficiosa tomar las adecuaciones que el caso requiere para que los derechos del ciudadano, sin distinción, sea demandante o demandado, no sea menoscabado en sus derechos, lo cual realmente si da paso a una tutela judicial de forma efectiva, en tanto es el derecho que toda persona tiene a que se le haga justicia real y efectiva sin obtener ventajas más aún si no se evidencia el motivo por el cual se suprime esta facultad de la cual se dotó el funcionario judicial, esto es, si tal supresión corresponde a motivos de equidad, justicia, altruismo o económicos, pues pese a la búsqueda en los anales del Congreso sobre tal contextualización no encontré ningún argumento.

Por último no podría decirse que existe un amplio margen para el legislador en tanto nos encontramos en cuestiones de derecho y orden público como sería que los requisitos exigidos para cobrar **vía ejecutiva** una orden de pago están contenidos en normas de obligatorio cumplimiento precisamente por corresponder a códigos procesales, como sería actualmente el Cod. Gral. del Proceso (art. 13) y el Código de Comercio (arts. 621 y ss.), menos aducir que existe una carga razonable o razonada, pues si bien es cierto el ejecutado debe ejercer su defensa, también lo es que ello es posible ante la existencia de un derecho incontrovertible que se exija y permita la orden de pago en el proceso ejecutivo, luego tal carga que se le impone, esto es, que se tenga por cierta la deuda y ejecutable cuando carece se carece de elementos para ello, sería

exagerada en tanto como lo dice la Corte Constitucional en muchos fallos, ante la ambigüedad normativa que puede dar paso a la afectación derechos constitucionales, lo correcto es hacer un test o control estricto que de hacerlo seguramente arrojaría por lo antes mencionado, no argumentación cambio legal para suprimir el control legal oficio del juez en el título ejecutivo, desconocer preceptos sustanciales y jurisprudencia sobre dicho tópico una inexequibilidad, por lo menos condicionada.

Y además, olvidó el legislador y demás precursores del Código General del Proceso los mandatos que consignaron en el título preliminar de esta obra, obsérvese que al tratar de cumplir con las exigencias impuestas seguramente por aquellos gremios como lo dije antes que les interesa poder demandar muchas obligaciones por la vía ejecutiva sin querer acudir a la declarativa ante ausencia de los elementos que exige la ley, y en aras de congruarse con entes internaciones como el Banco Mundial y el Banco Interamericano, se trató de constitucionalizar estas temáticas indicando por ejemplo en su artículo 2º *"Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado."*, y de ser ello así, me pregunto y traslado el cuestionamiento a la Corte Constitucional, *¿será una tutela efectiva permitir que ciertos personajes, bancos, financieras y otras personas consigan que se libere mandamiento de pago en contra de una persona pese a que el documento base de cobro adolece de todas las características necesarias, aun cuando cuentan con la acción monitoria para que en todo caso no vean pérdida la obligación que piden ejecutar?, ¿será que el derecho y la defensa de sus intereses y me refiero a todas las partes, no está también en cabeza del juez quien debe prever porque exista una justicia real y efectiva para los dos extremos procesales sin distinción, obligación que también debe recaer en el legislador, máxime si la distinción que trajo la norma no está sustentada en la exposición de motivos pues no aparece o por lo menos no la encontré en los anales del congreso?*

A su turno, se desconoce el artículo 4º que dice *"El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes."*, y si el fin es buscar la igualdad real de las partes, me pregunto y nuevamente traslado la interrogante al Juez garantía de la constitución, *¿sí lo que se busca es una igualdad real entre las partes, lo correcto y lógico no es acudir el trámite expedito del monitorio cuando se adolece de un requisito para que pueda darse paso a la orden de pago?, ¿será plausible y razonable permitir que la parte ejecutante se pase por la faja la ley sustancial que exige los elementos para dar paso al mandamiento de pago y además se le premie con que ni la ejecutada y ni el juez, pese advertir ese yerro jurídico puedan, el primero alegarlo como excepción de fondo; y el segundo corregirlo al momento de emitir sentencia?*

Pero por si fuera poco, *¿sería legal dar paso a una orden de pago si el lleno de los requisitos?,* discurso e hipótesis que no pasaron por alto los redactores del código en tanto a renglón seguido del precepto demandada indican que si se alega la reposición de carencia de formalidad del título a ejecutar y prospera, el juez debe iniciar el monitorio y pedir el abono, lo que indica que doblemente se premia al acreedor, pues se le envía el mensaje de que la Ley no es para respetarla, pues puede que se le libere mandamiento sin el lleno de requisitos caso en el cual va en ganancias, a que si nada se dicen en ese estadio de reposición ya ganó porque se prohíbe al juez dictar una sentencia en igualdad real, material y con prevalencia del derecho sustancial;

así como a su contraparte defenderse a *posteriori*; y si se alegan, le dicen, bueno siga tranquilo que aun cuando no le pudo hacer trampa a la norma, le queda el proceso monitorio, en vez de conminar el respecto a los preceptos legales y emitir un control de legalidad que dijera por ejemplo, si en cualquier momento del proceso se advierte por las partes, terceros reconocidos o el juez que el documento, pese a librarse mandamiento de pago, no cumplía con los requisitos del artículo 430 de esta Ley, se dispondrá la declaración de esta situación y como consecuencia la terminación del litigio, para que se continúe con el declarativo por parte del juez que conoció de la acción ejecutiva, auto por supuesto recurrible y apelable para garantizar una doble instancia.

