CÓDIGO GENERAL
DEL PROCESO

HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO
Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia

CODIGO GENERAL DEL PROCESO

PARTE ESPECIAL

DUPRE Editores Bogotá, D. C. - Colombia 2017

© HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, 2017.
© Dupre Editores Ltda., 2017

ISBN: 978-958-98790-9-2

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Diseño y diagramación: Claudia Marcela Fonseca C.
Impreso en Colombia por Quad Graphics S A. *Printed in Colombia*

DUPRE Editores Ltda.
Carrera 7ª. N°. 74 - 56 Oficina 705.
Telefax: 321 7108 Bogotá, D. C. -
Colombia

A Marie France, mi
polo a tierra

PRESENTACION

Luego de nueve ediciones de mi obra Instituciones de Derecho Procesal Civil -Parte Especial-, la última de las cuales data del año 2009, en este libro reemprendo el estudio de las materias propias de la "parte especial", es decir la destinada a regular el trámite de los diversos procesos, con base en las recientes orientaciones que se plasman en el Código General del Proceso cuya vigencia plena obra desde el 1 de enero del año 2016, aun cuando recuerdo que algunas de sus normas entraron en vigencia desde la promulgación de la ley 1564 de 2012, que lo fue el 12 de julio y otras desde octubre del mismo año.

Se cuenta así con un panorama temporal adecuado para precisar la forma como las orientaciones del Código General del Proceso obran en el terreno práctico, el que nos permite la evaluación del articulado en orden a identificar aciertos y fallas, siempre con el anhelo de mejorar, lo que es tanto más necesario si se advierte que es precisamente en las disposiciones propias del trámite de los procesos en las que se observan mayores cambios respecto del derogado Código de Procedimiento Civil.

Es así como se hace necesario estudiar las últimas en orden a permitir que algunas normas sin duda bien intencionadas, pero ajenas a la realidad que se pretendió regular puedan ser modificadas o incluso suprimidas para mejorar el sistema procesal civil, de modo que es menester emprender el análisis de todo el articulado del estatuto procesal en orden a procurar su optimización en una ley que se ocupe de modo integral de la labor de revisión, adecuación, aclaración y derogatorias que sean pertinentes.

Estimo oportuno dejar sentado que debe ser rechazada la tesis referente a que el Código de Procedimiento Civil no ha sido derogado, al afirmarse que el mismo seguirá rigiendo en todos

aquellos casos en los que alguna disposición legal remita a dicho Código de manera específica, tesis que, a más de ir en contra del claro mandato contenido en el art. 626 literal c) del Código General del Proceso, que expresamente lo derogó, no resiste el menor análisis debido a que el nuevo estatuto reemplazó al Código de Procedimiento Civil y, por ende, toda remisión de cualquier disposición legal que remita al Código de Procedimiento Civil, se entiende predicada del Código General del Proceso.

Recuerdo que en estricto sentido el Código General del Proceso no es nada diverso a un nuevo Código de Procedimiento Civil, pero que por razones mediáticas se le asignó dicho nombre, lo que es un argumento más para desterrar la idea de una vigencia, así sea relativa, del derogado estatuto procesal civil, de manera que dejo sentado que toda disposición legal que se remita al mismo se entiende predicada del Código General del Proceso.

Es entonces deber del intérprete buscar las correspondientes concordancias en el nuevo estatuto.

Como siempre lo demando a mis lectores, bienvenidas las observaciones a este texto, única forma de seguir mejorando.

Bogotá, febrero 14 de 2017

Capítulo **I**

DE LOS PROCESOS EN PARTICULAR

1. .....
Generalidades 29
2. .....
Los procesos declarativos. 36
2.1.....
Clasificación de los procesos de cognición o declarativos en el Código General del Proceso 38
3. .....
El Proceso ejecutivo 39
4. .....
Los procesos de liquidación 44
5. .....
Los procesos de jurisdicción voluntaria 46

CAPÍTULO **II**

DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS O DE CONOCIMIENTO

1. .....
Generalidades 49
2. .....
Trámite del proceso verbal 51
3. .....
La demanda de reconvención 57

4.1. .....
Sanciones por inasistencia a la audiencia inicial 72
4.2. .....
Las excusas 73
4.3. .....
El desarrollo de la audiencia inicial 76
5.....La audiencia de instrucción y juzgamiento .....
.....80

CAPÍTULO m

DISPOSICIONES ESPECIALES PARA ALGUNOS PROCESOS VERBALES

1. .....
El proceso verbal de resolución de compraventa 88
2. .....
El proceso verbal de pertenencia.....93
2.1. .....
Historia reciente.....93
2.2. Finalidad del proceso de pertenencia y bienes sobre los cuales recae.....95
2.3. .....
Forma de alegar la prescripción.....96
2.3.1. .....

2.6. ..... El proceso de pertenencia procede respecto de bienes muebles e inmuebles 114
2.7. .....
Anexo a la demanda de pertenencia respecto de bienes sometidos a registro 114
2.8. .....
Emplazamiento y notificación de la demanda 121
2.9. .....
Los efectos erga omnes de la sentencia que declara la pertenencia 127
2.10. .....
Improcedencia de la declaración de pertenencia.....129
2.11. El proceso de pertenencia para la vivienda de interés social. .131
3. .....
Norma especial para el proceso verbal de servidumbres 132
4. .....
Norma especial para el proceso posesorio 143
5. .....
Norma especial para el proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente 151
5.1. .....
Proceso de entrega y diligencia de entrega 156
6. Normas especiales para el proceso de rendición de cuentas 158
6.1. .....
Rendición provocada de cuentas.....160
6.1.1. .....
Procedimiento en caso de no oposición.....160
6.1.2. .....
Procedimiento cuando la oposición es tan sólo al monto estimado162

10. .....
Disposiciones especiales para el proceso de restitución del inmueble arrendado..... 194
10.1.....
Breve referencia a la evolución histórica de las normas reguladoras del contrato de arrendamiento 195
10.2. Finalidad del proceso de restitución del inmueble arrendado 198
10.3.....
La restitución de inmuebles..... 199
10.3.1. .....
Competencia..... 200
10.3.2. .....
Demanda de restitución de la tenencia 204
10.3.3. .....
Notificación de la demanda..... 207
10.3.4. Cargas del demandado en el proceso de lanzamiento 209
10.3.5. .....
La sentencia..... .221
10.4.....
Las mejoras y el derecho de retención en el proceso de restitución de tenencia 223
10.5..... El derecho del demandante para solicitar medidas cautelares en desarrollo del art. 2000 del C. C.....226
10.6.....
Las diligencias de inspección judicial y de restitución provisional judicial 230
10.7..... La lealtad procesal y el proceso de restitución de tenencia por arrendamiento

13.4.....
Disolución y liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia la nulidad del matrimonio o del divorcio **254**
13.5.....
La muerte como causa de no procedibilidad en el proceso de nulidad de matrimonio..... **.....260**
14...... 1
isposiciones especiales para el proceso de divorcio..... **262**
14.1.....
Precisiones en tomo al divorcio 262
14.2.....
Competencia para conocer de este proceso. 265
14.3.....
El proceso de divorcio..... **266**
14.4. La demanda de reconvención en el proceso de divorcio. 271
14.5.....
La caducidad en el proceso de divorcio **272**
14.6.....
Persistencia de la causal de divorcio **275**
14.7. Causas específicas de no procedibilidad del proceso de divorcio.
.....277
14.8 El divorcio de común acuerdo ante notario..... **282**
14.9. .....
El proceso de separación de cuerpos..... **284**
14.10.....
El proceso de separación de bienes **293**

1..... 30
Generalidades..... 7
2. Asuntos adscritos al trámite del proceso verbal sumario 307

4.....
Disposiciones especiales para algunos procesos verbales sumarios.....
.....320
4.1. Lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales 320
4.2.....
Prestación, mejora y relevo de cauciones y garantía 321
4.3.....
Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo 323
4.4.....
Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa.....327
5.....
Rehabilitación del inhabilitado 333
6.....
Disposiciones especiales para el proceso de alimentos.....335
6.1..... Aspectos generales .....'.
.....335
6.2..... La

Capítulo V

PROCESOS DECLARATIVOS ESPECIALES

1. El proceso de expropiación 353
1.1. Generalidades 353
1.2. Objeto del proceso de expropiación. 354
359
1.3 Tramite del proceso de

1.3.1.....
La entrega anticipada del bien expropiado..... **364**
1.3.1.1. .....
Desarrollo de la diligencia de entrega **368**
1.3.2. La apelación de la sentencia que decide sobre la expropiación...
.....;..... 375
1.3.3.....
La indemnización por lucro cesante **377**
1.4. I
a ley **1742** de diciembre **26** de **2014 .....379**
2.....
El proceso de deslinde y amojonamiento **382**
2.1. .....
Generalidades **382**
2.2. .....
La competencia **385**
2.3. .....
Diligencia de deslinde **389**
2.3.1.....
Las mejoras en el proceso de deslinde.....**397**
3.....
De los procesos divisorios **400**
3.1. .....
Generalidades **400**
3.2. .....
Competencia.....**403**
3.3. .....

Capítulo **VI** DE LAS ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO

1. .....
Aspectos generales 433
1.1. Diferencias esenciales entre la acción popular y la acción de grupo.....435
1.2. Disposiciones comunes aplicables a los dos procesos 438
2. .....
Las acciones populares.....443
2.1. .....
Partes dentro de este proceso.....443
2.2. .....
Competencia para su conocimiento 443
2.3. Requisitos de la demanda para promover una acción popular. El señalamiento de quien tiene la calidad de demandado. Su admisión 447
2.4. .....
Los medios exceptivos en las acciones populares 451
2.5. .....
El pacto de cumplimiento 452
2.6. .....
La sentencia en la acción popular 457
2.7. .....
El régimen especial de recursos.....459
2.8. .....
La coadyuvancia en las acciones populares.....460

Capítulo **VII** DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

1. .....
Generalidades, importancia, objeto.....485
2. .....
Título ejecutivo: concepto y origen 492
3. .....
La confesión ficta como título ejecutivo 504
4. .....
Contenido del título ejecutivo 507
5. .....
La unidad del título ejecutivo 511
6. .....
Tramite del proceso ejecutivo 513
6.1. .....
Generalidades 513
6.2. .....
La demanda ejecutiva.....515
6.2.1. La demanda por obligaciones de dar sumas de dinero 517
6.2.2. Forma de demandar los intereses en proceso de ejecución 518
6.2.3. .....
Obligaciones de dar bienes distintos de dinero.....525
6.2.4. .....
Obligaciones de hacer.....529
6.2.5. ..... La petición de perjuicios compensatorios y moratorios en las ejecuciones de dar y de hacer.....529
6.2.6. Obligaciones de no hacer y por obligación condicional....

7.5. .....
Mandamiento ejecutivo por obligaciones de no hacer 562
7.6. .....
La ejecución subsidiaria por perjuicios.....563
7.7. .....
El incidente de regulación de perjuicios 565
7.8. El trámite del proceso de ejecución una veznotificado el mandamiento ejecutivo 569
7.9. ..... La reforma de la demanda ejecutiva 572
8. Las excepciones perentorias en el proceso ejecutivo 573
8.1. .....
Objeto de las excepciones.....573
8.2. ..... De las excepciones en la parte general del Código de Procedimiento Civil 575
8.3. Las excepciones previas en el proceso ejecutivo. Procedencia 577
8.3.1.....
Trámite de las excepciones previas 578
8.4. Las excepciones perentorias en el proceso ejecutivo 579
8.4.1.....
Efectos de la proposición de excepciones perentorias en el proceso de ejecución..... 583
8.5. El origen del título ejecutivo y las excepciones perentorias 584
8.5.1. Las excepciones perentorias cuando el título ejecutivo

9.2. .....
Éxito parcial de las excepciones perentorias 603
9.3. .....
Negativa de las excepciones perentorias.....604
9.4. .....
La cosa juzgada frente a la sentencia que resuelve excepciones perentorias en el proceso ejecutivo 604
10. .....
La liquidación del crédito y de las costas..... 608
11. .....
El remate de bienes en el proceso ejecutivo..... 612
11.1. .....
Medidas preparatorias del remate 616
11.1.1.....
El avalúo de los bienes 616
11.1.1.1..... l
a práctica del avalúo 619
11.1.2.....
El avalúo de bienes con la modalidad de loteo.....625
11.1.3.....
Las medidas cautelares de embargo y secuestro.....627
11.2. .....
El auto que señala fecha para el remate 630
11.3. .....
La audiencia de remate. Los postores 637
11.3.1.....
El remate por juez comisionado 648
11.3.2.....
El remate por otros comisionados 650

13.3. ..... cumulación de procesos ejecutivos 698
14. .....
Disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real de prenda o hipoteca 701
14.1. .....
Generalidades acerca de la hipoteca 701
14.2. ..... El objeto de la garantía hipotecaria y el objeto del proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario 704
14.3. Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con hipoteca 705
14.4. El objeto del proceso ejecutivo con título hipotecario 706
14.5. .....
La demanda. Requisitos 709
14.5.1. ..... El demandado en el proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario 711
14.6. .....
Competencia y trámite para conocer del proceso ejecutivo para hacer efectiva exclusivamente la garantía real 723
14.6.1. ..... La práctica de las medidas cautelares de embargo y secuestro 725
15. .....
La citación de terceros acreedores en el ejecutivo con garantía hipotecaria o prendaria 727
15.1. .....
Efectos del vencimiento del plazo para que comparezcan los acreedores con garantía hipotecaria citados 730
16. .....

19.3. .....
xigibilidad de la obligación a cargo del otorgante de garantía y de la aseguradora garante dentro del mismo proceso de ejecución 762
20. I
os procesos ejecutivos para el cobro de deudas fiscales 764
20.1. ..... El proceso ejecutivo para el cobro de deudas fiscales diferentes a las administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales 765

CAPÍTULO vm

DE LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN

1. Generalidades **783**
2. El proceso de sucesión **785**
2.1. .....
Objeto **785**
2.2. .....
Naturaleza jurídica del proceso de sucesión **788**
2.3. Actuaciones anteriores a la iniciación del proceso de sucesión **791**
2.3.1. .....
Apertura y publicación del testamento cerrado **792**
2.3.2 Publicación del testamento otorgado ante cinco testigos **796**
2.3.3. I
a reducción a escrito del testamento verbal **797**
2.4. .....
Las medidas cautelares en el proceso de sucesión **801**
2.4.1. .....
Guarda y aposición de sellos **802**
2.4.2

2.7.2. l
l factor territorial en el proceso de sucesión 822
2.8. .....
La demanda en el proceso de sucesión 825
2.8.1. .....
Requisitos de la demanda 827
2.9. .....
Apertura del proceso de sucesión 835
2.10. .....
El reconocimiento de interesados 835
2.11. .....
Diligencia de inventarios y avalúos 840
2.11.1. .....
2.17. La suspensión de la partición y la exclusión de bienes de la mis-

3.....
Trámites adicionales en el proceso de sucesión **867**
3.1. .....
El requerimiento para aceptar la herencia..... **868**
3.2. .....
La aceptación de los acreedores del asignatario **869**
3.3. .....
Venta de bienes en el proceso de sucesión **870**
3.4. .....
El decreto de posesión efectiva de la herencia..... **875**
3.5. .....
La sucesión procesal dentro del juicio de sucesión..... **876**
6.....]
os procesos de disolución, nulidad y liquidación de sociedades .. 895

CAPÍTULO **IX**

DE LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. .....
Generalidades 903
2. Competencia para conocer del proceso de jurisdicción voluntaria _ 906
3. .....
Trámite del proceso de jurisdicción voluntaria..... 907
4. .....
Disposiciones especiales para algunos procesos de jurisdicción voluntaria 510
4.1. .....
Licencias o autorizaciones 910
4.2. .....
Reconocimiento de Guardador Testamentario..... 914
4.3. .....
Declaración de ausencia 918

CAPÍTULO X EL PROCESO PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO O EXEQUÁTUR

1. ..... Aspectos 93
Generales .....: 1
2. Requisitos para que pueda darse el 93

CAPÍTULO **XI** LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.....
Generalidades..... 953
1.1.....
El concepto de medida cautelar..... 956
1.2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Su finalidad.... 957
1.3.....
Medidas cautelares y proceso cautelar 960
1.4.....
Medidas ejecutivas y medidas cautelares 963
1.5.....
Características de la medida cautelar 965
1.6.....
Requisitos para decretar las medidas cautelares..... 968
1.7. Referencia histórica al desarrollo de las medidas cautelares... 970
1.8..... La necesidad de ampliar el radio de acción de las medidas cautelares 971
2. Las medidas cautelares en el código general del proceso 975
2.1.....
El embargo de bienes 976
2.1.1. .....
Práctica del embargo de bienes sometidos a registro y, en especial, de inmuebles.....979
2.1.2. .....
El embargo de mejoras 981
2.1.3. .....
El embargo de créditos 982

3.1.2. La práctica del secuestro de establecimientos de comercio o empresas industriales o mineras 1002
3.1.3. ..... E
l embaído y secuestro de vehículos automotores.....1004
3.2. L
a oposición a la diligencia de secuestro 1006
4.....
Levantamiento de las medidas de embargo y secuestro 1011
5.....
Bienes que no pueden embargarse ni secuestrarse 1024
5.1 Los bienes sometidos ..... a fiducia y su embargabilidad..... 1039
6.....
Disposiciones especiales para las medidas cautelares en los procesos declarativos 1051
6.1 .....
La inscripción de la demanda.....1052
6.1.1. .....
Consideraciones preliminares.....1052
6.1.2. .....
Oportunidad para decretar el registro de la demanda 1058
de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes 1087
11.1. .....
Prelación de las medidas cautelares decretadas en los procesos de ejecución sobre las de los procesos de liquidación 1091
11.2. El incidente de

11.3. l
a ley de afectación a vivienda familiar y las medidas cautelares 1095
i 1.4. Las medidas cautelares personales.....1096
12. l
isposiciones especiales para los embargos y secuestros dentro del proceso ejecutivo 1098
12.1. ..... La caución para garantizar los perjuicios que ocasionen las medidas cautelares en el proceso ejecutivo..... 1104
12.2. ..... La caución para impedir o levantar embargos en el proceso ejecutivo H06

Capítulo **XII** LAS CAUCIONES

1. .....

Ciases de cauciones 1110
1.1. .....
Las cauciones reales.....1U0
1.2. .....
La caución bancana.....1114
1.3. .....

ÍNDICE ANALÍTICO 1128
BIBLIOGRAFÍA .. 114

CAPÍTULO I

DE LOS PROCESOS EN PARTICULAR

"Aunque nos ronde la tentación de la millonada debemos dejarla correr hacia sus naturales poseedores, que son los geniales y los aventureros, los grandes descubridores y los hombres de presa.

Nosotros estamos tan distantes de los unos como de los otros y nuestra grandeza radica en merecer la confianza de ambos, sin ser consocios de ninguno

Angel Ossorio y Gallardo

1. GENERALIDADES

La tradicional estructura de la legislación procesal colombiana evidencia, en los diferentes estatutos procesales, similar orientación en lo que al orden de presentación de las materias que en ellos se tratan concierne y es así como inicialmente, en lo que se denomina parte general, se desarrollan las normas destinadas a regular una serie de conceptos que deben ser observados en todos las diferentes clases de procesos que se consagran, mientras que en la llamada parte especial lo hace con relación a los pasos y requisitos que en estos últimos se deben seguir.

En efecto, el Código General del Proceso, al que en adelante me referiré como CGP, tipifica en los artículos 1 a 14 unas "DISPOSICIONES GENERALES" y luego de ellas divide la materia en cinco libros, a saber: 1) Sujetos del Proceso; 2) Actos Procesales; 3) Los Procesos;[1] 4) Medidas Cautelares y Cauciones y 5) Cuestiones Varias.

Adelantaré fundamentalmente el estudio de los tres últimos libros con especial énfasis en el tercero, el de los procesos, recordando que como en estos se aplican todos los principios generales contenidos en los restantes libros del Código, en especial de los dos primeros, es de evidente importancia el cabal entendimiento de los temas desarrollados en la parte general, pues de lo contrario varios de los que aquí se han de tratar pueden resultar de difícil comprensión.

Es necesario recalcar que sin el adecuado y profundo estudio de las disposiciones de la parte general, no es posible comprender cabalmente las normas que regulan los trámites de los procesos en particular. Al ser el Código un todo orgánico resulta imprescindible ese conocimiento previo para el análisis de los diferentes procesos, pues las nociones de la parte general encuentran la razón de ser y su marco de aplicación en el desarrollo de estos.

1 Francesco CARNELUTTI advierte que "proceso y procedimiento, en el uso corriente tienen el mismo significado, pero por exigencias de la ciencia del *derecho* adquieren dos significados diversos; proceso sirve para denotar el conjunto de actos que se desarrollan por el cumplimiento de la ley; procedimiento significa, en cambio, el modo de, su desarrollo; en otras palabras, su vinculación causal." Cff. *Derecho Procesal Civil Penal,* 1.1, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1963, pág. 78,

De otra parte, resulta complejo, por decir lo menos, abordar las disposiciones de la parte especial si se ignoran las nociones básicas del derecho sustancial privado, ora el civil, ya el comercial o el de familia. El sistema procesal civil busca la realización de esas normas cuando se pretende desconocer los derechos que ellas tutelan; de ahí que sea labor infructuosa tratar de asimilar las disposiciones de la parte especial del estatuto procesal civil sin el conocimiento de las instituciones sustanciales que desarrolla el derecho procesal.

Si recordamos la regla de oro del sistema procesal colombiano según la cual "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", consagrada en el art. 11 del CGP y tomada para informar el art. 228 de la Constitución Política de 1991[2], se entenderá el porqué de mi afirmación.

Si, v. gr., se trata del análisis de las disposiciones procesales que regulan el proceso verbal de pago por consignación, o el de restitución de tenencia por arrendamiento, es claro que si previamente no nos informamos de todo lo atinente al desarrollo sustancial de tales instituciones, se haría imposible aplicar los artículos de la parte especial del CGP, que carecerían de lógica sin dicha integración.

Por tal razón, el desarrollo de la parte especial del curso de derecho procesal civil implica esfuerzo adicional para profesor y alumnos, consistente en el repaso obligado de numerosos temas propios de las cátedras de derecho privado.

2 Recuerdo que la Constitución de 1991 en el art. 228, se basó en el derogado art 4º del C de P.C. que señalaba lo que se contempla hoy en el art

Y es que, para dar dos ejemplos, no se podría entender, en el proceso de ejecución, el alcance de una sentencia de prelación o de graduación de créditos sin tener clara la noción de acreedor quirografario o la del privilegio en el crédito. No es posible explicar el proceso de pertenencia sin que conozcan adecuadamente los conceptos de prescripción adquisitiva ordinaria, extraordinaria y agraria.

Si se tratara tan sólo de estudiar los pasos de cada tipo de proceso, se desnaturalizaría la esencia de la materia que conllevaría una cátedra inútil, porque se convertiría en la innecesaria memorización de esquemas y términos que nada aportarían y minimizarían su alcance, que exige no sólo el conocimiento de la parte general del derecho procesal sino, además y esencialmente, la del derecho sustancial correspondiente.[3]

Así como los denominados sustancialistas puros son nocivos para el adecuado ejercicio de la función de abogado, por que estiman que el derecho procesal es adjetivo y vislumbran el problema pero ignoran cómo resolverlo, también lo son, quizá en mayor grado, los procesalistas puros, para quienes la sola

3 Si el curso de procesal civil especial se limitará a explicar el esquema de cada clase de proceso en verdad, como algunos lo han dicho, sobraría la materia y bastaría que al estudiar los temas sustanciales se hiciera la referencia pertinente; por ejemplo en bienes se estudiarían los procesos posesorios y de pertenencia; en familia los de divorcio y separación y así sucesivamente. Recuerdo con horror las clases de "procesal especial" en las que el profesor se limitaba a señalar los esquemas de cada proceso: demanda, días de traslado, días de apertura a pruebas, termino de alegatos etc., y el examen final consistía en repetirlos de memoria, aquí si vale la expresión, cual lora mojada. Creo, sin falsas modestias que si en algo he podido contribuir al desarrollo del derecho procesal en Colombia, es en haber sido adalid para erradicar tan sofisticada forma de tortura y volver racional el

aplicación del derecho procesal es suficiente para solucionar los debates jurídicos. Lo único cierto es que sólo el conocimiento de las dos ramas, armónicamente desarrolladas, permite un enfoque completo y responsable de los problemas que deben resolverse por medio de los procedimientos.

Un sistema legislativo ideal en materia procesal civil sería el del proceso único. Empero, esto, como toda cuestión ideal, es impracticable, debido a las grandes diferencias de contenido de las pretensiones que deben resolver los jueces (comerciales, de familia, agrarias, civiles propiamente dichas, etc.). Por ello es necesario señalar distintos tipos de procedimiento para *tramitar* las diversas clases de controversias, atendiendo al contenido de las pretensiones, a la cuantía y a la calidad de las personas que en ellos intervienen; pero se debe intentar agrupar los asuntos afines para evitar la proliferación de procedimientos especiales que tanto daño hacen a la administración de justicia y para lograr un justo medio que garantice un sistema procesal claro y, sobre todo, práctico.

Y es que no es conveniente el extremo de diversificar demasiado los trámites, sin tener en cuenta que muchas controversias, que en su contenido son sustancialmente diferentes, pueden adelantarse por un mismo proceso, pues el hecho de ser disímiles las pretensiones no implica en modo alguno la imposibilidad para ser adelantadas en forma igual, por ser errado el criterio que pregona que a cada tipo de petición se le debe adscribir, casi siempre, un procedimiento especial, cuando lo que debe prevalecer para clasificar los procesos es el contenido general de las pretensiones, su finalidad y no el análisis concreto de cada tipo de ellas; esta es la razón para que sea perfectamente posible agrupar tipos de

pretensiones y establecer un proceso similar para tramitar las más diversas.

El legislador del derogado Código de Procedimiento Civil de 1970, consciente de ese grave error, simplificó el sistema que regía y, en consecuencia, delineó varios tipos básicos de procedimiento para tramitar múltiples controversias que antes requerían de numerosos procesos, pero faltó mayor reducción de ellos, labor que profundizó y mejoró el CGP.

El CGP, acorde con estas directrices, adopta cuatro tipos básicos de procesos:

a) Los declarativos que voy a denominar generales, que comprenden el verbal y el verbal sumario; los declarativos estos si mencionados como especiales que son expropiación, deslinde y amojonamiento, divisorio y monitorio[4].

b) El de ejecución.

c) Los de liquidación, integrados por los procesos de sucesión, liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales por causa distinta de la muerte de los cónyuges o de los compañeros permanentes y nulidad, disolución y liquidación de sociedades y los de insolvencia de la persona natural no comerciante.

d) Los de jurisdicción voluntaria.

4 Ciertamente, como anotación anticipada, pues ya tendré ocasión de referirme a fondo al punto, el único error en el que se incurrió en contravía de esa tendencia, fue agregar el proceso monitorio, producto de la veleidad jurídica de algunos miembros de la comisión, que con esfuerzos dignos de mejor causa, lograron que se consagrara el tortuoso e innecesario trámite, cuya finalidad, sin tanta algarabía, se logra eficientemente con el interrogatorio de

No obstante, mantengo la preocupación por la tendencia legislativa a crear procedimientos, cuando se regula una nueva situación o se trata en forma novedosa un' antiguo fenómeno jurídico; lo indicado es encuadrar dentro de los procesos que ya existen, el aspecto sobre el que se quiere legislar.

Infortunadamente poca atención se presta a la anterior recomendación y es así como ignorando el carácter instrumental que tiene el derecho procesal y tal vez aún influidos por la concepción clásica savigniana acerca de que el derecho de acción es reflejo del derecho sustancial, cuando existen nuevas regulaciones de tal carácter, la tendencia es a señalar dentro de ellas el correspondiente procedimiento, actitud con la cual sólo se viene a crear incertidumbre proveniente de los conflictos que genera la aplicación de innecesaria legislación.

Menester es recordar que unos adecuados sistemas procesales sirven para que por su intermedio se resuelva todo tipo de conflicto, sin que importe siquiera la índole de la jurisdicción a la cual pertenece el mismo, especialmente cuando se ventilan relaciones que encuentran fuentes comunes como son las contencioso-administrativas, las laborales, las agrarias y las de familia. El hecho de especializar jueces, que no otra cosa es la que se hace cuando se crean jurisdicciones (recuérdese expresión sinónima de competencia por ramas), o cuando se establecen competencias especializadas, no puede determinar la necesidad de que a cada jurisdicción se le dé su respectivo código de procedimiento.

En absoluto, con los de procedimiento penal y el CGP basta y sobra, de ahí que llamo la atención acerca de la necesidad de

erradicar esta censurable tendencia propia de lo que con acierto se ha denominado la hiperinflación legislativa en Colombia.

Y es que, piénsese, ¿qué diferencia puede existir en el trámite de un proceso verbal de resolución de un contrato, por el hecho de que este sea laboral, civil, comercial o agrario? ¿En qué se puede justificar la disparidad de trámites para una responsabilidad civil contractual o extracontractual por el hecho de que el competente sea la justicia contencioso-administrativa o la civil o la agraria?

2. LOS PROCESOS DECLARATIVOS

Dentro de los procesos de jurisdicción contenciosa ocupa lugar preponderante el proceso cognoscitivo o de conocimiento, también llamado declarativo, denominación que acogió el CGP, mediante el cual se busca que el juez, una vez haya analizado el material probatorio en cada caso, profiera sentencia conforme a la pretensión aducida en la demanda, o absuelva al demandado, según lo que se haya podido probar, el que tiene como nota característica dominante el hecho de que existe falta de certeza acerca del derecho cuya declaración se pide y se quiere con la sentencia poner fin a la incertidumbre.

El proceso declarativo puede ser declarativo, constitutivo o de condena, según que la pretensión contenida en la demanda tenga alguna de estas características, sin perjuicio de que se acumulen esas solicitudes, tema analizado a fondo en el tomo primero[5]. Así, el proceso verbal en que se solicita el reconocimiento de

5 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2016, páginas 319 a 325.

la calidad de hijo extramatrimonial, será un proceso cognoscitivo declarativo; el proceso verbal en que se pide la declaración de divorcio, será cognoscitivo constitutivo y el verbal en que se solicite una condena por responsabilidad civil extracontractual será cognoscitivo de condena.

Estos ejemplos evidencian el amplísimo campo del proceso de cognición, circunstancia que permitió decir a CARNELUTTI[6] que "ha sido en el estudio del proceso contencioso de cognición donde se ha elaborado el mayor número de conceptos y se han descubierto el mayor número de principios; por los cuales está compuesta la moderna ciencia del derecho procesal. Gran parte de tales conceptos y de tales principios se han mostrado después como útiles para el conocimiento de los otros tipos de proceso: esto es, para el estudio del proceso de ejecución y del proceso voluntario".

El CGP, en el libro tercero, sección primera, utiliza el nombre de "proceso declarativo"; es bueno aclarar que no puede entenderse la expresión como si sólo se ventilaran por tal sistema las pretensiones declarativas, puesto que, sin duda alguna, dicha locución se emplea como sinónima de proceso de cognición; por consiguiente, aquéllos que el Código denomina *procesos declarativos* son los que la doctrina universal señala como *procesos cognoscitivos*, término éste que hubiera sido más técnico para denominar esa parte del Código.

Sin embargo, no hay que desconocer que cuando se toma la expresión *proceso declarativo* como sinónima de *proceso cognoscitivo,* se tiene presente que todo proceso cognoscitivo (sea

6 CARNELUTTI Francesco, ob. cit., pág. 79.

de condena, declarativo puro o constitutivo) implica una declaración, aun cuando ella encierra diversas consecuencias.[7]

2.1. *Clasificación de los procesos de cognición o declarativos en el Código General del Proceso*

El Código clasifica como procesos declarativos a secas, el verbal y el verbal sumario y como procesos declarativos especiales el de expropiación, el de deslinde y amojonamiento, el divisorio y el monitorio, clasificación que, en general, es correcta.

Con todo, disiento que se ubique dentro del campo del proceso de cognición al de expropiación, pues, como se verá más ampliamente al estudiar este tipo de procedimiento, tiene las características de proceso ejecutivo y no de proceso de cognición, máxime si se tiene en cuenta que en él no se admiten excepciones (CGP, art. 399 N, 5º), y que se toma como base la existencia de una resolución de expropiación en firme, lo que lo toma en eminentemente ejecutivo, pues el juez sólo cumple la orden de expropiación cuyo contenido es el de una obligación clara, expresa y exigible que debe observar quien.va a ser expropiado, es decir existe completa certeza.

Así mismo, no estoy de acuerdo con la ubicación de los procesos divisorios dentro de la modalidad de los declarativos, por cuanto sus características permiten reputarlos estrictamente

7 ALSINA Hugo, *Tratado teórico y práctico de derecho civil y comercial,* 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1963, pág. 465, para quien si bien es cierto que la tructura del proceso es idéntica, "los efectos de la sentencia son distintos, porque en unos el interés del actor se satisface con la declaración, en tanto que en otros puede ser necesaria la ejecución".

como procesos de liquidación, ya que en ellos, al fin y al cabo, no se hace otra cosa distinta de liquidar una comunidad.

Sería particularmente útil, dada la necesidad de corregir estos errores, que en futuras reformas del Código se reubiquen estos procesos para que, atendida su naturaleza jurídica, queden donde les corresponde, con lo cual se prestaría un valioso servicio a la técnica que debe regir el estatuto procesal, aun cuando debe advertirse que la circunstancia de estar mal ubicados no implica que su regulación sea equivocada, aisladamente considerados.

Es de resaltar que no se agota la gama de procesos declarativos con los mencionados, pues igualmente se predica ese carácter de otros que han sido creados por disposiciones especiales, tal como sucede, por ejemplo, con las acciones populares y las de grupo previstas en la ley 472 de agosto de 1998.

3. EL PROCESO EJECUTIVO

Base fundamental de la organización judicial de un país la constituye el respeto a los derechos de sus habitantes, de ahí que las autoridades y, para efectos de este estudio las jurisdiccionales, deben estar facultadas y en efecto lo están, para hacer reconocer, aun por la fuerza, los derechos de los asociados a cuyo cumplimiento se muestra renuente el obligado, siempre que consten en el denominado *título ejecutivo.*

El instrumento central con el cual se ha dotado a las autoridades jurisdiccionales para llevar a cabo tan trascendental mi

sión, es el proceso ejecutivo[8], por medio del cual se procura el cumplimiento forzado de la obligación plenamente reconocida o establecida y no atendida en su debida oportunidad por el deudor.

El procesalista Horacio Bustos[9] destaca la necesidad de regular el proceso ejecutivo "como uno de los medios de conseguir la paz jurídica", ya que de no existir este proceso, "se crea el riesgo del rompimiento, tal vez violento, de las relaciones con el acreedor... El Estado debe, pues, garantizar necesariamente, por intermedio de la función jurisdiccional, el cumplimiento de las obligaciones mediante un sistema procesal adecuado".

Mientras en el proceso cognoscitivo se persigue la declaración del derecho, bien sea porque éste aún no se tiene, o porque existe duda en cuanto a su titularidad, en el proceso de ejecución se parte de la base de un derecho cierto, exigible, contenido en el título ejecutivo, que en ocasiones puede ser también una providencia de condena proferida en un proceso cognoscitivo; estos dos tipos de procesos, no obstante ser distintos, a veces pueden ser tramitados en un mismo expediente, porque el Código prevé la figura de la ejecución en proceso ejecutivo tramitado a continuación del juicio cognoscitivo que culminó con sentencia de condena para darle observancia a la misma (CGP art. 306).

Existe otra nítida diferencia entre estos dos tipos básicos de procesos: mientras en el cognoscitivo la carga de la prueba

8 Puede decirse que el proceso ejecutivo es el más importante de los procedimientos de ejecución, de manera que no puede olvidarse que con similar finalidad se consagran otros, tales como la diligencia de entrega.

9 BUSTOS BERRQNDO Horacio, *Juicio Ejecutivo, Buenos Aires*, Edit. Pla- tense, 1970, pág. 3.

corresponde al demandante por cuanto se parte de la base de la inocencia del demandado, en el juicio ejecutivo esa carga se traslada íntegramente al demandado que, como bien anota Alcalá Zamora,[10] "Si no se destruye o contrarresta la fuerza, por así decirlo, acusadora del título, quedará en pie frente a él la presunción de culpabilidad", lo que explica por qué en el proceso de ejecución no operan los principios generales que se consagran para los procesos declarativos en materia de proposición y declaración oficiosa de excepciones y es siempre carga del ejecutado proponer los hechos exceptivos dentro de la precisa ocasión prevista para hacerlo.

En este afán de búsqueda de las diferencias entre estos dos procesos, inclusive se llegó a negar el carácter de jurisdiccional al proceso ejecutivo. Hoy nadie discute sobre el carácter jurisdiccional del proceso ejecutivo.

Jaime Guasp[11] dice que el ejecutivo es un "auténtico proceso, ya que en él interviene el juez en cuanto tal. La misión del juez en la ejecución expropiativa, como en cualquiera otra ejecución, no es la de emitir declaraciones de voluntad sino la de realizar conductas físicas. Pero, desde el momento en que esas conductas físicas han sido solicitadas por un particular, al que el órgano jurisdiccional trata de satisfacer, actuando o negándose a la actuación de lo que pide, el proceso se aplica, sin dificultades, a esta manifestación de la actividad judicial".

10 ALCALÁ ZAMORA Niceto, *Derecho procesal mexicano,* L II, México, Ed. Porrúa, 1977, pág. 205.

11 GUASP Jaime, *Derecho procesal civil,* t.]U, Madrid, Instituto de Políticos, 1968, pág. 199.

Estoy de acuerdo con Guasp en que el ejecutivo es un proceso y que en él se desarrolla una actividad jurisdiccional, pero no lo puedo estar en cuanto afirma que el juez sólo realiza conductas físicas y no emite declaraciones de voluntad, pues entonces la conclusión sería precisamente la contraria de la que con tales argumentos se trata de sostener. No. El juez, tanto en el proceso de cognición como en el proceso ejecutivo, emite declaraciones de voluntad; que en ocasiones se concreten, como lógicamente debe acontecer, en conductas físicas, es algo que jamás permite desconocer la causa de la conducta.

Camelutti[12] confiesa que inicialmente negó el carácter jurisdiccional al proceso ejecutivo. Su posición al respecto era la siguiente: "Quien contempla el símbolo de la justicia, compuesto por la balanza y por la espada, está tentado a interpretarlo en el sentido de que los dos símbolos representan, respectivamente la convicción y la ejecución; yo mismo he dicho varias veces que la figura típica del proceso cognoscitivo es el juez, y la figura típica del proceso ejecutivo es el verdugo: el juez condena y el verdugo ejecuta. Pero ¿por qué razón apenas el proceso penal supera la fase primitiva, un juez o, al menos un magistrado, asiste a la ejecución capital? El verdugo es el brazo que maneja el hacha; pero, en verdad, es el juez quien valiéndose de aquel brazo, mata. Si de ese paradigma que hemos sacado del derecho penal para darle un carácter más categórico al discurso, volvemos a la materia civil, basta un conocimiento superficial del Código para mostrar que es

12 CARNELUTTI Francesco, ob. cit., pág. 329.

siempre el juez la figura central del oficio judicial, también cuando provee la ejecución".[13]

El proceso ejecutivo teóricamente debe ser más rápido que el de conocimiento, por cuanto aquel parte de una base que éste no tiene: la certeza de la existencia de un derecho cierto, exigible y claro o, por lo menos, la presunción de que el derecho tiene esas cualidades, tal como sucede en la ejecución con base en una póliza de seguros cuando el asegurador no objetó la reclamación dentro del mes siguiente contado a partir de la presentación de ésta (C. de Co., art. 1053); no obstante es una amarga realidad comprobar que un proceso ejecutivo cuando se presentan excepciones perentorias, requiere en las dos instancias, el mismo tiempo que un declarativo y únicamente debido a que no está previsto para ellas el recurso de casación es por lo que se reduce el tiempo propio para su decisión final.

Lo anterior porque en el sistema colombiano es innegable que el proceso ejecutivo no se limita a hacer efectiva la obligación contenida en el título ejecutivo de acuerdo con lo solicitado por el demandante, sino que, si se formulan excepciones su naturaleza será la de un proceso de cognición, porque se controvierte el aparente derecho, de ahí que sea un verbal al revés, pues la sentencia que las resuelve puede tener un contenido idéntico a la que se profiere en un proceso verbal.

13 En el mismo sentido Salvatore SATTA, *Manual de derecho procesal civil,* vol. II, Buenos Aires, Ejea, 1971, págs. 13 y 14, quien luego de aceptar el carácter jurisdiccional del proceso ejecutivo pone de presente "la diferencia que tiene con el de cognición indicando que mientras que en el proceso de cognición se trata de establecer una normativa (del caso concreto), en el proceso de ejecución se trata de adecuar una realidad a una normativa ya establecida sustituyendo la voluntad del deudor o, más en

Veamos un ejemplo: si existe un documento escrito que contiene un negocio jurídico que da cuenta de una obligación que podría ser objeto de un proceso ejecutivo y el deudor, antes que se le ejecute, estima que ese negocio jurídico está afectado de nulidad, v. gr., porque existe un vicio del consentimiento, puede iniciar un proceso verbal para que se declare la nulidad. Empero, si antes de que lo haga, el acreedor lo ejecuta, podrá formular la excepción de nulidad y la sentencia que la resuelve, en caso de declararla probada, tendría idénticos efectos a la que se habría podido obtener en el proceso declarativo verbal.

4. LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN

Con esta denominación el Código de Procedimiento Civil comprende el proceso de sucesión, la liquidación de sociedades conyugales o entre compañeros permanentes por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges (bueno es aclararlo, cuando no se ha decretado la misma dentro de un proceso de divorcio, separación de bienes, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio), la disolución, nulidad y liquidación de sociedades y la insolvencia de la persona natural no comerciante.

Se quiso agrupar procesos que, más que la declaración de derechos o su ejecución, persiguen la finalización de relaciones jurídicas patrimoniales que provienen de vínculos de consanguinidad, del testamento, del contrato de matrimonio, del contrato de sociedad o de negocios jurídicos, con el fin de que mediante la actuación judicial se determine que una vez disuelta la sociedad y establecidos los bienes relictos o el capital social, se efectúe la distribución del patrimonio (activo y pasivo) entre quienes tienen derecho al mismo.

Debe advertirse que dentro de estos procesos, los de nulidad y disolución de sociedades tienen, indudablemente, el carácter propio de los procesos cognoscitivos, pues la labor que realiza el juez no difiere de la que cumple, por ejemplo, en un proceso verbal, donde se persigue la nulidad del matrimonio o la de un contrato diferente al de sociedad; sin embargo, el legislador consideró que cuando se decretaba la nulidad o la disolución, fatalmente debía llegarse a la liquidación, fin último que se persigue con los mismos, por lo cual, y en atención a tal criterio, los reguló dentro de los procesos de liquidación.

Las razones anteriores ponen de presente, dado que son cabal y plenamente aplicables a los procesos divisorios, la impropiedad de haberlos ubicado como juicios declarativos porque son por excelencia procesos de liquidación, en los que se persigue tomar un determinado activo patrimonial que pertenece en común y proindiviso a varios comuneros para liquidar tal relación jurídica, entregando a cada uno lo que le corresponde.

Debe tenerse presente que considero como un proceso de liquidación el de sucesión incluso en el evento de que su conocimiento se adscriba al trámite notarial previsto en los decretos 902 de mayo 10 de 1988 y 1729 de agosto 3 de 1989, pues aun cuando los señores notarios se han mostrado reacios a aceptar que su función cuando desarrollan uno de estos trámites en nada difiere de la que corresponde al juez en el mismo caso, por estimar que ellos se limitan a ser fedantes de los trámites, es lo cierto que en nada se diferencian las actuaciones tan sólo determinadas por diversa competencia en el supuesto de que se quiera acudir a ellos cuando se da el común acuerdo, aspectos que profundizaré cuando se explique el proceso de sucesión.

Se advierte que existen otros procesos de naturaleza liquidatoria como los previstos en la ley 1116 de 2006 cuyo conocimiento se halla generalmente atribuido a la Superintendencia de Sociedades y excepcionalmente a los jueces (art. 6), mientras que las liquidaciones que corresponden a instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera se adelantan por ésta y que el proceso de insolvencia de la persona natural, que estaba desarrollado de manera autónoma en la ley 1380 de 2010, declarada en su totalidad inexequible por vicios de trámite, en sentencia de la Corte Constitucional de septiembre de 2011, llevó a que el mismo articulado de incorporará como parte de los procesos de liquidación en el CGP.

5. LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En la parte general de esta obra[14], explique que la aceptación doctrinaria de la denominada *jurisdicción voluntaria,* por oposición a la contenciosa, es materia de arduas discusiones y que nuestro legislador tomó partido por la tesis de la existencia de esta clase de procesos y los desarrolla en los art. 577 a 587 del CGP, que regulan el proceso de jurisdicción voluntaria, que se caracteriza porque en la mayoría de los casos sus sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada material, pues las mismas peticiones son susceptibles de volver a plantearse ante la autoridad judicial. Es esta diferencia la única que hoy se admite entre el proceso de jurisdicción voluntaria y el proceso contencioso.

14 LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Código General del Proceso,* Parte General, Tomo 1, Dupre Editores, Bogotá, 2017, páginas 157 a 160.

Es de resaltar que a partir de la vigencia del decreto 2272 de 1989 (Jurisdicción de Familia), los procesos adscritos a la denominada *jurisdicción voluntaria* quedaron para ser conocidos casi exclusivamente por los jueces de familia.

CAPÍTULO n

DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS O DE CONOCIMIENTO

"Aunque seamos abogados de empresas teatrales, no debemos frecuentar los bastidores, para no ser un elemento más mezclado en la farándula; aunque nos visiten mujeres hermosas no debemos galantearlas, para no descender de confesores a petimetres o viejos verdes".

Angel Ossorio y Gallardo

1. GENERALIDADES

El artículo 368 del CGP precedido de la expresión "PROCESOS DECLARATIVOS TITULO I PROCESO VERBAL", dispone que "Se sujetará al trámite establecido en este Capítulo todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial"[1], lo que significa que cuando no encontremos un trámite

1 Con esta disposición se cumple una básica labor de integración, pues se asegura que no puede existir litigio que no tenga un trámite especialmente señalado, porque a falta de indicación legal acerca del tipo de proceso a seguir, ya se sabe que el apto para **tramitar** la pretensión es el verbal. El mencionado artículo junto con el numeral de artículo 15 del CGP. se complementan admirablemente y a través de su aplicación queda garantizado que siempre existirá juez competente para conocer de toda controversia judicial, pues a falta de uno especialmente asignado, el juez del circuito civil

precisamente asignado para resolver determinada relación jurídica como el proceso ejecutivo, el de liquidación o el de jurisdicción voluntaria o uno con trámite especialmente señalado en norma externa al CGP como sucede con las acciones populares y de grupo y a falta de pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), se debe acudir necesariamente al proceso verbal si las pretensiones no tienen cuantía o, caso de que la tengan, sean de menor y mayor cuantía, debido a que si son de mínima se deben seguir los trámites del proceso verbal sumario tal como lo indica el art. 390 del CGP.

En otros términos, el trámite contemplado en los artículos 369 a 373 del CGP es el que rige para los procesos verbales de mayor y menor cuantía y para aquellos cuyas pretensiones no permiten realizar una estimación del monto económico de ellas, independientemente de las consecuencias económicas indirectas que pueda generar la sentencia, aspecto que es indiferente para estos fines.

En efecto, advierto que algunas peticiones, especialmente de las que conoce la jurisdicción de familia, que esencialmente se rige por el CGP, pueden tener consecuencias patrimoniales indirectas, circunstancia que para nada se toma en cuenta en orden a observar el trámite, que será siempre el mismo que se aplica a los procesos verbales.

Si, por ejemplo, como consecuencia de la declaración de hijo extramatrimonial se tiene derecho a una herencia, nada interesa el monto de ésta. Si como resultado de la declaración de indignidad se acrecienta la cuota sucesoral del demandante, el valor del beneficio es inocuo para efectos de determinar el trámite, que será siempre el señalado en los artículos 368 a 373 del CGP.

juez y por medio del art. 390 se garantiza un sistema procesal para el trámite de cualquier pretensión. En suma las dos disposiciones permiten al asociado saber que siempre contará con un juez competente y un trámite adecuado

También se consignan disposiciones especiales para algunos procesos verbales tales como los de rendición de cuentas y restitución de tenencia, entre otros, las que se deben aplicar dentro del marco general.

Empero, surge un interrogante que proviene de la circunstancia de que por disposición del art. 390 del CGP, todos "los asuntos contenciosos de mínima cuantía", se deben tramitar por el proceso verbal sumario, de modo que si alguno de los procesos que corresponden a esas normas, por ejemplo el de restitución de tenencia o el de pago por consignación es de mínima cuantía, en ese caso también debe ser acatada la disposición especial, debido a que las mismas son para todo proceso verbal y el verbal sumario forma parte del mismo.