Y entonces me pregunto, ¿acaso esta idea no es más allegada a la tutela efectiva jurídica, a la real igualdad de las partes, a la legalidad que se trae en el artículo 11 del mismo código parafraseando lo que dice la Constitución Política sobre el derecho sustancial y su prevalencia, amén del respecto a la Ley en su artículo 7 y el debido proceso en su artículo 14?

Por otro lado, no es posible entender que no se pueda hacer nada como en efecto lo indicó uno de los precursores de este Código en uno de sus libros, pues dijo en su obra "Ensayos sobre el Código General del Proceso" volumen II lo siguiente:

"Tercera: ¿A qué requisitos formales del título ejecutivo se refiere el inciso 2º del artículo 430 del Código General del Proceso?"

*La respuesta obvia apunta a las exigencias establecidas en el artículo 422 para que un documento preste mérito ejecutivo: que provenga del deudor o de su causante; que haga plena prueba contra él y que en él consten obligaciones claras, expresas y exigibles."*⁵ y es que de ser así, de entenderse del precepto lo referido y no poderse hacer nada, con el respeto que merece este doctrinante a quien en efecto se le debe reconocer su inteligencia pues no de poca monta ha sido su carrera en el sector privado y judicial, lo que pienso que debe suceder es aplicar el dicho de -apague y vámonos-, pues para qué tanta parafernalia de la tutela jurídica efectiva, el respeto del debido proceso, el respecto a las normas sustanciales, predicas contenidas en los primeros artículos de la Ley 1564 de 2012 pero que caerían al vacío ante esta situación, incluso para qué jueces, mejor designemos personas expertas en repetir las normas procesales y aplicarlas a rajatabla.

IV. PRETENSIONES

Aun cuando no desconozco que los efectos que emite la Corte Constitucional en estos casos no requieren de pretensiones, dejo a su resorte las siguientes:

1. Se declare la inexecutable de las situaciones subrayadas.
2. Se declare la executable condicionada, de la segunda, indicando de forma clara, con sub reglas, bajo cuál contexto debe ser analizado tal inciso demandado, esto es, qué requisitos formales pueden pasarse por alto si no se alegan de ser posible pasar alguno por alto aun cuando insisto son necesarios para la eficacia del mandamiento de pago y por ende la sentencia los cuales no pueden ser constituidos o desconocidos por el Juez.

⁵ Cfr. Página 18, Autor Álvarez Gómez Marco Antonio, Editorial TEMIS.

Lo anterior puesto que hay algunos que son necesariamente intrínsecos para dar cabida no solamente a la autenticidad del documento base de recaudo sino también a su contexto de exigibilidad, como sería la constancia de ejecutoria de una sentencia judicial.

3. De accederse a lo pedido, que se supla el vacío trayendo la reminiscencia de la norma anterior en este aspecto, esto es, el control oficioso de que trataba el artículo 489 del C. de P.C.

Empece pido ello, quiero aclarar que esa tesis de revivir normas que han sido sacadas del ordenamiento por el vacío en las actuales, no termina de convencerme puesto que el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 establece que *"Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva."* y por ende debe acudirse a la aplicabilidad de *"las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."* (art. 9, ib.).

V. COMPETENCIA

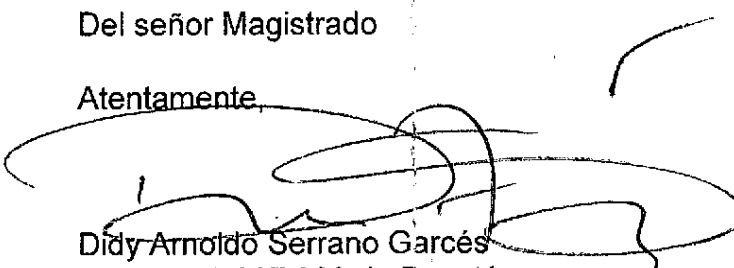
La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad; de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, es más ya ha conocido de acciones en este sentido respecto de otros receptos de esta normativa⁶.

VI. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la transversal 74 No. 11 A 15 Apto. 230 T. 8 Bogotá.

Del señor Magistrado

Atentamente,


Didy Arnoldo Serrano Garcés
CC.No. 80.227.993 de Bogotá.
Movil 3043894766
Correo diarsega@gmail.com

⁶ Ver Sentencias C-750, C-654, C-621, C-533, C-041, C-258 todas del 2015 y C-084 de 2014, C-436, C-279, C-157 de 2013, entre otras.