2. TRÁMITE DEL PROCESO VERBAL

Presentada la demanda, si el juez la encuentra ajustada a derecho[2], proferirá al auto admisorio y correrá traslado al demandado por el término de veinte días que, por ser de días, se computan hábiles y que para el demandado empiezan a correr el día hábil

2 No obstante que de tiempo atrás llamé la atención sobre el punto, es menester resaltar que persiste la perniciosa costumbre de inadmitir las demandas por los más fútiles e ilegales motivos, cuando no con sibilinos autos donde abstractamente ordenan que se "corrijan los defectos de forma de la demanda" sin señalarlos, con la ingenua esperanza de que el demandante no corrija en tiempo y se descargue el juzgado del expediente al

siguiente al en que queda surtida la notificación personal directa o indirecta, es decir, por medio de curador ésta última, si se trata de ausente cuyo paradero se desconoce.

Recuérdese que el artículo 296 del CGR con relación al auto admisorio de la demanda permite, al establecer una excepción a la regla general, que el auto admisorio de la demanda que al demandado se le debe notificar de manera personal o por aviso, se notifique primero por estado al demandante.

Se pone de presente la costumbre contraria a la ley, de algunos juzgados, de exigir, para la admisión de la demanda, requisitos que el código no contempla. Debe tenerse en cuenta que para los procesos declarativos, como los verbales, salvo que una norma expresamente exija que se allegue un anexo especial con la demanda, no le es dado a los jueces inadmitidas sopretexto de que falta una prueba, pues la etapa probatoria subsiguiente es la adecuada para que se alleguen las pruebas dada la índole del proceso.

Así, por ejemplo, si se pide que se declare la nulidad de una escritura pública y el documento no está en poder del demandante, éste perfectamente puede solicitar que en la etapa probatoria se allegue la misma pidiendo que se oficie a la notaría para que la remita, si acredita que no le fue posible obtenerla de manera directa. No es correcto ni ajustado a la ley inadmitir la demanda para que previamente se allegue el documento, cuando no se trata de uno de los anexos que por ley deben acompañarse a la demanda.

Una vez realizada la notificación personal al demandado, le empiezan a correr dos términos: el de ejecutoria del auto admisorio de la demanda y el del traslado que se da con el mismo. Dentro del primero únicamente puede proponerse el recurso de reposición para solicitar la revocatoria o modificación; el de apelación no está previsto contra esta determinación.

Si prospera la reposición y como consecuencia el juez inadmite la demanda, el demandante puede corregir los errores que determinaron la inadmisión y el juez proferir nuevo auto admisorio de ella. En tal hipótesis no se requiere que esta providencia, así sea auto admisorio de la demanda, se notifique personalmente al demandado porque este ya es parte dentro del proceso y no se trata de la primera providencia que se le hace saber, de ahí que la decisión debe ser notificada por estado y al día hábil siguiente a su fijación empezará a correr el término del traslado de la demanda, sin que se requiera la entrega de anexos, pues ya estos reposan en poder del demandado.

Si como consecuencia del recurso de reposición se produce el rechazo de la demanda, una vez ejecutoriado este auto, que admite recurso de apelación, termina el proceso sin que genere efectos de cosa juzgada, lo cual pone de presente que el aspecto central del debate no ha sido objeto de pronunciamiento de fondo y que puede volver a ser planteada la controversia, sin que interese para nada que en la parte inicial del proceso haya intervenido la parte demandada.

Cabe advertir que de no prosperar el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, es viable proponer como motivos de excepción previa los mismos que no fueron acepta

das para reponer dicha providencia porque, infortunadamente, no existe prohibición expresa al respecto. Hace falta limitar las causales de excepción previa alegables mediante la proposición de incidente y prescribir que varios de esos motivos, en especial los que conllevan sustentación netamente argumentativa, sean alegados por vía de reposición debido a que por tan expedito medio, pueden corregirse determinados errores sin necesidad de acudir al trámite de la excepción previa.

Así, por ejemplo, si no se integró el litisconsorcio necesario, o si la demanda no reúne los requisitos legales, el demandado puede, dentro del término de ejecutoria del auto admisorio, proponer esas circunstancias para que se reponga la determinación, pero si no lo hace o si se decide el recurso desfavorablemente, le queda a salvo el derecho de ventilar idénticos aspectos por la vía de las excepciones previas, lo que a todas luces es inconveniente por generar demora en la actuación.

En todo caso debo dejar claramente sentado que mal proceden los jueces que se niegan a aceptar los planteamientos a través de la reposición, con el argumento de que sólo por la vía de la excepción previa es que pueden conocer, pues los dos sistemas no son incompatibles en este proceso.

Dentro del término de traslado de la demanda, como se explicó en la parte general[3], el demandado puede hacer uso de múltiples derechos, tales como contestar la demanda, proponer excepciones previas, denunciar el pleito, llamar en garantía, presentar demanda de reconvención, etc.; de ahí que el paso siguiente en el proceso verbal dependa del derecho o derechos que el demandado ejerza dentro del término del traslado, anotando que puede ocurrir que no utilice ninguno, pues no es obligatorio hacerlo.

3 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2016, Tomo 1, páginas 526 a 530.

Dispone el art. 370 del CGP que si en el memorial de contestación de la demanda el demandado propone excepciones perentorias, de dicho escrito "se correrá traslado al demandante por cinco días en la forma prevista en el artículo 110 para que éste pida pruebas sobre los hechos que en ellas se fundan".[4]

Por consiguiente es obvio que cuando existe contestación de la demanda pero sin que en ella se propongan excepciones perentorias, no habrá lugar al traslado pues debe quedar claro que este sólo es procedente cuando en el escrito de contestación se proponen aquellas, aspecto de simple confrontación que debe ser verificado por el secretario del juzgado.

Tal como lo dispone el art. 370, el objeto del traslado adicional es para que el demandante pueda pedir pruebas "sobre los hechos en que ellas (las excepciones perentorias) se fundan"; de ahí que las que pueden solicitarse dentro del término de ese traslado adicional deben encaramarse exclusivamente a desvirtuar los hechos en que aquellas se basan.

4 Este traslado no requiere que el juez lo decrete por auto. Siguiendo la regla contenida en el art 110, vencido el término de traslado de la demanda, el secretario debe hacer la fijación en lista por los cinco días de que habla la norma especial, previa la verificación de que la contestación contiene la proposición de excepciones perentorias. Recuerdo que a falta de plazo distinto, como en este caso sucede, los traslados son por tres días

No es ésta la oportunidad para subsanar las fallas que se han podido cometer en el escrito de demanda al solicitar las pruebas, ya que para remediar esos posibles defectos existe otro medio que es precisamente el de la corrección de la demanda que se puede utilizar inclusive hasta una oportunidad posterior a la del traslado adicional como lo señala el art. 93.

No obstante, reconozco que en no pocas ocasiones, dada la íntima relación que existe entre excepciones y hechos que sirven de base de las pretensiones, puede presentarse una situación dudosa acerca de cuál es la finalidad de la prueba pedida y frente a la incertidumbre que se genera, no vacilo en recomendar que se opte por decretar la prueba a fin de evitar innecesarias controversias que únicamente vendrían a alargar inútilmente el proceso, pues, al fin y al cabo, el demandante puede reformar su demanda, como ya se vio o, en últimas, el juez hacer uso de la facultad que le otorga el art. 170 del CGP y decretar la prueba de manera oficiosa.

Es más, por razones prácticas me inclino a sugerir que los motivos para este traslado no deberían condicionarse, de modo tal que el demandante libremente cuente con esta oportunidad adicional para aportar pruebas documentales o para pedir la práctica de otras, con lo cual, además, se evita reformar la demanda, una de cuyas posibilidades es solicitar nuevas pruebas, si las pedidas en este traslado no son admitidas.

Cuando se formulan excepciones previas otra de las posibilidades que tiene el demandado, se sigue el trámite establecido en el art. 101 del CGP y debe iniciarse simultáneamente pero de manera autónoma, lo que significa que los pasos deben darse

por separado, máxime si el traslado de las excepciones previas al demandante es por un lapso diferente, de tres días, mientras que para pedir pruebas respecto de las perentorias es de cinco días.

3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Uno de los ejemplos evidentes del fenómeno de acumulación de acciones, bastante raro por cierto, es el de la demanda de reconvención. Al presentarse la misma se acumulan, para ser tramitados en un solo proceso, los derechos de acción de sujetos de derecho que adquieren la doble calidad de demandantes-demandados, pero frente a relaciones jurídicas diversas, nota determinante de la posibilidad para reconvenir.

Por *reconvención* se entiende, como acertadamente lo explica ABRAHAM RICER, "un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexa con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso".[5]

No se debe confundir la reconvención con la excepción perentoria, porque son fenómenos completamente distintos, por cuanto, si bien es cierto que ambas las presenta el demandado, las excepciones van dirigidas a desconocer total o parcialmente las pretensiones del demandante, en tanto que la demanda de reconvención implica la formulación de una pretensión, originada en relación jurídica diferente, en contra de quien inicialmente tiene

5 Ricer Abraham, Enciclopedia jurídica Omeba TXXTV Ed. Omeba, Buenos Aires, pag 92.

la calidad de demandante y quien luego de presentada la reconvención, adquiere la doble calidad de demandante-demandado.

El CGP regula en el art. 371 la demanda de reconvención dentro del articulado destinado al trámite de la demanda del proceso verbal, que en principio, debería ser un tema de la parte general, lo que técnicamente no es correcto.

Empero, si se considera que en el CGP la misma únicamente es viable dentro del proceso verbal, con un criterio pragmático quedó bien ubicada, máxime si se tiene en cuenta que el proceso arbitral en el que también procede, el art. 21 de la ley 1563 de 2012 expresamente la contempla como propia en este proceso y debido a que no existe otra regulación adicional en el estatuto arbitral, se aplican los criterios que aquí explico.

Como lineamientos básicos, en orden a determinar la viabilidad de la reconvención, se tienen los siguientes:

a) Que se proponga por el demandado, contra el demandante, dentro del término de traslado de la demanda.

b) Que el juez también sea competente para conocer de la demanda de reconvención, salvo por la cuantía y el factor territorial.

c) Que las dos demandas sean susceptibles de tramitarse por el mismo tipo de proceso, sin que importe la cuantía, salvo expresa prohibición legal.

d) Que exista entre las dos demandas una relación tal, que de haberse presentado la reconvención en proceso separado "procedería la acumulación".

La demanda de reconvención como ejercicio del derecho de acción, es una facultad que puede o no ejercer el demandado según su conveniencia; si lo quiere hacer, el término oportuno es el mismo que tiene de traslado de la demanda, sin que para utilizar esta posibilidad sea necesario que se conteste la demanda y a la vez presente demanda de reconvención, por cuanto se trata de dos derechos diferentes que pueden ser utilizados o no según lo estime la parte demandada y la respuesta a la demanda no es condición para poder reconvenir.

El juez debe ser competente para conocer de la demanda de reconvención; aun cuando existe una importante ampliación de su competencia, en indudable desarrollo del factor de conexión, al prescribir el Código que, "sin embargo, podrá reconvenirse sin consideración a la cuantía y al factor territorial" esto es, que si se supone la presentación de esa demanda en proceso independiente, bien podría ser el juez competente uno distinto.

Tomemos, para ejemplificar esta situación, una demanda en que se exige el pago de peijuicios originados en responsabilidad civil extracontractual que se estiman de mayor cuantía, lo cual hace que la demanda se presente ante el juez civil del circuito de Bogotá, por ser este es el domicilio del demandado. Si el demandado desea presentar demanda de reconvención y el monto de las pretensiones de su demanda es de menor cuantía, el juez competente no sería, en principio, el de Circuito. Empero, en virtud de la expresa permisión del art. 371, se podría presentar esta

demanda ante el juez civil del Circuito de Bogotá, quien queda habilitado para conocer de una pretensión de menor cuantía, la cual normalmente corresponde al juez civil municipal en primera instancia.

Imaginemos, para dar otro ejemplo, que el demandante inicial es persona domiciliada en Cali y que sea competente para la nueva demanda, de ir por separado, en virtud del factor territorial y de la cuantía, el juez civil del Circuito de Cali; si se presenta reconvención, en este supuesto se hace caso omiso del factor territorial y la demanda puede presentarse ante el juez civil del Circuito de Bogotá, así el reconvenido, que respecto de la segunda demanda tiene la caüdad de demandado, esté domiciliado en Cali.

Se debe tener presente que la demanda de reconvención también es posible cuando la inicial demanda es de menor o aun de mínima cuantía, pues no faltarán quienes opinen que como el proceso verbal sumario conoce de asuntos de mínima cuantía se tramita en única instancia, lo que no es motivo admisible para considerar correcta esta interpretación, pues únicamente si existiera expresa prohibición legal de reconvenir sería viable.

Empero, como no existe la prohibición, carecería de lógica afirmar que en un proceso verbal de menor o de mayor cuantía se puede reconvenir por mínima cuantía, pero que en el caso inverso, es decir, cuando la demanda inicial es de mínima cuantía no puede reconvenirse, si las razones que justifican la posibilidad son las mismas. Lo que la ley persigue al permitir la reconvención es precisamente evitar la proliferación de procesos y si se presentan los requisitos para que se pueda dar la demanda de reconvención, no veo obstáculo legal alguno para que en el verbal

de mínima cuantía pueda reconvenirse con demanda de menor o mayor cuantía.

Las dos demandas deben ser susceptibles de tramitación por la misma cuerda, lo cual es obvio, pues si se tiene en cuenta que la finalidad de la demanda de reconvención es permitir que dos controversias se sustancien en un solo proceso, resultaría absurdo suponer dos actuaciones con trámites diferentes. Así, cuando se presenta demanda de reconvención en un proceso verbal, las pretensiones de esa demanda deben ser objeto del trámite verbal y no del ejecutivo o el de jurisdicción voluntaria, pues se trata de acumular demandas para adelantarlas por un proceso único, y no de conocer en un mismo expediente dos procesos de trámites diversos.

Se debe aclarar, en virtud de lo explicado sobre la demanda de reconvención de mínima cuantía, que cuando esta se presenta y el proceso, con base en la demanda inicial, es de mayor cuantía, deben ser tramitadas por las vías propias del verbal y no del verbal sumario, pues aunque el Código no lo dice expresamente, no otro puede ser el desarrollo de la disposición si se tiene en cuenta la clara permisión que para ampliar la competencia contempla el art. 371.

Por último, la demanda de reconvención "será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación", es decir, cuando los hechos, aun parcialmente, pueden ser comunes a las dos demandas, así generen diversas consecuencias y si las pruebas que se han de utilizar tienen también carácter común, aunque no necesariamente todas ellas deben serlo; en suma, cuando existan algunos puntos afines que justifiquen

el trámite unitario, porque si no existe alguna relación entre la demanda inicial y la demanda de reconvención, ésta no puede admitirse, por cuanto así el Código no lo diga expresamente- no queda duda alguna que el requisito esencial para la procedencia que se deduce del art. 371 que explico, es la *relación* entre los hechos o las pruebas de las dos demandas.

Será el juez, en cada caso concreto, el encargado de analizar las dos demandas para efectos de precisar si existe la relación que permita, en desarrollo del principio de la economía procesal, tramitar conjuntamente la reconvención y caso de que no la halle deberá rechazarla.

3.1. *La reconvención y las excepciones perentorias*

Es frecuente la confusión entre estos dos fenómenos procesales. En efecto, se estima que la reconvención viene, en cierta forma, a ser una excepción que el demandado propone, criterio equivocado porque lo que caracteriza a la excepción perentoria es que se dirige directamente contra el derecho alegado por el demandante, bien porque tal derecho no ha existido nunca, o porque existió pero se extinguió, o porque aún no es exigible; en cambio, la demanda de reconvención no va contra las pretensiones del demandante, sino que formula unas nuevas peticiones en su contra, quien, a partir de ese momento procesal, también adquiere la calidad de demandado.

En suma, con la reconvención no se pretende desvirtuar las pretensiones de la primera demanda. Si *A* formula una demanda en contra de *B* para solicitar el reconocimiento de una obligación de 500 millones dé pesos, y éste presenta demanda de reconven

ción en la que pide se declare que esa obligación no existe, o existió pero ya la pagó, no estamos frente a una pretensión propia de la demanda de reconvención, sino ante una excepción de perentoria, que debe tramitarse como tal y no como reconvención^

Muy diferente sería el caso si *B* contrademanda y solicita que se condene al demandante a pagarle 300 millones de pesos, que por concepto de peijuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual, originados en hechos distintos a los que sustentan la primera demanda, estima le corresponden, por cuanto en este caso formula pretensiones diferentes que no constituyen, ni ellas ni los hechos en que se basan, excepciones frente a la demanda inicial.

Si al dictarse sentencia prosperan las dos demandas, existe la posibilidad de una compensación parcial; pero este fenómeno es apenas una consecuencia de la demanda de reconvención frente a la demanda inicial, sin que sirva como base para ubicar la primera como excepción, por cuanto carece de la nota esencial de ésta, que es negar el derecho o su exigibilidad.

Es oportuno, para una mayor claridad sobre este espinoso asunto, recordar el trabajo de RICER, quien señala: “Si el demandado pretende únicamente que en la sentencia se desestime la demanda, total o parcialmente, bastará para ese propósito la excepción. Pero si además de ese rechazo pretende obtener una condenación del actor, hay ya allí una pretensión que debe hacerse valer por la vía de la reconvención. O sea que procede la excepción cuando el demandado se limita a oponerse a la pretensión del actor para obtener su rechazo, mas deberá articular la reconvención cuando pretenda también hacer actuar la ley para

obtener contra el actor una decisión fundada en razones de hecho y de derecho, que sean suficientes para funcionar con autonomía como sustento de una demanda".

Por último, advierto que es viable la demanda de reconvención cuando en un litisconsorcio activo (varias personas demandantes) la demanda se dirige contra todas ellas, pues no es viable hacerlo cuando tan solo se reconviene contra una o algunas de ellas. Deben serlo todas, como perentoriamente lo exige el inciso segundo del art. 371 al reiterar que se correrá traslado de la demanda de reconvención al demandante, empleando el término para significar que debe ser a dicha parte de manera integral, no tan solo parcialmente a algunos de ellos.

En este aspecto, la orientación del CGP es precisa al señalar que se puede reconvenir "contra el demandante", expresión que se emplea para significar que si dicha parte está integrada por varias personas, todas ellas son las demandantes y, por ende, la reconvención debe cobijarlas a todas. En este orden de ideas se tiene que si los demandantes son dos sujetos de derecho y quiero reconvenir, no me es posible hacerlo respecto de relación jurídica que concierna tan solo con uno de ellos, debido a los evidentes motivos de confusión que admitir dicho proceder, viable en el pasado, existieron.

3.2. *Trámite de la demanda de reconvención*

Presentada la demanda de reconvención dentro del término legal, el juez debe verificar que reúna los requisitos de la demanda con que se inicia todo proceso, pues si bien es cierto que con ella no comienza el proceso donde se presenta, ese no es motivo

para deducir menos formalidades; de ahí que si el juez no encuentra los requisitos que deben cumplirse para dar curso a la demanda, puede inadmitida o rechazarla *in limine*.

Es necesario precisar cuál debe ser el alcance del art. 371 que establece que admitida la reconvención el juez correrá traslado de ella al reconvenido "en la forma prevista en el artículo 91, por mismo término de la inicial" es decir por veinte días, salvo una excepción que preciso y es cuando la demanda de reconvención se presenta en un proceso verbal sumario, en el que el traslado es de diez días de ahí que no siempre tiene que ser el mismo que se dio para la primera demanda, por cuanto una exegética aplicación del texto puede llevar a estructurar irregularidades que deben ser evitadas.

Veámoslo: si la demanda inicial es de mayor cuantía y la de reconvención de mínima cuantía, debe aplicarse el art. 471 del CGP y en consecuencia, el traslado de la demanda de reconvención debe ser el mismo que se dio para la demanda primera, es decir, veinte días; en este caso no se restringe el derecho de defensa de la parte demandada; al contrario, ésta goza de unas más amplias posibilidades para su ejercicio.

Pero si la demanda inicial es de mínima cuantía y la reconvención es de mayor cuantía, no puede el juez, si admite la demanda, correr el traslado por el mismo término dispuesto para la demanda inicial.

En efecto, en este caso hipotético el auto admisorio de la demanda ordenó correr traslado al demandado por el término de diez días; si se presenta demanda de reconvención y el juez al

admitirla aplica exegéticamente el art. 371, tendríamos que el traslado debería ser por el mismo lapso, lo cual es correcto si la reconvención es de mínima.

Empero, si la reconvención debe tramitarse como verbal, el traslado debe ser por un término de veinte días, porque de lo contrario se cercenaría en 10 días el plazo del traslado de la demanda propiode esta modalidad de proceso.

Queda entonces claro que cuando el juez conoce de un proceso verbal sumario y se presenta demanda de reconvención que debe tramitarse como verbal, el traslado de la demanda de reconvención no puede ser el mismo que se dio para la demanda inicial sino el propio del verbal es decir, veinte días y a partir de ese momento proseguirá toda la actuación por la cuerda propia de tal tipo de proceso.

Es de advertir que si el juez no da aplicación a la norma tal como lo propongo, la parte demandada puede interponer recurso de reposición para efectos de que lo haga, de modo que si no lo emplea o habiéndolo hecho el juez mantiene su decisión, se estará a lo ordenado en el auto, pues esta circunstancia no es causal de nulidad y menos si se recuerda que al interponer la reposición de hecho se logra una ampliación del plazo inicial, que no corre hasta cuando se notifique el auto que decida el recurso.

Recuerdo que la demanda de reconvención no está prohibida en los procesos verbales sumarios debido a que el inciso final del art. 392 del CGP señala que: "En este proceso son inadmisibles la reforma de la demanda, la acumulación de procesos, ios incidentes, el trámite de terminación del amparo de pobreza y la

suspensión de proceso por causa diferente al común acuerdo. El amparo de pobreza y la recusación sólo podrán proponerse antes de que venza el término para contestar la demanda.", de donde se desprende que no existe veto para la demanda de reconvención.

3.3. *Notificación de la demanda de reconvención*

El inciso final del art. 371 consagra que para notificar la demanda de reconvención basta la notificación por estado, no es menester acudir a la forma personal por la sencilla y obvia razón que el demandado ya es parte del proceso y una de las conductas que puede esperar de quien fue su inicial demandado es precisamente la de que reconvenga.

Como el artículo 371 efectúa una expresa remisión al artículo 91 del CGP en "lo relacionado con la entrega de las copias", debe entenderse que una vez surtida la notificación por estado, el término del traslado de la demanda de reconvención tan solo empieza a correr luego de tres días, háyanse o no retirado los anexos de la demanda de reconvención.

En efecto, la remisión que efectúa la disposición pone de presente que el plazo del traslado de la demanda de reconvención no se inicia a partir del día hábil siguiente a aquel en el cual se surte la notificación por estado sino tres días más tarde, pues los primeros tres son los días idóneos para retirar las copias de la reconvención y sus anexos.

No interesa que el reconvenido retire las copias pues es facultativo que lo haga, de modo que vencidos los tres días se inicia el cómputo del plazo del traslado, sin perjuicio de que en

cualquier momento pueda retirarlas, de manera tal que si el reconvenido, por ejemplo, retira las copias al día siguiente de quedar surtida la notificación por estado, como no es la conducta de retirarlas sino el plazo adicional de tres días el que se toma en cuenta para efectos del traslado, el término del traslado se computará siempre el vencimiento del tercer día, salvo el caso de que se haya interpuesto recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda, evento en el cual el plazo corre a partir de la notificación de la providencia que no repone.

3.4. *Demanda de reconvención y excepciones previas*

Ya se expresó que presentar la demanda de reconvención es uno de los varios derechos que el demandado puede ejercer dentro del término de traslado de la demanda. Cuando, además de presentar demanda de reconvención, el demandado formula excepciones previas, el art. 371 dispone que se suspende el trámite de éstas, hasta cuando venza el término de traslado para la demanda de reconvención y en caso que el reconvenido, o inicial demandante, presente a su vez excepciones previas contra la demanda de reconvención, éstas y aquellas se tramitarán al tiempo en una misma actuación y se fallarán en una sola providencia.

Pone de presente lo anterior que el trámite subsiguiente se modificará según la índole de las excepciones previas presentadas por el inicial demandado y las que el demandante formule frente a la de reconvención, pues se debe recordar que no todas las excepciones previas se deciden en la misma oportunidad, máxime si varias de ellas son de previo pronunciamiento, de ahí la incertidumbre que surge acerca del alcance que debe ser dado a la expresión se "tramitarán y decidirán conjuntamente".

Para desarrollar con mayor claridad el punto, parto de un ejemplo: asumamos que presentada la demanda inicial el demandado propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario y solicitó la práctica de dos testimonios, hipótesis en la cual por aplicación del art. 101 numeral 2º del CGP, se resolverá la excepción en la audiencia inicial. A su vez, el demandado inicial reconvino y se propone como excepción previa respecto de esta demanda, la de existencia de cláusula compromisoria, la que es de aquellas que no requiere de la práctica de pruebas, pues lo máximo es la aportación del documento y que por eso se debe decidir antes de la audiencia inicial.

No obstante, como existe norma especial que determina que en esta hipótesis las excepciones previas se deben decidir conjuntamente considero por razones de orden que resulta adecuado hacerlo en la audiencia inicial.

3.5. *Demanda de reconvención y traslado para petición de pruebas adicionales*

Cuando se presenta demanda de reconvención y además se contesta la demanda inicial formulando excepciones perentorias debe suspenderse el traslado para pruebas adicionales, el cual sólo debe correr cuando venza el término que el demandado en reconvención tiene para formular sus excepciones perentorias: el traslado correrá simultáneamente a fin de que las partes soliciten pruebas sobre las excepciones perentorias que han podido formularse frente a sus mutuas demandas.

Ciertamente, cuando se presenta demanda de reconvención el legislador quiere que todos los trámites sean comunes a las dos

demandas no sólo para evitar innecesarias actuaciones (economía procesal), sino para garantizar el orden procesal.

Con el fin de ilustrar la conducta que aconsejo observar en los casos de demanda de reconvención y excepciones perentorias, damos el siguiente ejemplo: el señora formula demanda en contra del señor *B,* demanda que es admitida y una vez notificada a *B*, demandado, éste la contesta proponiendo excepciones perentorias y además presenta demanda de reconvención en contra de *A.* El traslado adicional que debe surtirse al inicial demandante^ respecto de las excepciones perentorias, debe dejarse en suspenso mientras se decide la suerte de la demanda de reconvención. Si ésta se admite, debemos esperar que se le notifique *a. A, y* que venza el término del traslado que se le otorga. Cumplido lo anterior, si *A* contestó la demanda de reconvención y propuso a su vez excepciones perentorias, se correrá conjuntamente el traslado para pruebas adicionales de que trata el art. 370 del CGP, con el objeto de que *A* solicite las que estime pertinentes respecto de las excepciones de *B* y, a su vez, *B* pida las que considere oportunas respecto de las excepciones de *A.* Si no se presentan excepciones a la demanda de reconvención, sencillamente se corre traslado únicamente al inicial demandante, es decir *A,* pero siempre después de surtido el trámite inicial de la demanda de reconvención.

Idéntico proceder, de ser el caso, debe observarse en el evento del traslado de las objeciones al juramento estimatorio.

3.6. *La demanda de reconvención y el poder*

Es este un aspecto que se ha regulado con precisión en la parte final del inciso tercero del art. 77 del CGP en cuanto advier

te que: “el poder también habilita al apoderado para reconvenir y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvención y la intervención de otras partes y de terceros.”, pues está claro que el hecho de otorgar poder para representar a quien ha sido demandado en un proceso verbal lo autoriza, sin más, para atender todo lo atinente a la presentación de una demanda de reconvención si lo estimare necesario. De igual manera, el poder conferido para presentar la demanda inicial, autoriza al apoderado para atender todo lo que concierne con la demanda de reconvención, de manera que en los dos casos no se requiere de ninguna manifestación adicional del respectivo poderdante.

4. *La audiencia inicial*

Agotados los pasos anteriores el juez, en acatamiento de lo señalado en el extenso art. 372 del CGP, debe señalar fecha para llevar a cabo la denominada audiencia inicial, con la cual se inicia la implementación de la regla técnica de la oralidad, debido a que en todos los pasos anteriores la actuación se surte integralmente por escrito; señala la norma que: “Audiencia inicial. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes.”, de modo que es menester analizar en primer término cuáles son las sanciones por la inasistencia con el fin de evidenciar las consecuencias que tiene la ausencia injustificada de ella.

4.1. *Sanciones por inasistencia a la audiencia inicial*

Por la importancia que reviste esta audiencia y las graves consecuencias derivadas de su inasistencia, previstas en el numeral 4º de la norma, se regula de manera minuciosa el tema de las excusas tanto antecedentes como subsiguientes en lo atinente con la asistencia en la fecha fijada.

En efecto, se indica en el citado numeral que "La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos, los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.", presunción que considero es legal, de ahí que admite prueba para desvirtuarla, pero tiene como efecto que, salvo que se de demuestre lo contrario, se proferirá sentencia en un sentido desfavorable para los intereses del renuente, con excepción de los pocos casos en los que no sea admisible la prueba de confesión.

Si ninguna de las partes concurre, la audiencia no se lleva a efecto, por lo que "vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso sin lugar a condena en costas dada la mutua inasistencia y cesan los efectos generados por la'interrupción de la prescripción o de la caducidad, pero como no se generan las consecuencias propias de la cosa juzgada, por no existir ninguna definición de fondo, es viable volver a presentar la demanda.

Adiciona la norma que "Las consecuencias previstas en los incisos anteriores se aplicarán, en lo pertinente, para el caso de

la demanda de reconvención y de intervención de terceros principales.", redacción que plantea el interrogante atinente a que se quiso significar con la expresión "terceros principales", debido a que en la regulación del CGP no existe esta figura dado que los únicos terceros a secas, sin la cualificación de "principales" que se regulan son los coadyuvantes y el llamado de oficio, siendo obvio que no puede predicarse la sanción respecto de ellos.

El problema empero, es de sencilla solución pues obedece al criticado planteamiento del CGP de introducir la ambigua expresión "otras partes" para incluir en ella a los terceros que pueden quedan vinculados por la sentencia, que son a los que se refiere esta norma o sea, el interviniente excluyente, el llamado en garantía y a quien se le denunció el pleito.

4.2. *Las excusas*

Establecida la importancia que reviste asistir a la audiencia, lo que evidencia el interés de conocer lo concerniente con las excusas puedo clasificarlas como antecedentes y subsiguientes. Las primeras buscan que se reconsidere, demostrando una justa causa que justifique hacerlo, la fecha señalada para la audiencia en orden a que se fije otra, es decir que no se haga la audiencia en dicha fecha; las segundas parten del supuesto de que la audiencia se surtió y tienen como única finalidad que no se apliquen las sanciones antes mencionadas.

Están desarrolladas en el numeral 3º del art. 372 que dispone: "La inasistencia de las partes o de sus apoderados a esta audiencia, por hechos anteriores a la misma, sólo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa."

"Si la parte y su apoderado o sólo la parte se excusan con anterioridad a la audiencia y el juez acepta la justificación, se fijará nueva fecha y hora para su celebración, mediante auto que no tendrá recursos. La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento."

"Las justificaciones que presenten las partes o sus apoderados con posterioridad a la audiencia, sólo serán apreciadas si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que ella se verificó. El juez sólo admitirá aquéllas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y sólo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia."

Diverso es el tratamiento que da la ley según la excusa sea antecedente o subsiguiente y es así como con relación a la primera, exige que se presente la solicitud antes de la audiencia, sin que exista un plazo perentorio para hacerlo y que provenga de imposibilidad de la parte y de su apoderado, pero no es menester que el hecho impeditivo se predique necesariamente de los dos, pues basta que provenga individualmente de la parte.

Es este un punto que amerita una especial precisión puesto que la norma se enfoca a resaltar que si la parte puede asistir pero no el apoderado, no hay lugar a excusa, debido a que este bien puede sustituir el poder para dicha diligencia, de ahí que la redacción advierta en el inciso segundo del numeral 3º del art. 372 que "Si la parte y su apoderado o sólo la parte se excusan".

Si bien es cierto el auto que señala fecha para la audiencia por expresa indicación del art. 372 se notifica por estado y "no tendrá recursos", eso no impide que aún dentro del término de ejecutoria del mismo se pueda solicitar el cambio de fecha, debido a que si es viable hacerlo hasta antes de la audiencia, en esta hipótesis así ocurre, sin que la solicitud conlleve recurso de reposición.

La solicitud debe estar acompañada de prueba de una justa causa que amerite el cambio de fecha, sin que cualifique que esa circunstancia debe conllevar caso fortuito o fuerza mayor, pues se trata de evidenciar y probar un justo motivo para efectos de lograr la nueva fecha, lo que constituye una diferencia radical con la excusa subsiguiente en donde la norma exige que la justa causa sea constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual no sucede en este evento, de ahí que por vía de interpretación no es posible establecer la exigencia.

Con relación a la excusa subsiguiente que está destinada, como se dijo a que no se impongan sanciones, se tiene que si la audiencia se llevó a efecto, como muy posiblemente debió ocurrir por cuanto la norma señala que: "Si alguna de las partes no comparece, sin perjuicio de las consecuencias probatorias por su inasistencia, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado, quien tendrá facultad para confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general, para disponer del derecho en litigio.", el plazo para presentar la excusa cualificada, precluye al tercer día hábil siguiente a aquel en el que la audiencia se efectuó, de modo que si así no ocurre se aplican las sanciones antes indicadas.

Si el juez admite la excusa, en esta hipótesis "prevendrá a quien la haya presentado para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio.", pues esta prueba debe ser practicada usualmente en la audiencia inicial.

4.3. *El desarrollo de la audiencia inicial*

Llegado el día y hora de la audiencia, a partir del numeral 5° del art. 372 de consignan los pasos a seguir y es así como se advierte que en primer término deben ser decididas las excepciones previas que están previstas para definición en esta oportunidad de acuerdo con lo señalado en el art. 101 del CGP, debiendo el juez practicar "las pruebas estrictamente necesarias para resolver las excepciones previas que estén pendientes y las decidirá".

Ocurrido lo anterior o si no hay excepciones previas para definir y sin perjuicio de que en cualquier etapa de la audiencia lo pueda hacer, debe el juez adelantar los pasos en orden a lograr que las partes conciben sus diferencias "para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamien- to", etapa que se pretermite si interviene un curador para la litis en representación de demandado.

Frustrada la conciliación, dispone el numeral *T* del art. 372 que se llevará a cabo la diligencia de interrogatorio de las partes si esta prueba fue pedida por ellas en la demanda, en su respuesta o en los traslados adicionales, empero si esta prueba no se solicitó, agrega la disposición que "El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.", lo cual pone en evide'ncia que la aplicación del aparte transcrito es

cuando no se solicitó el interrogatorio de parte, pues si en efecto lo fue, dentro del desarrollo del mismo el juez puede interrogar sin límite de preguntas en lo que con él concierne, si lo considera necesario, pues no puede extremarse la interpretación de la norma si el juez considera que con las respuestas a las preguntas de la parte es suficiente para ilustrar su criterio y no es menester que él pregunte.

Recuerdo que si el juez decreta de oficio el interrogatorio, debe tener presente que así la parte que lo ha podido solicitar no lo hubiera hecho[6], tiene la posibilidad de interrogar debido a que el art. 170 del CGP señala que "Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes".

La disposición adiciona que "El juez podrá decretar y practicar en esta audiencia las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.", previamente haya dado aplicación al parágrafo de la norma que señala: "Cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de

6 Destaco que una de las reformas centrales del CGP en materia de la prueba de interrogatorio de parte, es la concerniente con los artículos 165, 191 y 198 que distinguen entre prueba de confesión e interrogatorio de parte, señalando el último de los mencionados que "el juez podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre hechos relacionados con el proceso", norma que permite que la parte pueda pedir el interrogatorio de la misma. Observo que la disposición es clara en señalar que se puede solicitar "a solicitud de parte" y donde la ley no distingue el intérprete no puede hacerlo. Desapareció la expresión del derogado C. de P.C. que en el art. 203 solo permitía la citación de la parte "contraria". El respecto recomiendo la lectura de la ponencia de la profesora Adriana López Martínez, publicada en Memorias del XXXVTII Congreso del instituto

agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373."

No vacilo en recomendar a los jueces utilizar el trámite señalado en el parágrafo transcrito, pues les permite en audiencia única decidir de fondo de modo que se economizan todos los pasos de la audiencia de instrucción y juzgamiento, sin duda una exageración, un derroche de legislación, como tuve oportunidad de señalarlo en la comisión revisora del Código, derrotado por una mayoría que en esta materia, era más dada a la fioritura jurídica, a consagrar innecesarios y pomposos trámites, que a las soluciones prácticas.

Y es que señalar que lo se previo para la segunda audiencia es mejor hacerlo en la primera, por lógica hubiera llevado a que tan solo existiera una audiencia y no dos, con la recomendación, por cierto reiterada en otras disposiciones, que si se puede evacuar todo en la audiencia inicial, así debe procederse.

Prosigue la audiencia con la denominada fijación de los hechos del litigio al prescribir que: "A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.", paso que ojala no prosiga como lo demuestran experiencias anteriores, en pretender que se observa señalando que cada una de las partes se reafirma en sus manifestaciones.

Con el optimismo, que es un estado de ánimo maravilloso cuando tiene bases en la realidad, el numeral 9º señala, repitiendo normas de la parte general que: "Salvo que se requiera la práctica de otras pruebas, a continuación, en la misma audiencia y oídas las partes hasta por veinte (20) minutos cada una, el juez dictará sentencia.

"El juez, por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior para rendir las alegaciones, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra la decisión que resuelva esta solicitud no procede recurso alguno."

Como lo más seguro es que no se dicte sentencia, el siguiente paso de la audiencia preliminar es el previsto en el numeral 10° que dispone que se decretarán "las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168. Así mismo, prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados. Si decreta dictamen pericial señalará el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse con no menos de diez (10) días de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento. "

No obstante, prosigue la disposición, "En los procesos en que sea obligatorio practicar inspección judicial, el juez deberá fijar fecha y hora para practicarla antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento.", con lo que se establece de manera clara que en procesos que como el de pertenencia tienen señalada como obligatoria una inspección judicial, esta se debe practicar en la audiencia inicial pero si se decretan otras pruebas para practi-

carias está la audiencia de instrucción y juzgamiento, si no es posible hacerlo todo en la audiencia inicial.

5. *La audiencia de instrucción y juzgamiento*

Sus pasos, que chocan con lo que pregona el principio de la economía procesal y es un atentado en contra de la supuesta eficiencia de la oralidad, pues se trata de una tramitación superflua, innecesaria que perfectamente se ha podido contemplar como única en la audiencia preliminar, se detallan en el art. 373 del CGP que se inicia con la paternal admonición atinente a que para el día fijado el "el juez deberá disponer de tiempo suficiente para practicar todas las pruebas decretadas, oír los alegatos de las partes y, en su caso, proferir la sentencia.", para luego señalar que, otra vez¡ ¡, debe surtirse la etapa de fijación de los hechos del litigio al indicar que: "A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, *jijará nuevamente el objeto del litigio,* precisando los hechos que considera demostrados y rechazará las pruebas decretadas en la audiencia inicial que estime innecesarias", lo que carece de sentido práctico pues luego de la audiencia inicial no ha sucedido nada nuevo que justifique lo señalado, de ahí que es de suponer que será un acatamiento formal a lo previsto el que la práctica evidencia, luego de lo cual evacuará las pruebas, en lo posible en el orden señalado en la norma, a saber: "a) Practicará el interrogatorio a los peritos que hayan sido citados a la audiencia, de oficio o a solicitud de parte, b) Recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás,

c) Practicará la exhibición de documentos y las demás pruebas

que hubieren sido decretadas.", lo que no implica que si se altera este orden se genere motivo alguno de nulidad. Es apenas una sugerencia de la ley, no una imposición.

Practicadas las pruebas se oirán los alegatos de las partes, "primero al demandante y luego al demandado, y posteriormente a las demás partes, hasta por veinte (20) minutos cada uno.", norma que requiere precisar que la referencia a "las demás partes" es a "las otras partes" si las hubiere en el proceso, es decir casos de denuncia del pleito y llamamiento en garantía pues los coadyuvantes así estén representados por apoderados judiciales, no gozan de esta oportunidad.

El profesor Miguel Rojas[7] estima que si una parte integrada bajo alguna modalidad de Litis consorcio tiene distintos apoderados "es preciso preguntarse si el tiempo para alegar se predica en favor de la parte o de cada apoderado. Al respecto parece que lo aconsejable en beneficio de la defensa es conceder el tiempo a cada apoderado, pues aunque eso implique mayor demora, también es claro que evita cuestionamientos respecto de la validez de la actuación", posición respecto de la cual destaco que la norma es precisa en asignar el tiempo a cada parte y no a cada apoderado de la parte, sin que sea de recibo el argumento de que puede estar de por medio la validez de la actuación, por la elemental razón de que esta circunstancia no está erigida como causal de nulidad, de modo que reafirmo que el lapso es de veinte minutos por parte.

Cuestión diversa es si en caso como el mencionado, los diversos apoderados, que en principio deberían dividirse los vein

7 ROJAS Miguel, Lecciones de derecho procesal, Ed. ESAJU, T. 4, Procesos de conocimiento, Bogotá, 2016, pág. 112.

te minutos, pueden solicitar al juez una prudente ampliación no necesariamente de veinte minutos a cada uno, pues no estimo admisible que de una cada apoderado tenga los veinte minutos.

La presentación de los alegatos constituye una de las más importantes tareas del abogado litigante, y si bien es cierto que el no presentarlos no constituye irregularidad procesal, sí implica la pérdida de una valiosa ocasión para defender los intereses a él encomendados, pues con ellos se pretende ilustrar al juez acerca del derrotero que debe seguir el fallo, a más de que puede comprometer la responsabilidad disciplinaria del abogado reticente por deficiente desempeño de su mandato.

Necesario es recordar que alegar adecuadamente no implica, como es usual en nuestro medio, presentar dilatados memoriales o intervenciones donde lo único que se destaca es su tamaño, pues sigue siendo frecuente el equívoco de suponer que el buen alegato es el extenso, por ese solo hecho y es así como para lograr esa finalidad se introducen anotaciones y consideraciones superfluas que sólo vienen a dificultar la labor del juez y a demeritar la del abogado.

La limitación de contar con veinte minutos para efectos de las correspondientes sustentaciones es un acicate importante para que los abogados entiendan que deben ser concretos, ir al punto, aun cuando de manera excepcional el juez puede conceder un lapso mayor para los alegatos "atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad.", es decir la otra parte debe gozar del mismo término para exponer sus argumentos si así lo qui

siere, disposición que está de sobra pues repite lo señalado en el art. 107 numeral 3 del CGP que dispone exactamente lo mismo.[8]

Adiciona la norma que: "Contra la decisión que resuelva esta solicitud no procede recurso alguno.", para dejar claro que es por entero potestativo del juez acceder o no a la ampliación pedida y que tanto el auto que la niega como el que la concede es irrecurrible, es decir que ni siquiera admite recurso de reposición.

Señala el numeral 5 del art. 373 del CGP que a continuación "en la misma audiencia el juez proferirá sentencia en forma oral", aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado."; empero, si no tuviere en ese momento las bases para proferir la sentencia oral, pues el receso de dos horas que señala la disposición para que la prepare puede no ser suficiente, agrega el numeral 5 que "Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En este evento, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que en ningún caso, pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121."

Se trata de un punto que requiere una explicación adicional debido a que sienta la base atinente a que el hecho de que el juez

8 Señala este numeral: "3. Intervenciones. Las intervenciones de los sujetos procesales, no excederán de (20) minutos, salvo disposición en contrario. No obstante, el juez de oficio o por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra esta decisión no procede recurso alguno."

no dicte la sentencia en forma oral no lo exonera de tener debidamente estudiado el proceso, pues oralmente debe "anunciar el sentido de su fallo", lo que conlleva que de manera expresa indique si este es absolutorio o condenatorio con la exposición de algunos fundamentos que explican su sentido, de modo que cuando en el perentorio plazo que le otorga la ley para completar la sentencia y hacerlo por escrito, no le es dable al juez variar el alcance de la decisión por cuanto el anuncio del sentido de la sentencia forma parte de este acto jurisdiccional complejo, de ahí violaría la regla que no admite excepciones acerca de que el mismo juez no puede modificar su sentencia.

Por eso el especial cuidado del juez en señalar las bases preliminares y el sentido de su decisión, pues no se trata de una conducta, valga la expresión, "para salir del paso", sino del resultado de un cuidadoso estudio del caso que define.

Esta especial modalidad, copiada del sistema procesal penal, de modo que nada tiene de original, es impráctica pues solo se justifica que el juez haga uso de la posposición parcial en eventos excepcionales especialmente si la sentencia es condenatoria, por ejemplo para efectos de precisar monto concreto de la condena o realizar un análisis más detenido de la prueba, no para cambiar el alcance del fallo sino para hacer más sólida la sustentación del mismo.

En materia de recurso de apelación dispone el inciso final del numeral 5 del art. 373 que:" Cuando la sentencia se profiera en forma oral, la apelación se sujetará a lo previsto en el inciso primero del numeral 1 del artículo 322. Cuando solo se anuncie el sentido del fallo, la apelación se sujetará a lo establecido en el

inciso segundo del numeral 1 del artículo 322.", lo que significa que si en la audiencia se profiere la sentencia de manera oral la apelación "deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada", pero si lo es por escrito será dentro de los tres días siguientes a su notificación por estado, pues las sentencias no es obligación notificarlas personalmente.

í

CAPITULO ni

DISPOSICIONES ESPECIALES PARAALGUNOS PROCESOS VERBALES

"Es tan buena la justicia que es necesario que se use aun entre los mismos ladrones

Miguel de Cervantes

Las normas antes estudiadas deben observarse en toda clase de procesos verbales, sin embargo, además y por la índole especial de algunos de ellos, el legislador señaló disposiciones de aplicación exclusiva para los de resolución del contrato de compraventa, declaración de pertenencia, servidumbres, posesorios, entrega de la cosa por el tradente al adquirente, rendición provocada y espontanea de cuentas, pago por consignación, impugnación de actos de asambleas, declaración de bienes vacantes y mostrencos, restitución de tenencia, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, nulidad de matrimonio civil y divorcio, disposiciones cuyo análisis emprendo.

Reitero que la circunstancia de que el capítulo 13 lleve por título "Disposiciones especiales" y que esté a continuación de las normas relativas al verbal y antes del verbal sumario, obedece a un orden lógico que debe tener la exposición de las diversas normas que lo integran, sin que pueda aceptarse que se trata de

disposiciones especiales únicamente para el verbal, de modo que. cuando por razón de la cuantía en un proceso de los referidos deba acudirse al proceso verbal sumario, también se aplican las normas que se estudiarán.

1. EL PROCESO VERBAL DE RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA

Sea lo primero observar que las causas que pueden originar la resolución de un contrato de compraventa son múltiples y que siempre que se trate de declaración en tal sentido deberá adelantarse un proceso verbal mediante los trámites adecuados, teniendo en consideración la cuantía de la pretensión, pues por ser una cuestión eminentemente patrimonial, la cuantía siempre obrará como factor determinante de la competencia y en este evento también del trámite debido a que si fuere de mínima cuantía se tramita como proceso verbal sumario.

El art. 374 del CGP es la norma especial para el proceso verbal de resolución de compraventa y debe observarse tan sólo en dos de las diversas causas que pueden originar una resolución de contrato, a saber: a) la condición resolutoria expresa (llamada pacto comisorio) y b) cuando se pacta que en caso de presentarse un mejor postor se resolverá el contrato, las que procedo a estudiar a continuación.

En el contrato de compraventa, ios contratantes pueden acordar que si no se paga el precio en la oportunidad convenida se resuelva el contrato, basados en el art. 1937 del C. C. que dispone: "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio,

lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda", lo que recoge la norma procesal al disponer que: "Cuando en la demanda se solicite la resolución del contrato de compraventa en virtud de la estipulación consagrada en el artículo 1937 del Código Civil, el juez dictará sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso, siempre que el demandado consigne el precio dentro del término señalado en dicho precepto".

Si bien es cierto que la disposición civil, de raro empleo, dice que esa resolución opera ipso facto, mal puede interpretarse la frase en el sentido de que no se requiere intervención judicial para que se produzca. El mismo Código Civil señala que el comprador puede evitar la resolución "pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda", con lo cual resalta la necesidad de actuación judicial para que genere consecuencias lo pactado, si de común acuerdo no se logra poner fin a la discrepancia.

Si el comprador paga dentro del perentorio plazo fijado, el juez, por orden del art. 374, "dictará sentencia que declare extinguida la obligación que dio el origen al proceso". Basta que se produzca ese pago para que, dentro del término fijado y sin necesidad de esperar a que venza el término de traslado de la demanda, el proceso se dé por terminado.

Ahora bien, el hecho de que se produzca la consignación no exonera al juez de condenar en costas al demandado, quien al pagar no hace nada diferente de reconocer su incumplimiento y evidenciar la razón que tuvo el demandante de iniciar la actuación judicial, motivo por el cual no puede privarse a éste de los gastos

del proceso, quedándole a salvo los derechos para solicitar en el proceso adecuado el pago de los peijuicios que el demandado le ha podido ocasionar por su demora en cancelarle, porque a este campo no se extienden los efectos de cosa juzgada que genera esta sentencia.

En efecto, si el demandado paga, en uso de la facultad que le otorga el art. 1937, enerva la posibilidad de éxito del proceso iniciado para hacer efectivo el pacto. Empero, ante la evidente situación de retardo en el cumplimiento de la obligación en que se halla el demandado, perfectamente han podido causarse perjuicios que no pueden determinarse en este proceso verbal, pues el art. 374 señala que si se paga el precio, "el juez dictará sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso"; queda a salvo para el demandante la posibilidad de iniciar un proceso verbal, destinado exclusivamente a demostrar los peijuicios sufridos por el retardo en el cumplimiento, sin que el demandado pueda alegar cosa juzgada debido a que en el proceso donde se pretendió darle efectividad al pacto, no se debatió el asunto concerniente a los peijuicios.

Creo que la norma debe ser reestructurada c,on el fin de permitir que el proceso pueda proseguir exclusivamente en lo que con los peijuicios concierne, porque tal como está el sistema tan sólo sirve para auspiciar su litigiosidad; para lograr lo anterior es posible establecer un plazo perentorio de caducidad para que se pueda, luego de la ejecutoria de la sentencia, presentar por el demandante solicitud en orden a que prosiga la actuación para definir si existieron peijuicios y cuál fue su monto.

Pasando a otro aspecto del art. 374, si el demandado considera, por ejemplo, que adeuda el dinero pero que no debe pagarlo aún por no haber vencido el plazo estipulado, o porque la otra parte también incumplió y por ello purgó así su mora, debe proponer excepciones sin que esté obligado a consignar suma alguna y así el proceso continúa su curso; si realmente le asiste la razón, obtendrá sentencia absolutoria.

También es lícito pactar en el contrato de compraventa que si dentro de un plazo, que no puede exceder de un año, se presenta una persona que mejore el precio de compra, se resolverá el contrato (C. C. art. 1944); sin embargo, según el mismo artículo, el comprador puede evitar la resolución pagando el precio que ofrece el nuevo postor; acorde con lo anterior dispone el art. 374 del CGP que si dentro del término de traslado de la demanda, el comprador se allana a mejorar el precio de compra y consigna el excedente, de inmediato se dicta sentencia declarando extinguida la obligación.

En los dos eventos existen diferencias que vale la pena mencionar:

En el caso del pacto comisorio, se debe pagar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, término que entendemos debe contarse en horas hábiles día, por lo cual, en la práctica, el demandado tiene tres días hábiles para realizar la consignación. Estimo que en el cómputo de términos, no es conveniente aplicar una rigurosa interpretación exegética, pues se debe recordar que el plazo se da para cumplir un acto, no directamente entre las partes, sino ante un despacho judicial que únicamente tiene ocho horas hábiles por día para atender los asuntos a su car

go, y dentro de ellas los que intervienen en los procesos pueden hacer uso de sus derechos. No existe norma expresa que resuelva la duda con absoluta precisión, pero el plazo de que trata el art. 1937 lo entiendo en la forma ya explicada; no obstante, para evitar riesgos, recomiendo consignar al día siguiente, pues no faltará quien asevere que se cuentan las 24 horas de corrido.

En el caso del pacto de mejor postor, el plazo para efectuar la consignación es mayor, lo da no el Código Civil sino el GGP Y es el mismo que se tiene para contestar la demanda, es decir, veinte o diez días, dependiendo de la cuantía del proceso, sin que exista duda alguna acerca de su computo.

En el caso de resolución por pacto comisorio, siempre se debe condenar en costas al demandado, así éste haga la consignación; en cambio, en el caso del pacto de mejora de precio, no necesariamente debe imponerse la condena en costas: si el demandante establece que se vio precisado a presentar su demanda por cuanto directamente no logró que el demandado cumpliera lo pactado, se impondrá la condena en costas; empero, si dentro de ese plazo se prueba que el demandante no hizo ninguna gestión directa para lograr la mejora del precio, sino que formuló, sin más, la demanda no sería equitativo condenar en costas al demandado, pues no fue su renuencia la que propició la acción judicial.

No obstante estimo que la última hipótesis será de rara estructuración debido a que al ser proceso verbal, usualmente se debe surtir la audiencia de conciliación prejudicial de que trata la ley 640 de 2001 y allí es de suponerse se hizo la mención al nuevo precio ofrecido por el tercero.

Finalmente, es necesario advertir que en el evento del pacto de mejor postor igualmente es posible no consignar la diferencia y presentar excepciones con el fin de que en la sentencia se defina todo lo que implique cuestionamiento del pacto, bien por haber caducado el mismo, o por no corresponder a la realidad la nueva oferta, o ser veraz pero no conllevar el precio indicado por el vendedor, entre otras posibilidades.

2. EL PROCESO VERBAL DE PERTENENCL4

2.1. *Historia reciente*

El proceso de pertenencia es relativamente nuevo en la legislación de Colombia. Antes de la ley 120 de 1928, primer texto regulador del mismo, la única forma de hacer valer la prescripción adquisitiva era por vía de excepción, es decir, el prescribiente estaba condicionado a que el propietario del bien demandara su reivindicación para proponerle, a manera de excepción, la prescripción y así lograr la efectividad de ésta.

Empero, tal proceder limitaba demasiado el alcance de la prescripción, pues quien había perdido por largo tiempo la posesión de un bien generalmente no estaba interesado en procurar su recuperación debido a que en su ánimo existía la creencia de haberlo perdido definitivamente, lo que ocasionaba una gravosa situación de hecho para el poseedor, quien casi nada podía hacer, pues ni el propietario demandaba porque era darle ocasión al demandado de hacer valer su posesión y convertirlo en nuevo propietario, ni el poseedor podía legalmente tomar la iniciativa.

Tal circunstancia derivó en problemas económicos que entrabaron el crédito hipotecario, debido a que las instituciones bancarias se negaban a prestar dinero por la deficiente titulación del bien ofrecido en garantía y se restringía en mucho el tráfico jurídico respecto de la propiedad inmueble debido a la usual renuencia a negociar únicamente derechos de posesión sobre ésta.

Se encargó a un destacado jurisperito del pasado siglo, el doctor Luis Felipe Latorre, la redacción de un estatuto que fuera como el mismo profesor lo anota, "un remedio radical drástico, que legalizara la situación existente mediante un procedimiento adecuado, razonable, técnicamente jurídico, con las mayores precauciones y ofreciendo todos los medios de defensa a los terceros".

Es así como se expide la ley 120 de 1928, en virtud de la cual la sentencia sólo tenía efecto entre quienes fueron parte en el proceso y no erga omnes, como sucede hoy. Ello restringió la efectividad de la norma pues no aseguraba un título libre de nuevos debates judiciales; por eso la ley 51 de 1943 amplió los efectos de la sentencia respecto de todas las personas, estableciendo un lincamiento que se mantiene en la actual legislación.

El derogado Código de Procedimiento Civil de 1970, mantuvo el espíritu de las leyes 120 de 1928 y 51 de 1943, pero consagró importantes modificaciones en lo que respecta al trámite del proceso de pertenencia; además se estipuló otra modalidad de proceso para pequeña propiedad rural en el decreto 508 de 1974, que fue derogado por el CGP en su art. 626.

El CGP destina como norma especial para el proceso de pertenencia el art. 375 y presenta algunas innovaciones en su tratamiento procesal, la que procedo a analizar.

2.2. *Finalidad del proceso de pertenencia y bienes sobre los cuales recae*

Dentro de la modalidad propia del proceso verbal, el art. 375 del CGP contempla el proceso de pertenencia, mediante el cual se procura constituir el título traslaticio de dominio que complemente el modo de adquirir llamado usucapión o prescripción adquisitiva, previsto en el art. 673 del Código Civil, tal como lo precisa el primer inciso de la norma, respecto de "bienes privados", pues no es posible, ante la expresa restricción legal que pueda darse sobre alguna clase de bienes públicos debido a que el numeral 4º señala que: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público.", facultando al juez para rechazar de plano la demanda o dar por terminado anticipadamente el proceso, en el momento en que advierta que "la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público.", decisión que debe estar debidamente motivada y respecto de la cual se previo expresamente la apelación.

No basta haber poseído un bien durante los plazos establecidos por la ley (que varía según se trate de bienes muebles o inmuebles y de prescripción ordinaria, extraordinaria, agraria o inmuebles urbanos de interés social), sino que es menester complementar ese modo con un título: la sentencia, por medio de la

cual el juez civil declara la eficacia de la prescripción adquisitiva y se tiene como nuevo propietario al prescribiente, por disponer el artículo 2534 del C. C. que "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción."

El simple transcurso del tiempo, así se tenga la calidad de poseedor durante los plazos establecidos por la ley, no convierte automáticamente en propietario al poseedor. Se requiere que el interesado alegue la prescripción, pues al juez, por expreso mandato del art. 2513 del C. C., no le es dable declararla de oficio, en ninguno de los dos aspectos en que puede presentarse la prescripción o sea la adquisitiva, de la cual me ocupo en este aparte, o la extintiva que procesalmente se emplea como excepción perentoria, si bien es cierto respecto de esta última ya existen en otros ordenamientos como el Tributario, norma que faculta a su declaración aún de oficio.

2.3. *Forma de alegar la prescripción*

En este campo la ley 791 de diciembre de 2002 realiza destacadas reformas, al adicionarse un segundo inciso al art. 2513 del C. C., del siguiente tenor: "La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella" y tiene connotaciones comunes para las dos clases de prescripción que procedo a precisar.

Ciertamente, que la prescripción, cualquiera de ellas, pueda ser alegada por el "propio prescribiente", es cuestión adecuada, porque nadie más llamado a hacerlo que quien resulta directamente favorecido con su declaración, de ahí que si se solicita la usucapión o prescripción adquisitiva será el poseedor quien lo haga o, en palabras más precisas empleadas por el numeral primero del art. 375 del CGP, " La declaración de pertenencia podrá ser pedida por todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción", a más de que los acreedores del poseedor también están habilitados para hacerlo, dada la expresa mención que hace al respecto el numeral 2º del art. 375 para la usucapión, aspecto este que en nada se altera con la ley 791.

En la prescripción extintiva será el prescribiente el obligado, es decir quien tiene que cumplir determinada prestación respecto de otro, por lo que es obvio que igualmente puede solicitar su declaración pero, y aquí está una importante adición, también pueden los acreedores del deudor alegarla, lo que antes de la ley 791 de 2002 no era posible, debido a que no existía disposición expresa que lo permitiera.

Surge un aparente conflicto normativo originado en lo señalado por el numeral 2º del art. 375 del CGP debido a que únicamente se refiere a la prescripción adquisitiva, al indicar que: "Los acreedores podrán hacer valer la prescripción adquisitiva a favor de su deudor, a pesar de la renuencia o de la renuncia de éste", lo que da margen para pensar que si por ser norma posterior la ley 1564 de 2012 CGP, vino a derogar lo previsto en la ley 791 de 2002 y únicamente se podrá alegar por los acreedores la prescrip

ción adquisitiva, dilema frente al cual estimo que siguen vigentes las dos posibilidades.

Destaco que CGP no derogó expresamente ninguna norma de la ley 791 de 2002, tampoco es viable predicar derogatoria tácita pues se trata de disposiciones que son complementarias, de manera que advierto que las dos están en vigencia y que, por lo mismo es posible que la prescripción extintiva también la puedan alegar los restantes acreedores.

En verdad, la ley 791 de 2002, al adicionar el art. 2513 del C.C, precisa que esa legitimación especial igualmente la tienen los restantes acreedores para alegar la prescripción extintiva, pues es obvio que el acreedor de la obligación cuya acción se trata de declarar prescrita queda excluido, porque a él le corresponde alegarla como prescribiente, obteniéndose así igualdad en el tratamiento para las dos clases de prescripción puesto que, al fin y al cabo, de lo que se trata en los dos eventos es de obtener un mejoramiento patrimonial del deudor, en un caso porque ingresa al mismo un activo y en el otro porque al disminuir el pasivo crece el activo, con lo que se mejora la garantía general de los acreedores.

Siguiendo lo señalado en el art. 375 del CGP, pero aplicable respecto de las dos clases de prescripción, se tiene que la acción de los acreedores es viable incluso si por el deudor se había renunciado a la prescripción, lo que implica que en la solicitud debe pedirse, además, que se deje sin efecto el negocio jurídico contentivo de la renuncia; además, se contempla otra posibilidad, en el sentido de que esta especial acción, sin duda

:alguna reflejo de la paulina, igualmente es viable en caso de “renuencia” del deudor.

~ ‘ La previsión es intrascendente debido a que al estar autorizados los acreedores para pedir la declaración de alguna de las prescripciones es evidente que si el deudor no ha iniciado acción "alguna, sin necesidad de calificarlo de renuente, el nuevo inciso 'segundo del art. 2513 del C. C. permite que los acreedores actúen, todo lo cual me lleva a la conclusión de que en lo que con este aspecto concierne, el estado de cosas no se ha modificado, es decir que los acreedores pueden alegar la prescripción cuando se predica renuncia o renuencia del deudor o el poseedor.

El aspecto discutible de la adición del inciso segundo del art. 2513 del C.C. es el atinente a que también “cualquiera otra persona que tenga interés” puede solicitar que se declare la prescripción extintiva o la adquisitiva, lo que implica la necesidad de precisar, para efecto de esa especial habilitación, que tipo de interés es el que la permite, si realmente se cobija aquí una nueva posibilidad de legitimación o si, como lo creo, es un agregado inane y, por ende, innecesario.

Si se tiene en cuenta que el interés debe ser de contenido jurídico y económico, pues el simple deseo de colaboración, de ayuda al prójimo, o simplemente sentimientos de simpatía o afecto, no pueden generar esta habilitación, se arriba a la conclusión referente a que la expresión se toma inocua, pues no se ve que otra persona, distinta al prescribiente o a sus acreedores, pueden tener el mismo.

Destaco que de acuerdo con el numeral 3 del art. 375 del CGP, que también se puede alegar la prescripción adquisitiva por "el comunero que con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad".

En este orden de ideas, lo reitero, no veo que sujetos procesales distintos al prescribiente, sus acreedores o el comunero, puedan tener interés que habilite alegar cualquiera de las prescripciones, de ahí que adelante analice con detalle las posibilidades de cada uno de ellos.

Como consecuencia de la adición de la ley 791 de 2002, la prescripción adquisitiva, igualmente la extintiva, se pueden alegar por vía de acción o por vía de excepción, según lo quiera el prescribiente, destacándose la innovación en lo que concierne con la adquisitiva que únicamente se podía alegar por vía de acción, aspecto que sigue manteniéndose, pero dejando abierta la otra posibilidad, es decir que también se la haga valer por vía de excepción, si así lo quiere quien la alega.

Procedo al análisis de las dos formas advertidas para alegar la usucapión.

2.3.1. *La prescripción adquisitiva por vía de acción*

La prescripción adquisitiva se puede alegar por vía de acción, es decir, adelantando el poseedor el proceso correspondien

te para que se declare que de poseedor pasa a ser propietario; pero como también es posible que esté conforme con su situación de poseedor y no promueva ninguna actuación, pero sí lo haga el titular del dominio empleando la acción reivindicatoría, en esta hipótesis el poseedor puede alegar la prescripción adquisitiva presentado demanda de reconvención, que es la otra forma de alegar por vía de acción la prescripción adquisitiva.

Advierto que en la hipótesis anterior no tiene el poseedor la obligación de presentar demanda de reconvención porque, tal como adelante se explica, puede hacer uso de la nueva modalidad consagrada en la ley 791 de 2002 y alegarla por vía de excepción, con lo cual logra idénticos fines.

Además, resalto que si no la quiere alegar por estar conforme con su estado de posesión y desea mantenerlo inalterable, le basta alegar la prescripción de la acción reivindicatoría es decir la extintiva de la acción del demandante.

Un ejemplo ilustra lo anterior: Si Pedro lleva doce años como poseedor de un predio, perfectamente puede iniciar el proceso de pertenencia alegando la prescripción adquisitiva o usucapión; pero si no le interesa hacerlo y el propietario, Carlos, decide iniciar el proceso reivindicatorío, Pedro puede presentar demanda de reconvención o proponer la excepción de prescripción adquisitiva; empero, si aspira a seguir como poseedor, presentará la excepción de prescripción extintiva de la pretensión esgrimida por el demandante, pues ya transcurrió el plazo señalado por la ley para accionar, sin que esté obligado a presentar necesariamente la petición para que se le declare propietario del bien, pues

si está conforme con su calidad de poseedor no existe un medio legal que lo pueda obligar a alterarla.

2.3.2. *La prescripción adquisitiva por vía de excepción*

Es en este campo donde la incidencia de la ley 791 es mayor debido a que se trata de un aspecto en su momento novedoso, al permitir que la declaración de propietario se logre por el poseedor alegando la usucapión por vía de excepción.

Ciertamente, las modificaciones que se derivan del inciso adicional son de interés porque quedó sin efecto la interpretación atinente a que la prescripción adquisitiva sólo se puede alegar por vía de acción; ante lo claro y perentorio del nuevo texto legal, no es viable otro entendimiento pues tanto "la adquisitiva como la extintiva podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción". es decir que resulta suficiente para obtener la declaración de ser el propietario del bien, señalarlo a manera de excepción, sin necesidad de presentar una demanda de reconvención, cuando se ha promovido en contra del poseedor un proceso reivindicatorío o, incluso, uno posesorio, hipótesis en donde opera la modificación, dado que en lo atinente a la demanda de la declaración de usucapión por vía de acción o el alegar en cualquiera de las dos formas la prescripción extintiva, no existe modificación alguna.

Eso sí debe el excepcionante ser preciso en que ese es su propósito, pues nada lo obliga a querer mudar su situación jurídica de poseedor por la de propietario, de manera que igualmente queda a salvo el derecho de advertir que la excepción de prescripción que presenta es la extintiva, evento en el cual y de ser el

caso, el juez se limitará a así declararlo, sin entrar a pronunciamientos acerca de la propiedad.

En verdad, si el poseedor desea proseguir con esa calidad pues por diversos motivos no le interesa mudar la que ostenta por la de propietario, así lo puede expresar para efectos de que únicamente se declare la prescripción extintiva de la acción del demandante, si a ello hubiere lugar.

Recuérdese que el poseedor tiene limitaciones para la enajenación y gravamen del bien, pero a su vez encuentra notables ventajas en materia tributaria, de garantía patrimonial frente a sus acreedores e incluso de no aparecer como persona solvente, de ahí que puede ser de su interés mantener ese estado. Pero si lo que aspira es a convertirse en propietario, no está en el deber de presentar demanda, tan sólo alegar, dentro del término del traslado de la demanda que aspira a que se le declare propietario por operar la prescripción adquisitiva.

Frente al cambio y para acomodarla a las nuevas directrices señaladas en el Código Civil, el parágrafo del art. 375 del CGP se ocupa de señalar como se debe proceder si se alega la prescripción adquisitiva para que se declare por vía de excepción y es así como señala: "Parágrafo primero. Cuando la prescripción adquisitiva se alegue por vía de excepción, el demandado deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales 5, 6 y 7. Si el demandado no aporta con la contestación de la demanda el certificado del registrador o si pasados treinta (30) días desde el vencimiento del término de traslado de la demanda no ha cumplido con lo dispuesto en los numerales 6 y 7, el proceso seguirá su curso, pero en la sentencia no podrá declararse la pertenencia."

En efecto, la disposición central que regula la forma como se hace efectiva por vía de acción la usucapión, se halla montada sobre el supuesto de que se debe presentar, una demanda, tanto así que su redacción se inicia con la anotación atinente a que "En las demandas sobre declaración de pertenencia de bienes privados, salvo norma especial, se aplicarán las siguientes reglas" y el numeral 5º del art. 375 señala que "A la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal. (.....) Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella".

Así las cosas, se tiene que si el poseedor demandado aspira a que se le declare propietario, ya no tiene obligadamente que presentar demanda de reconvención lo que representa una agilización de importancia en los trámites, pero es menester observar los requisitos previstos en el parágrafo primero del art. 375, que para asegurar los efectos erga omnes de la sentencia y surtir una actuación con similares garantías a las del proceso de pertenencia iniciado por vía de acción, señala esas exigencias que tienen como finalidad central dar soporte legal a los efectos erga omnes de la declaración de pertenencia.

En suma se trata de asegurar la aplicación del parágrafo primero del art. 375 del CGP aplicando los numerales 5, 6 y 7 de dicha norma, cuya carga corresponde al demandado excepcionante y en el evento de que no las observe, señala la parte final que "el proceso seguirá su curso, pero en la sentencia no **podrá**

declararse la pertenencia", con lo que se quiso significar que de estar probados los requisitos para declarar la usucapión que, de haber sido cumplidas las cargas citadas, le hubieran permitido al juez declarar la pertenencia, es decir que el poseedor pasa a ser propietario, será menester negar la declaración de pertenencia, lo que no significa que le esté prohibido al juez declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la acción reivindicatoría, si se hubiere propuesto.

Dada la importancia del tema, si existe duda acerca de si el demandado presenta la prescripción como extintiva, es decir que tan sólo aspira a que se declare prescrita la acción reivindicatoría o lo que busca es que por medio de la excepción se le declare propietario, el juez en uso de sus poderes de dirección del proceso debe requerirlo para que determine con precisión el alcance de su solicitud, siendo este uno de los casos en los que el juez puede hacer uso del poder que le confiere el art. 43 numeral 3 del CGP en el sentido de "Ordenar a las partes aclaraciones y explicaciones en tomo a las posiciones y peticiones que presenten".

2.4. *El proceso de pertenencia respecto de bienes muebles e inmuebles*

Analizando otro aspecto, de la redacción del art. 375 parece desprenderse que el proceso de pertenencia es procedente exclusivamente respecto de bienes inmuebles; no obstante, debe quedar muy claro que es un trámite que se utiliza tanto para declarar la efectividad de la prescripción respecto de bienes muebles como de inmuebles aun cuando casi todas las demandas se refieren a inmuebles, debido al sistema de registro de la propiedad inmobiliaria, que normalmente no se utiliza respecto de los bienes muebles

por lo que quienes poseen estos, amparados por la presunción del art. 762 del C. C. (el poseedor se reputa propietario), sólo en muy contadas ocasiones acuden al proceso de pertenencia.

Y es que los poseedores de bienes muebles usualmente no precisan de la ayuda del proceso de pertenencia porque su calidad de tales les permite dar a los bienes un tráfico jurídico idéntico al que tendrían de ser los titulares del derecho de dominio, motivo por el cual únicamente cuando se trata de bienes muebles cuya tradición está sometida a registro, es que utilizan este mecanismo procesal, que como es sabido implica posesión por espacio mínimo de tres años, plazo no modificado por la ley 791 de 2002.

2.5. *Estudio del trámite del proceso de pertenencia previsto en el art 375 del CGP*

2.5.1. *Competencia para conocer del proceso de pertenencia*

En lo que concierne con los procesos de pertenencia se adscribió el mismo, al juez civil del Circuito, al disponer el artículo 16, numeral 4º, que conocerán de los procesos "de pertenencia que no correspondan a la jurisdicción agraria, éstos últimos cualquiera que sea su cuantía", en claro desarrollo del factor objetivo por la naturaleza del asunto.

No interesa el valor que puedan tener los bienes cuya declaración de prescripción adquisitiva se solicita, tampoco si son muebles o inmuebles, será siempre el juez civil del circuito el llamado a resolver la petición respectiva, lo cual además conlleva como obligada consecuencia que el trámite que debe darse será el propio del verbal ymo será viable acudir al verbal sumario, debi

do a que el factor cuantía no se tuvo en cuenta, pues únicamente se atiende al de la naturaleza del asunto.

De acuerdo con el artículo 23, numeral 7o, de los procesos de pertenencia conocerá de modo privativo el juez del lugar donde se hallen los bienes "y si se hallan en distintas circunscripciones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante", sin que interese el hecho de que la mayor parte del bien esté ubicada en alguno de los municipios circunvecinos.

2.5.2. *Legitimación para iniciar el proceso de pertenencia*

De acuerdo con el numeral Iº del art. 375 del C.GP, está legitimado para solicitar la declaración de pertenencia "todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción" y, tal como antes se explicó, también los acreedores y el comunero que ha poseído y explotado económicamente el predio con exclusión de los demás condueños.

2.5.2.I. *El poseedor*

La prescripción adquisitiva, conforme al art. 2527 del C. C., puede ser ordinaria o extraordinaria. La primera exige justo título y posesión de buena fe por un lapso no menor de cinco años para inmuebles y de tres años para muebles, pero respecto de los últimos no existe distinción entre ordinaria y extraordinaria; la prescripción extraordinaria, por el contrario, no reúne las características anteriores: sólo exige posesión ininterrumpida por un período no inferior a diez años, y si se trata de prescripción de vivienda de interés social, el plazo será de 3 ó 5 años de acuerdo eon el art. 51 de la ley 9ª de 1989, que no se modificó por la ley 591 de 2002.

El poseedor que se encuentra en alguna de las anteriores circunstancias puede demandar la declaración de efectividad de la prescripción adquisitiva; sin embargo, los procesos de pertenencia más frecuentes son los que se adelantan con base en petición de poseedores irregulares, es decir, de quienes alegan la prescripción extraordinaria.

En verdad, la prescripción ordinaria exige justo título y buena fe (C. C., art. 2528), es decir, requiere posesión regular, por lo que es de rara ocurrencia un proceso de pertenencia en el cual se alega esta clase de prescripción, pues desde el punto de vista práctico, resulta muy difícil distinguir el poseedor ordinario del propietario respecto de los bienes sujetos a registro, de modo que mientras no se discuta su derecho poco interés existirá en demandar la pertenencia. En cambio, la prescripción extraordinaria, que no requiere ni justo título ni buena fe, no obstante exigir un plazo superior para su consolidación, es la que con mayor frecuencia motiva las solicitudes de pertenencia ante la justicia civil pues de no darse la declaración de propiedad el poseedor no altera su carácter de tal por el simple transcurso del tiempo.

2.5.2.2. *El acreedor*

Puede ocurrir que a un poseedor no le interese iniciar el proceso de pertenencia por cuanto de declararse la prescripción adquisitiva ingresa el bien a su activo patrimonial y corre el peligro de que se le embargue y remate el mismo, de ahí que prefiera seguir en la condición de poseedor para evitar, eventualmente, el cumplimiento de obligaciones para con sus acreedores, dada la gran dificultad que reviste el embargo de los derechos de **po**

sesión y las evidentes ventajas de orden tributario que tiene el poseedor respecto del propietario.

Por eso al poseedor le puede ser más práctico continuar en calidad de tal, sabiendo que puede derivar idénticos beneficios económicos a los que tendría derecho si fuera el propietario del inmueble si no es de su interés la venta del mismo, con la muy evidente ventaja de que no se lo pueden embargar, ya que en el registro aparecerá a nombre de persona diferente y sus acreedores únicamente podrán perseguir el embargo de las mejoras, que normalmente resulta infructuoso, por lo que es necesario dotar a los acreedores de una acción idónea para evitar la burla de sus intereses.

En este caso, y como concreción de la denominada *acción oblicua por legitimación extraordinaria*, los acreedores pueden, a pesar de la renuncia o renuencia del poseedor, adelantar el proceso de pertenencia.

Al dictarse sentencia, el poseedor recibirá y no los acreedores, el derecho de dominio, pues la acción especial no legitima para que se les declare propietarios porque siempre lo será el poseedor, pero esos acreedores podrán lograr su embargo, a fin de facilitar la efectividad de sus créditos sobre un bien que pasa a ser propiedad del deudor, adelantando de inmediato proceso ejecutivo o reanudando el que ya habían iniciado pero no mostraba resultados ante la ausencia de bienes embargables en cabeza del deudor.

En razón de que el poseedor puede resultar favorecido con la sentencia, si el fallo es estimatorio de la demanda, no obstante

el silencio de la disposición, es evidente que debe citársele al proceso para que, si lo quiere, intervenga en él; tal citación es necesaria a fin de asegurar que una de las personas que integra uno de los extremos de la litis quien puede resultar beneficiada o peijudicada con la demanda sea vinculada al proceso, pues de lo contrario se daría el caso de que ese poseedor, eventualmente favorecido con la sentencia, no ha sido vinculado al proceso.

Surge entonces por la naturaleza del asunto y disposición expresa de la ley, un litisconsorcio necesario que permite al acreedor, por expresa autorización legal, demandar para obtener la declaración de pertenencia pero que impone citar al poseedor, pues a la luz de lo dispuesto en el art. 61 del CGP. no es "posible decidir de mérito" sin su comparecencia.

En efecto, dado que el fallo no afecta directamente al acreedor demandante, sino a su deudor, el poseedor, éste debe ser citado, so pena de nulidad de lo actuado luego del fallo de primera instancia como sucede siempre que no se integra el litisconsorcio necesario.

No sería lógico dictar una sentencia que vincule a un sujeto de derecho, sin que éste haya sido ligado al proceso. Por ello opino que en este caso el juez puede hacer uso de la facultad que le confiere el art. 61 del C, porque el hecho de que se le permita al acreedor demandar por cuenta de su deudor (el poseedor) no es, a mi entender, suficiente para impedir la citación mencionada; como se indicó, el acreedor no demanda para obtener directamente un resultado para sí; de esta forma se garantiza el derecho del poseedor de oponerse a las pretensiones del acreedor en el supuesto de que re'almente éste no tenga dicha calidad, ora por

que ésta nunca existió, bien porque se pagó la obligación, porque así el proceso de pertenencia no sea el llamado para dilucidar los conflictos entre acreedor y deudor, sí podrá el juez analizar las circunstancias para efecto de negar la legitimación del acreedor para obtener la declaración de pertenencia, si el poseedor no la quiere; también puede suceder que el poseedor citado esté de acuerdo en que se declare la pertenencia y asuma para sí las pretensiones, hipótesis que no implica que deba ser desplazado del proceso el acreedor debido a la especial legitimación en la causa que se le ha conferido.

2.5.2.3. *El comunero excluyente*

En cuanto el comunero pudo demandar la prescripción respecto de los demás comuneros, surgieron voces de protesta, pues aún imperaba la creencia de que la prescripción entre comuneros estaba prohibida, al igual que lo estuvo en la legislación española anterior a la expedición del Código Civil; sin embargo, como lo explica Manuel José Vargas al comentar la derogada ley 51 de 1943, tal principio no se estableció en el Código de Bello, siendo "lo lógico suponer que si se hubiera querido sacar el principio de la prohibición hubiera sido lo más natural llevar al Código un artículo nuevo que hubiera repetido el principio español así, pues, al permitirse en el art. Iº de la ley 51 alegar la prescripción entre los comuneros que posean, o hayan poseído, un lote o todo el bien común, no se hace otra cosa que declarar que el Código ya permitía la adquisición del dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con los requisitos legales".

En suma, la ley 51 de 1943 desterró la errónea interpretación de la Corte Suprema de Justicia, que en múltiples ocasiones sostuvo que cada comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente para sí, sino también a nombre de sus condueños, porque tal situación de condominio crea una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y sus efectos, lo que no es cierto.

Si se adiciona lo indicado por el art. 375 del CGP, es verdad averiguada la de que el comunero excluyente puede usucapir no sólo una parte del bien, sino aun la totalidad de este si ha poseído con exclusión de los restantes comuneros y esa posesión ha estado acompañada de actos de explotación económica.

Este último requisito es apenas lógico, pues resultaría inequitativo permitir que una posesión sin actos de explotación económica perfectamente posible en la práctica, v. gr., actos de vigilancia para mantener en un mismo estado el bien, pueda beneficiar a un comunero, que en tal caso no está en mejores condiciones ni puede alegar superior derecho que los restantes condueños, de ahí que el numeral 3º del art. 375 indique: "siempre que su explotación económica, no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad".

La posesión que ejerce el comunero puede ser sobre todo o parte del bien. En nuestro medio ocurre con frecuencia que los comuneros dividen de hecho materialmente el bien inmueble y ejercen actos de posesión sobre una parte del mismo, pero sin que haya existido división legal del mismo, dedicando a esa parte todos sus esfuerzos y no poca inversión en dinero, todo lo cual

hace que, transcurridos los términos legales, sea más favorable para ese comunero acudir a la prescripción que a la división, lo que es una alternativa que observará según más le convenga.

Puede suceder, así mismo, que el comunero haya poseído totalmente el bien sin reconocer derechos a los demás comuneros, en cuyo caso también puede pedir la declaración de pertenencia en su favor, siempre que haya explotado económicamente el bien, circunstancia que la ley no exige ni para el acreedor ni para los otros poseedores.

En efecto, es necesario que, además de la posesión del comunero, haya existido explotación económica del predio y que ésta no sea consecuencia de un acuerdo con los demás comuneros (art. 375, num. 3), lo cual es lógico, por cuanto si un comunero ad~~mini~~stra a nombre de otros o por disposición de autoridad, mal puede alegar ánimo de señor y dueño, requisito esencial de la posesión; si no ha explotado económicamente el bien, no se ve porque su situación sea privilegiada frente a los demás comuneros.

Advierto dos importantes diferencias entre los nums. 1 y 3 del art. 375 del CGP. En el caso del num. Iº, basta alegar y demostrar posesión, así no exista explotación económica pues se puede poseer un bien con ánimo de señor y dueño y no explotarlo económicamente; en cambio, en el caso del num. 3º, el comunero, además de probar posesión, debe demostrar la explotación económica, por cualquiera de los medios aceptados, de los que son ejemplo, pero no los únicos casos, los enumerados en el art. Iº de la ley 200 de 1936, que habla de "hechos positivos propios de dueños, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganado y otras de igual significación económica", pues creo que esta

norma es la guía básica para saber en qué consiste la explotación económica de la tierra siempre que alguna disposición la exija.

Además, se debe notar que en esta hipótesis de la prescripción entre comuneros realmente la finalidad del proceso no es la de convertir al poseedor en propietario porque el comunero ya lo es, sino al titular del derecho de dominio en común y proindiviso, en propietario pleno, de una parte del bien o, incluso, de la totalidad del mismo.

2.6. *El proceso de pertenencia cuando existe duda acerca de la calidad de baldío el inmueble objeto del mismo*

Recomiendo el estudio de la reciente sentencia T-549 de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, en donde tuteló y revocó sentencia que había declarado la prescripción adquisitiva, señalando,que al "haber omitido dilucidar la naturaleza jurídica del bien, incurrió el juzgado de instancia en una falta de competencia para decidir sobre la adjudicación del mismo, como quiera que de tal claridad depende establecer cuál es la autoridad competente para disponer sobre la posible adjudicación del inmueble."Agrega que sin estar acreditado que el bien es un inmueble privado no es del caso adelantar este proceso, "(...) debido a que la competencia para el reconocimiento del derecho de dominio, sobre un baldío, recae en el Incoder, tal y como lo determina el artículo 65 de la ley 160 de 1994, ya citado.

2.7. *Anexo a la demanda de pertenencia respecto de bienes sometidos a registro*

De conformidad con el numeral 5o del art. 375 del CGP, se debe acompañar con la demanda un certificado del registrador

de instrumentos públicos, en que conste quiénes figuran como titulares de derechos reales principales sujetos a registro, sobre el bien cuya declaración de pertenencia se solicita.

Adiciona el mismo numeral que: "Cuando el inmueble haga parte de otro de mayor extensión deberá acompañarse el certificado que corresponda a éste. Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella. Cuando el bien esté gravado con hipoteca o prenda deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario.", norma con la cual queda finiquitada la antigua polémica en tomo a si por no ser derecho real principal el de hipoteca, debía o no ser citado el acreedor respectivo, pero sigue vigente la discusión en tomo a si con ocasión de la sentencia que declara la pertenencia se cancela el gravamen hipotecario.

Preciso es advertir que la demanda no se dirige contra el acreedor hipotecario, únicamente está prevista su citación, circunstancia que nítidamente diferencia el numeral 5º del art. 375, pero que también implica notificación personal por ser la primera que se hace a un tercero según lo dispone el numeral 3º del art. 290 del CGP, citación que tiene como finalidad la de permitir que, alertado el acreedor hipotecario, pueda hacer uso de las prerrogativas que le otorga dicho derecho real, promoviendo las acciones pertinentes para efectos de obtener la efectividad de la garantía, pues el proceso verbal de pertenencia no es el escenario procesal para efectos de lograrlo.

No obstante estimo que quien demanda la declaración de pertenencia puede acumular pretensiones e involucrar además de la de pertenencia una adicional en el sentido que se declaren

prescritas las obligaciones garantizadas con la hipoteca, para lo cual tiene legitimación en la causa el poseedor dado que de ser declarado propietario le interesa un bien libre de todo gravamen y, en consecuencia, se ordene la cancelación de las que puedan existir, evento en el cual la demanda se va a dirigir además contra el acreedor hipotecario como titular de un derecho real accesorio y le permite al juez, de ser el caso de declarar la pertenencia, adicionar su fallo acogiendo la pretensión subsidiaria y ordenar las cancelación de los gravámenes como consecuencia de la extinción de la obligación garantizada, naturalmente de estar prescrita la obligación garantizada con la hipoteca, apreciación que se ve reforzada por la circunstancia de que la ley 791 de 2002, en el nuevo inciso segundo del art. 2513 del C. C. también autorizó al prescribiente para alegar por vía de acción la prescripción extintiva.

Por esa razón considero que la circunstancia de que el CGP haya previsto de manera expresa la citación del acreedor con garantía hipotecaria, no soluciona por sí sola, la antigua pero vigente polémica con relación a si en la sentencia que declara la pertenencia se puede ordenar la cancelación de los gravámenes hipotecarios, circunstancia que se puede precaver si se actúa de la manera antes advertida.

Es por lo antes señalado que recuerdo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[1] frente a los efectos de la sentencia de pertenencia respecto de los titulares de derechos reales accesorios, en especial acreedores hipotecarios, en un caso en el cual se

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de septiembre 1 de 1995, Expediente 4219 ponente Dr. Héctor Marín Naranjo.

declaró la pertenencia de unos lotes que habían sido hipotecados por el propietario y respecto de los cuales se declaró la extinción del dominio.

El Banco acreedor al recurrir en casación argumentó que el Tribunal violó la ley al disponer, como consecuencia de la declaración de pertenencia, la cancelación de los gravámenes hipotecarios y argumentó que para el Tribunal el efecto *erga omnes* de la sentencia previsto se traduce en la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, que pueden tener terceros sobre el bien "cuando arguye el verdadero sentido de la disposición es el de que la sentencia al producir efectos *erga omnes* lp que conlleva es su oponibilidad frente a todos, respecto del Hecho cierto de la adquisición del dominio por el demandante y lá^ subsiguiente extinción de toda propiedad anterior, declaración que no puede ser desconocida por nadie, pero no significa que esa oponibilidad de la calidad de propietario frente a todos, implique la desaparición del derecho real accesorio, para el caso sub judice, el de hipoteca, puesto que para el acreedor hipotecario es indiferente quien sea el propietario de la cosa, es decir no tiene interés en desconocer al propietario reconocido en la sentencia, puesto que la ley le ha otorgado el derecho de perseguir el bien, pertenezca a quien pertenezca".

La Corte aceptó el planteamiento y luego de analizar que «tetro de las formas de extinción de la hipoteca previstas en el ■.ajt' 2457 del C. C. y otros eventos que ha señalado la doctrina no sítela la declaratoria de pertenencia, adiciona su análisis advir- Jtedo que en la expresión erga omnes no puede entenderse que implícitamente se extinguen todos los derechos reales accesorios

que terceros tengan sobre el bien, destacando que cuando la ley quiere que se extinga el derecho real de hipoteca, expresamente lo señala tal como sucede con los bienes adquiridos en remate o los que se expropian, procesos donde además está prevista la citación forzosa de los acreedores hipotecarios.

Agrega la Corporación, argumentos que comparto, lo siguiente:

"A fin de optar por uno o por otro criterio es pertinente recordar que derecho real accesorio es también el de servidumbre (arts. *8*79 y 880 del C. C.), a nadie se le ocurriría el despropósito de sostener que con base en los efectos erga omnes de la sentencia que declara el dominio el predio queda purgado de la servidumbre que ha venido soportando. El titular del predio dominante no se ve perturbado por esa determinación y, desde luego, no tenía porque haber sido citado al proceso. "

Como para constituir una hipoteca no es necesario contar con la posesión material, advierte la Corte que "al poseedor inscrito le quedaría muy fácil constituir sobre él un gravamen de tal naturaleza para que luego le fuera rematado en la ejecución que contra él se instaurara, con lo que se podrían ver burladas las expectativas del usucapiente", posibilidad que, como la misma sentencia lo advierte no impide que "el poseedor pueda oponerse al secuestro del bien, lo que es indispensable para que el remate pueda llevarse a cabo (art. 515 C. de P. C. -*hoy art. 448 CGP-),* lo que, por supuesto, debe dejarlo a salvo de eventualidades como la citada.", tema con relación al cual me remito a los comentarios del capítulo correspondiente al proceso ejecutivo hipotecario donde pongo de presente que en casos de éxito en la oposición

se hace nugatoria la garantía hipotecaria, de ahí que es esta una modalidad de prevenir los efectos de maniobras amañadas por parte del titular del derecho de dominio en busca de dañar los intereses del poseedor, sin perjuicio de las acciones penales que tal conducta torticera puede originar.

No obstante, como es menester ubicamos en el campo de la presunción de buena fe, es posible que cuando se constituyó la garantía hipotecaria la conducta haya sido correcta, lo que evidencia que las garantías hipotecarias que pueden afectar el bien cuya declaración de pertenencia se pide, correspondan a obligaciones anteriores a la inscripción de la demanda, cuyo plazo para hacerlas exigibles sigue vigente, hipótesis en la cual se observa que declarar extinguida la hipoteca vulneraría el derecho de garantía del acreedor hipotecario. •

Es más, si bien es cierto la sentencia que declare la pertenencia tiene efectos erga omnes, señala el numeral 10° que una vez inscrita "nadie podrá demandar sobre la propiedad o posesión del bien por causa anterior a la sentencia", cuestión que no toca con el derecho de garantía emanado de la hipoteca, de modo que debe el juez adicionar su fallo en el sentido de precisar si la hipoteca sigue o no vigente según lo probado en cada caso.

En conclusión, el hecho de que siempre deba citarse al acreedor con garantía hipotecaria ai proceso de pertenencia, constituida la misma con anterioridad a la inscripción de la demanda, no conlleva que fatalmente al ser declarada la pertenencia [1] deba automáticamente ser cancelado ese gravamen.

Prosiguiendo con el análisis de la exigencia del anexo como requisito formal de la demanda, tiene eficacia en esencia para las declaraciones de prescripción adquisitiva respecto de bienes raíces, pero también opera para los bienes muebles sometidos a registro; no se podrá exigir certificación alguna cuando se demanda la prescripción de un bien mueble no sometido a registro.

Si ese anexo es obligatorio adjuntarlo con la demanda, pues es claro el numeral 5º en precisar que "deberá acompañarse", es deber del registrador de instrumentos públicos "responder a la petición del certificado requerido en el inciso anterior, dentro del término de quince (15) días", lo cual no implica que tenga que expedir un certificado si no cuenta con las bases para hacerlo, sino que debe resolver la solicitud, que bien puede ser negándola por carencia de datos esenciales de identificación, respuesta que no permite que se le pueda tener como sustituta del certificado exigido.

En ocasiones las oficinas de registro no pueden certificar cuando, por ejemplo, el inmueble poseído forma parte de uno que aparece inscrito con linderos diferentes o quien solicita el certificado está en imposibilidad absoluta de dar ciertos datos como el número de la última escritura de adquisición o el nombre del último propietario.

En tales casos, el escrito que expiden los registradores en el sentido de que no están en posibilidad de certificar si determinada persona tiene derechos reales sobre el inmueble, debido a que no tienen los datos necesarios para buscar en sus libros, no suple el requisito de ley, pues no sería posible inscribir la sentencia ante

la carencia de dichos elementos, de ahí que no pueda el juez ante la falta del mismo admitir la demanda.

Será ya de cargo del demandante adelantar las diligencias pertinentes para obtener ese certificado debido a que no es viable, como se advierte y desprende de la norma, obviar el mismo.

2.8. *Emplazamiento y notificación de la demanda*

Si el registrador indica en el certificado que existe alguna persona con un derecho real principal sobre el inmueble (propiedad, usufructo), la demanda se dirigirá contra ella pero se citará, lo que no es lo mismo como ya se explicó si en aquel se da cuenta de la existencia de garantía hipotecaria, al acreedor en cuyo favor se pactó.

La anterior circunstancia no es obstáculo para que en el auto admisorio de la demanda, se ordene el emplazamiento de las personas que se crean con derechos para hacerlos valer dentro del proceso, ya que el art. 375, num. 6, ordena este emplazamiento, necesario en atención a los efectos erga omnes de la sentencia y se remite al numeral *T* en lo que concierne con los requisitos y forma de dicho emplazamiento.

Empero, es necesario dejar sentado que cuando la demanda se din ge contra personas determinadas pues se conoce el nombre de ellas, ejemplo el del propietario inscrito, el usufructuario o el acreedor con garantía hipotecaria, el auto admisorio de la demanda se les debe notificar en la forma establecida para todo proceso, tal como se explica en la parte general de esta obra; adicionalmente debe surtirse el emplazamiento de las personas

indeterminadas que debe seguir los lineamentos, que tocan con la exageración, previstos en el numeral 7º.

Es así como el numeral 7º del art. 375 del CGP señala en tratándose de inmuebles, que: "El demandante procederá al emplazamiento en los términos previstos en este código y deberá instalar una valla de dimensión no inferior a un metro cuadrado, en lugar visible del predio objeto del proceso, junto a la vía pública más importante sobre la cual tenga frente o límite", valla para cuya elaboración se consignan a renglón seguido los minuciosos requisitos formales a observar en su elaboración y colocación, la que debe permanecer instalada 0"hasta la audiencia de instrucción y juzgamiento.", con la obvia salvedad de que si en la audiencia inicial se profiere la sentencia, en el sentido que sea, hasta allí va la fijación.

Adiciona la norma que "Cuando se trate de inmuebles sometidos a propiedad horizontal, a cambio de la valla se fijará un aviso en lugar visible de la entrada al inmueble", redacción ambigua que requiere de ser precisada y para el efecto parto del supuesto de que se trata de un edificio en el que existe el apartamento, o un conjunto de casas, donde está el bien respecto del que recae la petición de pertenencia, de modo que por "entrada del inmueble" se debe entender la del edificio, no la del apartamento, o la del conjunto habitacional, que bien puede ser la portería o un lugar aledaño a esta, pues así se logran los fines de publicidad perseguidos y debe ser un aviso, no una valla, que contenga los datos referidos en una dimensión racionalmente grande que permita su lectura, pero no necesariamente de un metro cuadrado.

Adicionalmente la disposición exige que se deben aportar al expediente "fotografías del inmueble en los que se observe el contenido" de la valla o del aviso, sin establecer un número preciso, de ahí que pueden ser dos más.

Igualmente es menester que el juez ordene "la inclusión del contenido de la valla o del aviso en el Registro Nacional de Procesos de Pertenencia que llevará el Consejo Superior de la Judicatura[2], por el término de un (1) mes, dentro del cual podrán con

2 Por el Acuerdo No. PSAA14-10118 marzo 4 de 2014 de la sala administrativa del Consejo Superior de la judicatura "se crean y organizan los Registros Nacionales de Personas Emplazadas, de Procesos de Pertenencia, Bienes Vacantes o Mostrencos, y de Procesos de Sucesión". El artículo 2º señala que: -'Xas Registros Nacionales de Personas Emplazadas, de Procesos de Pertenencia, Procesos de Declaración de Bienes Vacantes o Mostrencos, y Procesos de .Sucesión serán públicos y permanentes. En ellos solo podrá incluirse, modificarse o excluirse información por orden o con autorización judicial, siempre que "éxista un proceso judicial en trámite y para los efectos exclusivos previstos en el Código General del Proceso y en las demás leyes que lo complementan. Para tal efecto, el titular de cada despacho judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que al momento de efectuar la radicación de los expedientes asignados por reparto se incluya en el Sistema de Gestión de Procesos Judiciales, el nombre e identificación de todos los sujetos procesales y la identificación del predio o bien mueble según corresponda, cuando se trate de procesos de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos." El artículo 6º dispone que: "El Registro Nacional de Procesos de Pertenencia es una base de datos de los procesos adelantados ante los jueces civiles en los que el demandante o el demandado pide declarar que un bien ha sido adquirido por prescripción. Cuando se trate de bienes inmuebles la parte interesada deberá allegar en un archivo "PDF' la identificación y linderos del predio objeto de usucapión y solicitar la inclusión en el Registro Nacional de Procesos de Pertenencia, para lo cual el despacho ordenará previo el cumplimiento de los requisitos legales la inclusión de la siguiente información en la base de datos: 1. La denominación del juzgado que adelanta el proceso. 2. El nombre del demandante. 3.E1 nombre del demandado.4. El número de radicación del proceso.
5. La indicación de que se trata de un proceso de pertenencia. 6. La convocatoria

testar la demanda las personas emplazadas; quienes concurran después tomarán el proceso en el estado en que se encuentre."

Se desprende de lo anterior el celo extremo del legislador para asegurar la máxima publicidad al proceso de pertenencia, de manera que la parte demandante y, obviamente el juez como director del proceso, son los llamados por excelencia a verificar que se cumplen los exhaustivos requisitos formales antes relacionados, pero en especial lo debe hacer el primero, debido a que no cumplirlos, por formar parte de los exigidos para la notificación de la demanda, podrían generar nulidad de la actuación por la causal prevista en el art. 133 numeral 8º del CGP.

Como en este proceso siempre van a existir personas indeterminadas el numeral 8º del art. 375 ordena que el juez designe "curador ad litem que represente a los indeterminados y a los demandados ciertos cuya dirección se ignore.", con lo que que

que concurran al proceso.7. La identificación del predio o del bien mueble, según corresponda."

La CER.CLX.A_R No.PSACI 5-12 del 25 de marzo de 2015 recuerda que: "Mediante Acuerdo PSAA14-10118 de 4 de marzo de 2014, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, le asignó a la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la responsabilidad de crear la base de datos de los Registros Nacionales de Personas Emplazadas, garantizando la uniformidad y actualización de los datos, aplicativo que fue dado a conocer para su publicación y divulgación en el Portal Web de la Rama Judicial. En cumplimiento al Articulo 1 del Acuerdo PSAA14-10U8 de 4 de marzo de 2014, se informa que está a disposición del público a través de la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co, la herramienta implementada por la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para "los Registros Nacionales de Personas Emplazadas, de Procesos de Pertenencia, Bienes Vacantes o Mostrencos,' y de Procesos de Sucesión" Artículos 108, 293, 375, 383, 490 y 618 del Código General del Proceso"

da claro que si existen personas determinadas cuyo paradero se desconoce el curador será el mismo, pero respecto de estas el emplazamiento se surte en la forma prevista en la parte general del CGP, lo que evidencia que si se desconoce el paradero del demandado persona determinada se surtirá respecto de este el correspondiente emplazamiento, o sea que en esta hipótesis serán dos los emplazamientos, solo que no será necesario nombrar otro curador.

Se tiene así que en un caso como el que analizo, se deben hacer los dos emplazamientos: el del demandado, según lo dispone los artículos 293 y 108 del CGP, para todos los eventos en que se ignore su domicilio o lugar de trabajo o habitación y el de las personas indeterminadas que siempre debe cumplirse, emplazamientos que se surten en fechas y con formalidades diferentes de ahí que no admiten trámite conjunto.

Debe, eso sí, nombrarse el mismo curador al demandado y a las personas indeterminadas, debido a que no existe incompatibilidad alguna en la defensa de los intereses precisando el alcance de su intervención como se explica a continuación.

En efecto, se debe hacer una clara diferenciación de los casos de los nums. 5 y 6 del art. 375. El primero dispone que "siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá (fingirse contra ella", es decir que esa persona se convierte en Remandado determinado en el proceso verbal, y si se da el caso de los artículos 293 y 108 del CGP, el emplazamiento se hará dé conformidad con esas normas, o sea que se debe notificar la demanda al curador del ausente determinado.

El num. 6º del art. 375 se refiere a la obligación de emplazar "a las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien", o sea, además de las que puedan figurar como demandadas, que serán indeterminadas y estarán representadas por un curador a quien no es menester notificarle la demanda.

Pensemos en una demanda que se dirige, por ejemplo, contra X, quien figura como titular del derecho de propiedad en el certificado que expide el registrador. El juez, al admitir la demanda, debe ordenar el traslado al demandado providencia que debe ser notificada personalmente y, además, disponer el emplazamiento de las personas indeterminadas ya que estas siempre existirán.

Si se conoce el lugar de trabajo o de habitación de quienes deben ser demandados como personas determinadas se debe proceder como lo señala el artículo 291 del CGP es decir que bien puede culminar con la notificación por aviso que allí se desprende.

Ahora bien, si desde el momento mismo de la presentación de la demanda se afirma que se desconoce el paradero de X, el juez al admitir la demanda de pertenencia debe ordenar el emplazamiento del demandado y el de las personas indeterminadas, en trámites separados.

Al designar el curador que será el mismo para el demandado y las personas indeterminadas y notificársele la demanda, se debe dar traslado por el término legal de veinte días en lo que concierne con las personas determinadas, porque este traslado no existe para el curador de las personas indeterminadas.

efectos erga omnes de la sentencia que declara la pertenencia

Mucho se ha discutido sobre la legalidad de los efectos erga

ffi§r&fesde ciertas sentencias por estimarse que violan el principio p§é§un el cual esta sólo tiene efectos entre las partes. Al debatirse ley 51 de 1943, el senador Carlos Bravo se opuso a darle tales

jplictos a la sentencia del proceso de pertenencia por considerar violaba este principio, a lo que el senador Caballero Esco-

fepuso: "Tengo que declarar que en el caso de que se trata,

" Wífecto erga omnes no es contra extraños, porque no los hay, puesto que la demanda está dirigida contra todo el mundo y se ha iíámado al juicio a todo el mundo, y el que se crea con derecho y joo concurra no deja de ser parte, sigue siéndolo y como tal sufrirá ,ías consecuencias. Eso para con todo ausente o persona incierta a quien se emplaza a un debate judicial y no comparece".

Éstas razones conservan plena actualidad. No puede ha-

Earse de extraños en el proceso de pertenencia, debido a que *éTémplazamiento, nombramiento y obligatoria intervención del ¿urádor vinculan a toda persona. Quien no quiso comparecer, a pesar del emplazamiento, no puede desconocer los efectos de una sentencia de tal índole, amparado en su omisión. De otra parte, jio oar a la sentencia de pertenencia tal característica, menguaría •'^'^'^^Igideniente el efecto pretendido, cual es el de sanear titulaciones defectuosas y se desnaturalizaría el objetivo central de este §#S^JE?^so: efectividad al modo originario de adquirir el domi-

'Analizando otro aspecto de la sentencia, bien puede ocu-MSfclfe' - el proceso de pertenencia termine con fallo que niega la

declaratoria de la usucapión, por estimar el juez que no se han demostrado los supuestos de hecho necesarios, de los que resulta ser el más común no probar la posesión por el lapso que requiere el tipo de prescripción alegada. En tal caso, y una vez ejecutoriada la sentencia desestimatoria de la demanda, la circunstancia no implica modificación de la calidad de poseedor de quien ha demandado debido a que el proceso no está destinado a controvertir su posesión. En consecuencia, si persiste en la misma y por algún medio legal ésta no se logra interrumpir, podrá volver a demandar y tiene la posibilidad de obtener un fallo favorable sin que esta circunstancia implique violación de la regla de la cosa juzgada debido a que la causa no es igual.

Por ejemplo A inicia proceso de pertenencia alegando prescripción extraordinaria y dirige la demanda contra B, propietario del inmueble, si tramitado el proceso se establece en virtud de la oposición del demandado o del curador de las personas indeterminadas que A sólo lleva 8 años como poseedor, el juez dictará sentencia negando la declaratoria de la prescripción. Pero si A continúa como poseedor, pues ni B ni nadie inicia un proceso para recuperar la posesión y transcurren otros dos años, A completa 10 como poseedor y puede volver a presentar demanda, con idénticas pretensiones y dirigida contra las mismas personas determinadas, sin que se le pueda alegar la excepción de cosa juzgada por cuanto, insisto, la negativa de la declaratoria de pertenencia no tiene como consecuencia suprimir la calidad de poseedor que tenía el demandante; sólo declara que aún no reúne los requisitos para ser propietario; además, en el nuevo proceso ya no se estará frente a los mismos hechos, de ahí que desaparece una de las bases que tipifica la cosa juzgada, identidad de causa.

2.10. *Improcedencia de la declaración de pertenencia*

El artículo 375 numeral 4 preceptúa que “La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público” y establece como regla la de que ningún bien de propiedad de una entidad de derecho público, sin que interese la naturaleza de ella, como tampoco la del bien, puede ser objeto del proceso de pertenencia.

Para que no quede duda alguna acerca del alcance de la disposición, el inciso siguiente señala que: “El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público.”

Frente a lo terminante de la disposición transcrita no queda duda acerca de que esta norma modifica algunos artículos del Código Civil que permitían la declaración de pertenencia respecto de bienes fiscales; en efecto, el art. 2519 del C. C. se refiere no a todos los bienes de las entidades de derecho público, sino sólo a los bienes de uso público; esta clasificación es unánimemente aceptada y es claro en nuestro medio que los bienes de las entida- vdes públicas pueden ser bienes fiscales que conforme al Código Civil no están excluidos de la posibilidad de ser adquiridos o perdidos por **usucapión, y** los de uso público, estos sí imprescriptibles por definición.

En efecto, dice el art. 2517 del C. C.: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de

la nación, del territorio, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo", norma que estimo ha quedado derogada tácitamente por lo indicado en el numeral 4º del art. 375 del CGP, de ahí que las entidades públicas no pueden perder sus bienes por prescripción adquisitiva.

No puedo dejar de desconocer que la regulación del CGP va a determinar el inmovilismo de numerosas propiedades que, no obstante ser bienes fiscales, han sido poseídos de diez y más años atrás por diversas personas quienes no pueden iniciar la pertenencia; no obstante, la entidad oficial propietaria del bien nada es lo que puede hacer en orden a recuperar la posesión, pues si llegase a promover el proceso reivindicatorío se les propondrá con éxito la excepción de prescripción extintiva de su acción, respecto de la cual no existe ninguna norma discriminatoria favorable para dichas entidades, problemas todos que vienen a ser el resultado del desconocimiento de lo que sabiamente se había consagrado al respecto en el Código Civil.

Ante lo discutible del problema y para solucionar la traba jurídica que se ha creado en tomo a bienes fiscales poseídos por el plazo legal, respecto de los que al poseedor se le niega legitimación para iniciar la pertenencia debido estar adscrito su dominio a una persona jurídica de derecho público, pero a su vez no puede esta entidad obtener su recuperación reivindicándolo por estar prescrita la acción, se impone desatar el estado de cosas y establecer una adecuada regulación legal que permita resolver la situación de incertidumbre que se ha creado en tomo a dichos bienes.

El proceso de pertenencia para la vivienda de interés social

La ley 9 de 1989 conocida como de reforma urbana, modificada por la ley 388 de 1997, se ocupa de regular un régimen especial de pertenencia para ciertas propiedades urbanas, las que corresponden a la categoría de vivienda de interés social, que son aquellas que el art. 91 de la ley 388 las que "se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos", requisitos que debe definir el llamado Plan Nacional de Desarrollo y que ya dentro del proceso corresponde determinar a los peritos para que al fin y al cabo se tomará el valor que rija y permita ubicar la vivienda en esta especial categoría, pues de no ser así. se estaría a las reglas generales ya analizadas para efectos de lograr la propiedad del bien.

El termino de posesión que permite demandar la pertenencia,será de cinco años si se alega prescripción extraordinaria o se invoca la ordinaria, circunstancia esta última aún más favorecida si se invoca la ordinaria, circunstancia esta última aún de más fácil estructuración.

En efecto, el artículo 94 de la ley 388 de 1997 dispone en el numeral 1 que "los procesos de pertenencia de soluciones de vivienda de interés social, que se ajusten a lo previsto en el artículo 51 de la ley 9 de 1989, se tramitarán y decidirán como proceso abreviado, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, en la ley 9 de 1989 y en las disposiciones especiales contenidas en la presente ley", para adicionar el numeral 10 que "El juez del conocimiento podrá abstenerse de la práctica de la inspección judicial a que se refiere el numeral 10 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar dar aplicación a lo dispuesto por el inciso final del artículo 244

del mismo Código", con lo cual queda claro que en lo pertinente, que es casi todo, se observarán las reglas del art. 375 del CGP que reemplazó a la norma del C. de P. C. y que la opción de prescindir de la inspección judicial es debido a que resulta en este proceso imperiosa la designación de perito, dado que el numeral tercero indica al juez que conoce del proceso que "solicitará el avalúo de los inmuebles objeto del proceso para la definición del carácter de interés social".

3. NORMA ESPECIAL PARA EL PROCESO VERBAL DE SERVIDUMBRES

Es el artículo 376 del CGP el encargado de indicar aspectos adicionales que deben ser tenidos en cuenta dentro del verbal para que pueda darse la extinción, imposición o variación de una servidumbre.

Es juez competente el del lugar de la ubicación del bien; o sea que se estipula, para determinar la competencia por el factor territorial, el fuero real previsto en el art. 28, num. 7 del CGP. Como el Código no se refiere en forma específica al juez competente por la naturaleza del asunto, se entiende que se aplican las reglas generales y que si el proceso es de mínima o de menor cuantía, conocerá el juez civil municipal; pero si es de mayor, corresponderá al juez civil de Circuito.

La cuantía se determina en todos los casos y sin que importe la índole de la servidumbre, tomando el valor del avalúo catastral del predio sirviente, según lo previene el numeral 7 del art. 26 del CGP, de manera que no interesa si el proceso versa sobre imposición, niodificación o extinción del gravamen, pues siempre se observará esta guía para fines de radicar competencia.

Además, aun cuando, en principio, la servidumbre es susceptible de estimarse pecuniariamente, las hay como las inaparentes o las discontinuas de difícil precisión económica; por ese motivo el numeral 7 del art. 26 al seguir este criterio para radicar la competencia soluciona toda incertidumbre al respecto.

No es anexo obligatorio de la demanda la certificación catastral, pues basta la afirmación del demandante al respecto, sin necesidad siquiera de dar un valor exacto, pues es suficiente aseverar que se halla dentro de alguno de los límites propios de las diversas cuantías.

En verdad, debemos cuidamos de no ir a exigir, por vía de interpretación, que dentro de estos procesos sea obligación adjuntar como anexo con la demanda una certificación de la correspondiente entidad acerca del monto del avalúo catastral. En absoluto, cumple el demandante con aseverar la cuantía del proceso (mínima, menor o mayor) y sólo si su afirmación no concuerda con la realidad podrá el demandado a través de excepciones previas demostrar la inexactitud, apreciación que debe ser tenida en cuenta, por ser frecuente la tendencia, desde todo punto de vista reprobable, de algunos jueces que requieren el cumplimiento de requisitos que la ley no ordena, para efectos de inadmitir demandas con la esperanza de que oportunamente no se adecúe aquella a lo por ellos indebidamente pedido y así rechazarlas, por creer que así aminoran su trabajo, forma de denegación de justicia que ha proliferado de manera alarmante.

El proceso de servidumbre podrá iniciarlo el propietario del predio sirviente cuando se trata de modificar o extinguir la servi

dumbre, o el propietario del predio dominante, cuando se trata de imponerla o, también, de modificarla.

De otra parte, es posible que este proceso lo inicie un poseedor material cuya tenencia del bien con ánimo de señor y dueño sea superior a un año, como lo manifestó la Corte en fallo de 26 de julio de 1945,[3] posibilidad que si bien es cierto no contempla de manera específica el art. 376, nada impide que pueda ejercitar un poseedor de más de un año para tener el adecuado disfrute del inmueble respectivo.

En verdad, resultaría contrario a los fines de la protección de la posesión, partir del supuesto de que la omisión del art. 376 del CGP acerca de quienes están legitimados para iniciar el proceso de servidumbres, por no contemplar expresamente a los poseedores los excluye, ya que la regulación de las mismas está dada para permitir el adecuado goce de los bienes, derecho al que no se sustrae el poseedor.

Naturalmente, deberá cumplirse con el requisito de citar a todos los titulares de derechos reales tal como lo prevé el inciso primero del art. 376, que al no cualificar engloba tanto los de derechos reales principales como accesorios, en lo que constituye un claro evento de litis consorcio necesario, determinable de manera sencilla con el anexo obligatorio que es el certificado del registrador de instrumentos públicos.

3 "G. t. LDC pág. 391. La parte pertinente dice: "El derecho de servidumbre corresponde al predio dominante y es ejercido por los propietarios o poseedores de éste".

En este proceso puede presentarse un litisconsorcio necesario, tanto activo como pasivo, porque el art. 376 preceptúa como anexo obligatorio a la demanda debe acompañarse el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados las personas que tengan derechos reales sobre los predios dominante y sirviente, quienes deben ser citadas; este litisconsorcio necesario implica que serán parte en el proceso no sólo el propietario o propietarios de los predios dominante y sirviente, sino los titulares de derechos reales diferentes del dominio, quienes pueden ver afectados sus derechos por la declaración que haga el juez.

La vinculación de los litisconsortes necesarios, es decir de todos los titulares de derechos reales sobre los predios dominante *y* sirviente, debe hacerse mediante citación directa o indirecta (emplazamiento y curador) y su integración es requisito básico para que el juez pueda dictar sentencia; en ningún caso se justifica un fallo inhibitorio, porque sería contradictorio que un juez profiera sentencia inhibitoria por falta de una citación que debe hacer aún de oficio. Por consiguiente, si sólo en el momento de proferir sentencia el juez advierte la omisión, debe aplicar el inciso del art. 61 del CGP, que le ordena hacer la vinculación mientras no se haya dictado fallo de primera instancia.

También es menester advertir que la posibilidad excepcional para que un poseedor pueda iniciar el proceso de servidumbre implica que cuando se inicie por el titular de derechos reales debe citarse a los poseedores, si es que los hay, como litisconsortes necesarios, porque la eventual intervención de éstos, en la hipótesis planteada, se da en la diligencia de inspección judicial.

sin peijuicio de que éstos, motu proprio lo puedan hacer antes de tal ocasión.

En todos los casos cuando se trata de imponer o variar una servidumbre, es necesario presentar junto con la demanda, dado que tiene el carácter de anexo obligatorio, un dictamen de perito obtenido por solicitud de parte "sobre la constitución, variación o extinción de la servidumbre", en el que el perito debe indicar la forma como ella debe quedar.

Además, es obligatorio cuando se trata de imponer, modificar o extinguir una servidumbre, practicar una inspección judicial con fin de verificar los hechos que sirven de fundamento al *petitum* de la demanda, pues mediante esta prueba puede el juez formar su criterio para dictar el respectivo fallo, diligencia en la que no es perentoria la intervención del perito, pero a la que bien puede el juez citarlo si lo estima necesario para mejor proveer en su fallo.

De otra parte, nada impide que, además de las pruebas mencionadas, pueda acudirse a otros medios de convicción, pues la disposición únicamente señala dos como obligatorios en este proceso, sin que prohíba utilizar otros adicionalmente, si fuere necesario.

Dado que en este proceso pueden resultar afectados derechos de poseedores que no tienen como ya se dijo, la calidad de litisconsortes necesarios, por la elemental razón de que no son titulares de ningún derecho real principal registrado sobre los predios, el art. 376 reconoce la necesidad de respetar dichos derechos y dispone que si tales personas tienen más de un año

de,posesión y acreditan con prueba sumaria esa calidad, pueden intervenir en el proceso como litisconsortes de la respectiva parte ^presentarse cuando se efectúa la inspección judicial o aun antes.

.. Al indicar la norma que pueden presentarse como *" litis-'consortes de la respectiva parte* ", autoriza para que los poseedores se ubiquen en cualquiera de los extremos de la litis, según el particular interés que ostenten. Así, los poseedores del predio - qjre. sería el dominante, dentro de un proceso que busca la imposición de la servidumbre, pueden estar interesados en que así suceda, pues se benefician; por el contrario los poseedores del paredio que sería el sirviente tendrán como interés primordial que **la** servidumbre no se declare pues puede afectar el ejercicio de su posesión.

Además, de no haberse previsto esta posibilidad, se podría ¡violar los derechos del poseedor, al verse privado de intervenir aírese proceso donde por el contenido de la sentencia pueden en algunos casos, correr grave peligro sus intereses.

' 7' De otra parte, esta intervención de los poseedores también conlleva, especialmente cuando de imposición de servidumbres se trata, que al quedar ellos vinculados al proceso como litis consortes de la respectiva pane, la sentencia les pueda ser oponible, pues se recuerda que la servidumbre es un derecho real accesorio.

Piénsese en el evento de que se busque imponer una servidumbre de paso cuyo trayecto necesariamente afecte el predio Bt la parte que es poseída por persona diversa a su propietario. jH* un exabrupto concluir que respecto de esa porción no opera ^restricción al ejercicio del derecho que conlleva la imposición

de la servidumbre que por ser derecho real, al ser declarado es oponible a todos.

Como al imponerse una servidumbre se causa desmedro patrimonial al predio sirviente o si se extingue la servidumbre el predio puede adquirir mayor valor, el penúltimo inciso del art. 376 dispone que el juez señalará en la sentencia que ordena imponer o extinguir una servidumbre, la suma que debe pagarse a título de indemnización. También el juez debe adoptar similar conducta cuando varía una servidumbre: si la amplía debe indemnizarse al demandado; si la reduce, lógicamente debe restituirse, como sucede cuando, por ejemplo, se impone una servidumbre de paso ampliándola en diez metros sobre la ya existente, o cuando disminuye de treinta a diez metros.

Al determinar el quantum de la indemnización que ordena la ley el juez debe tener presente que al imponer una servidumbre el derecho de dominio sobre la zona de terreno que resulte afectada por el gravamen no se extingue. En absoluto, la servidumbre es un gravamen que al desaparecer permitirá ejercer al dueño del predio sirviente todos los derechos inherentes a su calidad de titular del dominio. La servidumbre es una limitación del derecho de dominio y la indemnización se señalará con base en el análisis de esa limitación y considerando la extensión del terreno que se va a gravar y la incidencia del gravamen en la adecuada explotación del predio, así como la eventual duración que ella puede tener.

Ahora bien, sólo habrá restitución si existió indemnización; bien puede acontecer que aquélla no se hubiera fijado y en tal caso el titular del predio dominante mal podría beneficiarse recibiendo, una restitución de algo que no ha erogado.

.. La restitución no tiene que ser igual a la indemnización si se considera el tiempo de la servidumbre y las ventajas que de £Ba; derivó el titular del predio dominante; inclusive puede no determinarse ninguna suma y así lo debe decir motivadamente el •TV'jiiez en su fallo.

conformidad con el mciso que comento, el juez debe ^etuar diligentemente ordenando las pruebas necesarias para poder hacer esa declaración en concreto dentro del fallo, por no ser $jable hacerlo en abstracto. En efecto, el Código dice que "en $E¿spntencia se fijará la suma que deba pagarse al demandado a jafcalp de indemnización o de restitución, según fuere el caso", lo interpretado sistemáticamente con el art. 283, que prohíbe lo

Sin embargo, como esa regulación económica la debe hacer eLjuez con base en pruebas, puede darse el caso de que tenga todos ;los elementos de juicio necesarios para decretar la extinción, imposición o variación de una servidumbre mas no sobre el valor fc indemnización o restitución, en cuyo supuesto, podría de- agotada esta posibilidad no tiene el juez las bases para señalar la jupa que debe entregarse a título de indemnización o restitución, pronunciarse acerca de la imposición, variación o extin- ráumbre pero sin imponer la condena pecuniaria ebido a la falta de elementos para hacerlo en concreto, quedando extinguida la obligación en lo que por tal concepto concierne.

Es más, no se puede perder de vista que en este aspecto es tivo el interés y colaboración de quien puede ser beneficia- pon la suma que declare el juez, de modo que si no se pudo

establecer la misma el juez hará el pronunciamiento de fondo que corresponda pero sin imponer condena pecuniaria por este concepto, pues en esta hipótesis debe ser desechada la posibilidad de que el juez absuelva.

Si no se ha pagado la indemnización cuando se concretó su monto, la sentencia no es ejecutable, porque sin la demostración del pago no se ordenará el registro y sin que esté registrada no se puede hacer cumplir, tal como lo dispone el inciso final del art. 376 al señalar que: "Al decretarse la imposición, variación o extinción de una servidumbre, en la sentencia se fijará la suma que debe pagarse a título de indemnización o restitución, según fuere el caso. Consignada aquélla, se ordenará su entrega al demandado y el registro de la sentencia, que no producirá efectos sino luego de la inscripción".

Conviene advertir que el proceso verbal de servidumbres, cuyos aspectos más salientes acabo de reseñar, no tiene aplicación cuando existe una disposición especial que señale un trámite diverso para resolver lo atinente a algunas de ellas, pues debe anotarse que para las diversas clases de servidumbres existe una prolífica legislación especial que debe ser observada preferentemente por el juez y que, en cada caso concreto, puede introducir reformas a lo contemplado genéricamente en el artículo explicado y en las disposiciones del Código Civil que se ocupan sobre el tema.

Por ejemplo, el decreto 2811 de 1974 Código de Recursos Naturales, establece para la adecuada explotación de los recursos naturales no renovables la posibilidad de imponer la servidumbre sin indemnización al indicar en el art. 68 que: "El concesionario

o el titular de permiso de uso de recursos naturales renovables de dominio público, estará obligado a soportar, sin indemnización, las limitaciones, servidumbres y demás restricciones sobre los bienes que aproveche, impuestas por motivos de utilidad pública o interés social, mediante ley o convención." y el art. 108 destaca que "Todo predio está sujeto a la servidumbre de desagüe en favor de otro predio público o privado que la necesite para dar salida y dirección a las aguas sobrantes."

Adicionalmente se regulan las denominadas servidumbres de presa y estribo al señalar el art. 112 que: "consiste en apoyar, sobre el predio o predios adyacentes al cauce de una comente o depósito de aguas, las obras necesarias para alguna presa o derivación."; también se refiere a la servidumbre de tránsito para transportar agua y abrevar ganado que según el art. 115 "consiste en el de la que se necesite llevar en vasijas, de una corriente de uso público, a través de predio rural ajeno, cuando se tiene derecho a tomar las aguas según las normas legales. Todo dueño de heredad disfrutará de esta servidumbre cuando carezca de agua propia o le sea insuficiente."; también el art. 118 se refiere a la servidumbre de uso de riberas que consiste en que "Los dueños de predios ribereños están obligados a dejar libre de edificaciones y cultivos el espacio necesario para los usos autorizados por ministerio de la ley, o para la navegación, o la administración del respectivo curso o lago, o la pesca o actividades similares."

La ley 142 de 1994 se ocupa lo que tiene que ver con servidumbres para prestación de *servicios públicos*, y dispone en su art. 57 que "Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una

vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y peijuicios que ello le ocasione."

La ley 1274 de 2009 en materia de servidumbres petroleras señala que en su art. 1 que: "La industria de los hidrocarburos está declarada de utilidad pública en sus ramos de exploración, producción, transporte, refinación y distribución. Los predios deberán soportar todas las servidumbres legales que sean necesarias para realizar las actividades de exploración, producción y transporte de los hidrocarburos, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Se entenderá que la servidumbre de ocupación de terrenos comprenderá el derecho a construir la infraestructura necesaria en campo e instalar todas las obras y servicios propios para beneficio del recurso de los hidrocarburos y del ejercicio de las demás servidumbres que se requieran."

En estos casos así como en cualquier otro que tenga regulación especial se aplican las disposiciones pertinentes y en lo que no esté regulado se acudirá a lo señalado para este proceso verbal que explico.

M El parágrafo del art. 376 sugiere al juez que todas las actuaciones de este proceso se adelanten en una sola audiencia y no en las dos innecesariamente consagradas en el trámite del proceso verbal.

£ NORMA ESPECIAL PARA EL PROCESO POSESORIO

2v V- '■

:r; Los artículos 972 a 1007 y 2359 del C. C. integran el conjunto de disposiciones que consagran las diversas acciones posesorias civiles. Para el desarrollo procesal de éstas existe el pro- 'céisó el verbal, que encuentra en el artículo 377 norma especial aplicable a toda clase de procesos posesorios de competencia de jueces civiles.

Previamente a emprender el estudio de la referida disposición, recuerdo que es conveniente, antes que acudir al proceso posesorio, emplear las acciones posesorias policivas que con una mayor dinámica y efectividad permiten obtener idénticas finalidades, de donde se concluye que si estamos en oportunidad para adelantar una de estas acciones no vacilo en recomendar ,primero que todo el agotamiento de las mismas antes de la ini-,cjación del proceso posesorio civil, por lograrse idéntico objetivo- con mayor presteza y ostensible economía procesal, pero sin qué sea obligatorio, como requisito de la acción civil, emplear previamente tal vía.

La ley 1801 del 29 de julio de 2016, por medio de la cual |é-:9xpi^e el Código Nacional de Policía, en los artículos 76 a 82 dichas acciones policivas, referidas señala en el art. *i* los asuntos "especialmente los relacionados con el presente feítulo, la posesión, mera tenencia y servidumbre aquí conte

nidas, están definidos por el Código Civil en sus artículos 762, 775 y 879."

Es así como el art. 77 se refiere a las conductas contrarias "a la posesión, la mera tenencia de los bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público, bienes de utilidad pública o social, bienes destinados a prestación de servicios públicos."

Esas conductas son las consistentes en: "1. Perturbar, alterar o interrumpir la posesión o mera tenencia de un bien inmueble ocupándolo ilegalmente.2. Perturbar la posesión o mera tenencia de un inmueble o mueble por causa de daños materiales o hechos que la alteren, o por no reparar las averías o daños en el propio inmueble que pongan en peligro, perjudiquen o molesten a los vecinos. 3. Instalar servicios públicos en inmuebles que hayan sido ocupados ilegalmente. 4. Omitir el cerramiento y mantenimiento de lotes y fachadas de edificaciones. 5. Impedir el ingreso, uso y disfrute de la posesión o tenencia de inmueble al titular de este derecho.", siendo uno de los correctivos centrales la restitución de la tenencia o la posesión por la autoridad de policía, es decir lo mismo que se quiere lograr luego del dispendioso trámite de un proceso posesorio.

Resalto que el artículo 80 del Código de Policía pone de presente que: "El amparo de la posesión, la mera tenencia y las servidumbres, es una medida de carácter precario y provisional, de efecto inmediato, cuya única finalidad, es mantener el statu quo mientras el juez ordinario competente decide definitivamente sobre la titularidad de los derechos reales en controversia y las indemnizaciones correspondientes, si a ellas hubiere

lugar. Parágrafo. La acción policial de protección a la posesión, la mera tenencia y servidumbres de los inmuebles de los particulares, caducará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la perturbación por ocupación ilegal.

La competencia para conocer de los procesos posesorios civiles corresponde, en razón de que se trata la posesión material de inmuebles[4] al juez del lugar de ubicación del bien. Esta conclusión se desprende del artículo 28, num. 7 que consagra el fuero real exclusivo para los posesorios de "de cualquier naturaleza".

El juez civil municipal del lugar de ubicación del bien será competente si el proceso fuere de mínima o de menor cuantía; pero si es de mayor cuantía, le corresponderá al juez civil de circuito. El criterio para fijar la cuantía es el establecido en el artículo 26, num 3. según el cual en los procesos posesorios la cuantía se determina por el valor total asignado como avalúo catastral del bien objeto de la perturbación o despojo, sin tomar en cuenta para nada si se trata de perturbación total o parcial.

Conviene reiterar que en estos casos no es necesario allegar ninguna prueba sobre el valor del bien, de modo que se atiende la estimación que hace el demandante dentro de alguno de esos tres rangos, sin que sea menester señalar el avalúo del bien.

En caso de que la estimación advertida determine una cuantía superior o inferior en lo que a los tres rangos corresponde, el demandado puede interponer la excepción previa de falta de

4 Es una grave faila de nuestro sistema el limitar las acciones posesorias y. por lo tanto el juicio respectivo a los inmuebles, pero ante la claridad del art. 972 del C. C. que habla sólo de '"bienes raíces", no otra puede ser la conclusión.

competencia para, demostrándose el error, hacer que el proceso vaya al juez competente caso de que el valor del avalúo catastral del bien no corresponda con la cuantía estimada dentro de alguno de los tres rangos conocidos y el error determina una cuantía diversa que altere la competencia o el trámite[5].

En cuanto a las personas habilitadas para iniciar el proceso posesorio, el art. 974 del C. C. prescribe: "No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo"[6], sin que sea objetivo de este proceso que el juez se pronuncie acerca de la existencia o no de derechos reales, sin peijuicio de que, "Podrán con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión", norma respecto de la cual la Corte[7] comenta que: "Conforme al art. 479 del C. C. los juicios posesorios no son para definir el derecho de propie

5 Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de iniciar procesos posesorios respecto de bienes muebles. Dado que el art. 972 del C. C. sólo admite las acciones posesorias para recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos y que la norma deja por fuera lo relativo a bienes muebles, vacío que se corrige parcialmente con las acciones policivas y penales existentes; es oportuno propugnar para que en próximas reformas a la ley civil, se prevea el otorgamiento de la acción posesoria también al poseedor de bienes muebles porque hasta ahora no se permite ante la perentoriedad del art. 972 del C. C. cuando señala que: "Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en

6 Recuérdese que también está asistido de la acción posesoria el titular del derecho de dominio en cuanto a que, como es lo usual, también detente esa posesión, de ahí que pueda, emplearla, posibilidad que confirma el art. 979 del C. C. cuando señala: "En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue".

7 Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 2 de 1943, "*G.* 7.", LV, pág. 489.

dad; en ellos únicamente se investiga el hecho de la posesión por parte del querellante con el fin de darle la protección debida en el caso de que resulte poseedor. Habrá ocasiones, en que no puede prescindirse del aspecto de propiedad, pero entonces ella se debe tener en cuenta para ilustrar el fenómeno de la posesión, el título 'de propiedad, cuando sea necesario, puede tenerse en cuenta no para decidir la cuestión de propiedad, sino para poder conocer la naturaleza jurídica de la posesión controvertida".

Sobre esta disposición, Valencia Zea comenta con acierto que "esto nos enseña el ejercicio de la acción posesoria está sometido a las siguientes condiciones: a) sólo quien prueba haber poseído durante un año puede ejercitar la acción posesoria; b) debe suministrarse la prueba de que en un término inferior a un año ha sido despojado o perturbado por otro".[8]

El artículo 981 del C. C. explica cómo debe probarse esa posesión y destaca que: "Se deberá probar posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, efectuados sin el consentimiento del que disputa la posesión".

Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente procesal resulta necesario precisar cuando debe probarse esa calidad de poseedor. Al respecto se tiene que dicha calidad se podrá demostrar por medios probatorios idóneos en la etapa para practicar pruebas dentro del proceso, sin que sea menester, como algunos

'8 VALENCIA ZEA .Arturo, *Derecho civil,* Bienes, t. II, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 112.

jueces lo exigen de manera indebida, acompañar con la demanda pruebas recibidas extraproceso destinadas a esa demostración, en especial testimoniales, de modo que para efectos de despachar el auto admisorio de la demanda no se requiere de anexar ninguna prueba en particular como requisito de admisibilidad de aquella, salvo la excepción prevista en el numeral 3 del art. 377 en el caso de la demanda destinada a "precaver el peligro que se tema de mina de un edificio, de un árbol mal arraigado u de otra cosa semejante" si se solicitan medidas cautelares, pues en tal hipótesis es menester acompañar un dictamen pericial.

Claro está, si ya se tiene, bienvenida. Pero de allí a erigir la presencia obligatoria de medios de prueba de la calidad de poseedor como anexos de la demanda, grande es la diferencia.

En la demanda podrá solicitarse, adicionalmente, la condena al pago de los peijuicios causados por quien ha usurpado la posesión, pues al tratarse de una petición que encuentra su causa en la primera solicitud de la demanda, puede hacerse esa acumulación, prestándose así, un valioso servicio al principio de la economía procesal, pues no tendría lógica adelantar otro proceso verbal separado para buscar la indemnización pertinente.

El art. 377 como disposición especial viene a tener aplicación a partir de la sentencia y bajo el supuesto de que esta admite las pretensiones de la demanda y es por eso que en el numeral 1 dispone que "Cuando la sentencia ordene cesar la perturbación o dar seguridad contra un temor fundado, o prohíba la ejecución de una obra o de un hecho, el juez conminará al demandado a pagar de dos (2) a diez (10) salarios mínimos mensuales a favor del demandante, por cada acto de contravención en que incurra."

En efecto, dado que los actos de perturbación pueden repetirse, debe prevenirse al demandado acerca de que ello le acarreará multas de dos a diez salarios mínimos mensuales que se imponen a petición del demandante; la solicitud se debe presentar a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la ocurrencia del acto de. perturbación o sea la "respectiva contravención", so pena de que caduque el derecho de pedir la condena al pago de la multa por cada infracción; dicha solicitud se formula ante el mismo juez que dictó la sentencia, se adelanta como incidente y el auto que ordena su trámite debe notificársele al demandado por aviso.

….

- Cada acto perturbador es independiente, por lo que la posibilidad de pedir la condena al pago de la multa caduca por no ejer- eérse oportunamente para cada evento en concreto, pero ello no impide que si ocurren actos similares pueda solicitarse esa declaratoria y condena; la sentencia deja abierto el campo para que la condena obre en cualquier momento si se violan las prevenciones hechas en la sentencia, sin que la circunstancia de que caduque 'et plazo para demandar la respectiva multa que en este caso por 'expresa disposición de la norma va para el demandante, impida 'solicitar la imposición de multas por posteriores transgresiones.

; Respecto a este tema surge un interrogante de interés: ¿en ;qué situación queda el poseedor que ha logrado sentencia en su favor y obtenido la entrega del bien, y es perturbado o despojado .de la posesión nuevamente por el mismo demandado ?.

/i*.

En tal caso, sólo se puede adelantar un incidente para im- gpner la multa, y nada más. Faltó a la disposición permitir que -$9^4° es mismo demandado quien incurre en actos de perturbación, el juez, en el mismo incidente, pueda tomar las cosas a

su estado inicial, esto es, el que tenía después de haberse dictado y cumplido la sentencia, pues en esa forma se hubiera evitado la proliferación de procesos posesorios; en el estado actual, si el mismo demandado despoja nuevamente de la posesión al demandante, éste no tiene otra opción que la de iniciar las acciones posesorias policivas o en últimas un nuevo proceso posesorio, pues en el incidente sólo previo para imponer multas, pero no volver las cosas a su estado anterior. Todo esto sin perjuicio de la acción penal que por fraude a decisión judicial pudiera estructurarse.

Adiciona el numeral segundo del art. 377 que "La sentencia que ordene la modificación o destrucción de alguna cosa prevendrá al demandado para que la lleve a efecto en un término prudencial que se le señale, con la advertencia de que si no lo hiciere se procederá por el juez a su cumplimiento, debiendo además reembolsar al demandante los gastos que tal actuación implique. Para el efecto el demandante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez. La cuenta de gastos deberá aportarse con los comprobantes respectivos para la aprobación del juez.", norma que tiene una imprecisa redacción porque es obvio que no es al juez a quien corresponde su cumplimiento, como erradamente podría entenderse de la expresión "se procederá por el juez a su cumplimiento" y menos reembolsar al demandante los gastos, error que proviene de haber empleado en la redacción la expresión verbal "se procederá", por la correcta "se ordenará", equivocación que es de tal magnitud que resulta fácilmente salvable, al interpretar la norma como lo señalo.

Precisado lo anterior, se tiene que si el juez dispone que se modifique o destruya alguna obra que embaraza el adecuado dis-

-frute de los derechos del poseedor a quien se supone se le restituyó la misma, otorga al demandado un plazo para que lo haga y si así no sucede, esta podrá ser adelantada por el demandante quien -•.antes de emprenderlas debe someter a la aprobación del juez el ¿Contrato respectivo y obtenida la misma adelantarlas, ejecutadas y presentar al juez las cuentas pertinentes adecuadas al contrató aprobado y aprobadas las mismas se procederá a adelantar el proceso ejecutivo bajo los parámetros previstos en el art. 306 del CGP en caso de no pago oportuno de ellas.

5¡ NORMA ESPECIAL PARA EL PROCESO DE ENTREGA DE LA COSA POR EL TRADENTE AL ADQUIRENTE

- ¿ Este proceso con disposición especial contenida en el art. 378 del CGP, tiene como finalidad esencial obtener que el traden- te de un bien cuya tradición se ha efectuado por inscripción del ■ ¡título en el registro, de manera preponderante los bienes inmuebles, sea constreñido a realizar la entrega material, pues no puede : perderse de vista que en tratándose de ellos dispone el art. 756 del C. C. que "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de ins- frümentos públicos", de ahí que en el sistema del Código Civil la > entrega material no forme parte de la tradición como sucede en *ti* iás disposiciones del Código de Comercio.

v . También se puede tramitar este proceso cuando se trata de '-•'Lj ' ^entrega para completar la tradición de los bienes raíces resi dos - e* ^ ^ ^ C°*' por cuanto el inciso segundo del en su final dispone de manera terminante que el de entrega lo puede adelantar "el comprador en el caso '^|?|eFinciso primero del art. 922 del C. de Co." previsión con la

cual queda desterrada la tesis de quienes negaban la posibilidad sobre la base de que aún no existía tradición, por cuanto en la legislación comercial la entrega es parte de aquella, de ahí que para estos casos el proceso de entrega será además un medio para culminar la tradición de bienes regidos por la citada norma del estatuto comercial.

Finalmente, también es idóneo este sistema procesal para obtener la entrega material derivada de la constitución de los derechos reales de usufructo, uso o habitación, aspecto que expresamente prevé el inciso segundo del art. 378 al destacar que igualmente "podrá formular dicha demanda quien haya adquirido en la misma forma un derecho de usufructo, uso o habitación".

Dado que se trata de un asunto contencioso, la competencia para conocer del proceso de entrega la tendrá el juez civil municipal o el de circuito de acuerdo con la cuantía, del lugar del domicilio del demandado o de aquel donde se encuentre el bien, por ser allí donde debe cumplirse el contrato lo que se desprende del art. 28, nums. 1 y 3.

Como anexo obligatorio de la demanda se exige "acompañar copia de la escritura pública registrada", requisito que queda cumplido adjuntando tan sólo el documento emanado del notario, sin que importe que sea la primera copia o una posterior, donde aparezca la constancia de su registro en la oficina respectiva porque si la ley hubiera querido que se acompañara un certificado de tradición debidamente actualizado lo hubiera exigido, tal como en muchas otras disposiciones lo ordena, pero sin que sea rechazable el escrito de demanda cuando se adjunta una copia de la escritura pública donde no aparece el sello del registro pero se

-anexa el certificado de tradición en el cual consta que aquel ope-
ró, pues es lo cierto que con este sistema igualmente se le lleva al juez la prueba del hecho que la ley exige: que la escritura se haya registrado, lo que se demuestra de las dos maneras.[9]

En la escritura debe aparecer la obligación de entregar con calidad de exigible, es decir, que el plazo o la condición que eventualmente han podido pactarse para la entrega material esté Vencido o se haya cumplido ésta, aspecto que no tiene problema Üguno en ser establecido si de plazo estipulado para la entrega Tse trata, pues basta realizar la correspondiente confrontación cronológica.

- - Empero, surge la duda acerca de como proceder si existe condición pues debe aparecer demostrado su cumplimiento, aspecto que se resuelve aplicando el art. 427 del CGP que solucio-
na similar problema respecto del proceso ejecutivo, precisamente para los fines de exigibilidad que son ios mismos que en este caso nos ocupa.

Si!!!;

í'~ ' ■ 2'" En efecto, se tiene que el art. 427 dispone : **"Ejecución por obligación de no hacer** y **por obligación condicional.** Cuando ¡Sé'pida ejecución por peijuicios derivados del incumplimiento de una obligación de no hacer, o la destrucción de lo hecho, a la de-
deberá acompañarse el documento privado que provenga

**A,:Se recuerda 5ue el artículo 248 del CGP señala: "Cuando la ley exija la dC *m* áocumenio en *un* registro público la copia que se aduzca como ¡l»;deber± ^evar la nota haberse efectuado aquella o certificación anexa - 13 misma_"] certificación que es precisamente el folio de matricula inmobi-
a ^ cuenta de la inscripción.**

¡eí

del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocesal, o la sentencia que pruebe la contravención.

De la misma manera deberá acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella."

No obstante, el artículo 378 en su inciso tercero acepta que si en la escritura apareciera que la entrega ya se llevó a efecto "el demandante deberá afirmar bajo juramento, que se considera prestado con la presentación de la demanda, que la entrega no se ha efectuado", aspecto que aparentemente no es lógico pues si el demandante aceptó que la entrega ya se realizó y así lo consignó de manera expresa en la escritura pública respectiva, en principio, no habría lugar a la petición.

Empero, acontece que es una reiterada práctica basada en la buena fe, que al suscribir la escritura pública de compraventa o, en general, de tradición de un derecho real, afirmar dentro del texto de la misma que la entrega material ya se ha llevado a efecto, cuando realmente así no ha ocurrido, pues es costumbre, inmediatamente se suscribe el documento, realizar la entrega material; la mayoría de los contratantes son honestos y proceden a efectuar la misma, cumpliendo así integralmente con lo escrito.

Sin embargo, en algunos casos el vendedor se niega a realizar la entrega material prevalido de que su comprador expresamente ya aseveró que había recibido el bien y éste queda colocado en la difícil situación de propugnar porque se le haga entrega de un bien del cual en escritura pública ha manifestado que ya lo recibió.

Precisamente para facilitar una salida legal a tan angustiosa f- situación es que se permite presentar la demanda y afirmar, bajo jS®y^dad de juramento, que la entrega que dice la escritura se llevó ya a efecto, no ha ocurrido, sin que sea menester, al menos f[l] hasta ese momento, allegar prueba alguna, pues basta con la ase- A Ipración referida, que goza de las prerrogativas probatorias de lás negaciones indefinidas por cuanto lo es, de donde se concluye £rv'^jue: será carga probatoria del demandado oponerse y proponer A . la[1] excepción de inexistencia de la obligación de entregar por ya .^haberla cumplido, o sea demostrar lo contrario, es decir acreditar sí; que realmente la entrega se llevó a efecto con anterioridad tal . como se señaló en la escritura.

Una vez vencido el término del traslado de la demanda si 'n ¿el demandado no presentó ninguna excepción perentoria o previa *li* .■ "se dictará sentencia que ordene la entrega", prescribe el inciso ^ cuarto del art. 378, lo cual pone de presente que es este uno de los ^ ·'J . procesos en donde no contestar la demanda equivale a la aceptación de los hechos de la misma y no tan sólo a un indicio arave -... · ij < *i* · en contra del demandado como usualmente acontece, pues bien claro se observa el deber del juez de proferir la sentencia dispo- ¿ Bgndo la entrega solicitada, dado que el silencio del demandante . supone la aceptación de lo afirmado en aquella.

■-ir- ‘

57* S&v Ahora bien, si se presentan excepciones previas y perento- *f* 0 S(^° de ellas, se procede tal como indican las normas ¿"'•generales para todo proceso verbal, o sea, a disponer el traslado i pruebas adicionales si existieron las perentorias, resolver las ■pciones previas, de pronunciamiento anterior a la audiencia,

pasos ya estudiados del proceso verbal y proferir el fallo, el que si es estimatorio de la demanda determinará su cumplimiento a través de una diligencia de entrega de acuerdo con lo señalado en los artículos 308 a 310 del CGP.

Se advierte que cuando únicamente se presentaron excepciones previas, decididas las mismas si es del caso proseguir la actuación, deberá el juez proceder a dictar la correspondiente sentencia acogiendo las pretensiones de la demanda porque ante la no contestación de la demanda se asume que el demandado acepta las bases de ella.

5.1. *Proceso de entrega y diligencia de entrega*

Es menester distinguir el proceso verbal de entrega con disposición especial contenida en el art. 378, de la diligencia de entrega, prevista en el art. 308 ; el primero es, como se vio, el instrumento señalado por la ley para obtener la entrega material de un bien respecto del cual se ha traditado el derecho de dominio, de usufructo, de uso o de habitación, en tanto que la diligencia de entrega es el medio consagrado para cumplir las sentencias que ordenan la restitución de bienes dentro de los más disímiles procesos. Se trata de una norma de la parte general que, entre muchos otros eventos, se aplica también en el proceso de entrega, es decir, que la sentencia que ordena la entrega se cumple con una diligencia de entrega con las características generales propias ella, adicionadas por el inciso sexto del art. 378.

En efecto, la diligencia de entrega se rige por los arts. 308 a 310 del CGP porque a estas normas se remite el art. 378 y con ello se da a entender que puede prosperar la oposición de terce

ros poseedores que no deriven su derecho del tradente, o la de un tenedor que derive su tenencia de un poseedor en tales circunstancias; además y como motivo especial de oposición para el proceso de entrega, se agrega en el art. 378 que dentro de esta diligencia también deberá respetarse la tenencia del arrendatario que prueba siquiera sumariamente título emanado del tradente ‘‘anterior a la tradición del bien al demandante”.

Así se obvia la posibilidad de maniobras que con evidente abuso del derecho se utilizan para crear situaciones jurídicas ficticias con el fin de obtener la restitución de bienes arrendados sin acudir a las vías procesales adecuadas, muchas veces por temor a perder el proceso de lanzamiento en el cual el demandado es el arrendatario, mientras que en el proceso de entrega el arrendatario sólo sabe de la existencia del mismo en el acto de diligencia.

Aceptar expresamente esta especial modalidad de oposición del arrendatario, así derive su derecho del tradente, me parece adecuado pues le permite evitar ser sorprendido en su buena fe y privado de la tenencia si demuestra con prueba sumaria que el contrato de arrendamiento es anterior a la fecha de tradición del inmueble. En tal caso “la entrega se hará mediante la notificación al arrendatario para que en lo sucesivo tenga al demandante como su arrendador, conforme al respectivo contrato”, de manera que no es posible, mediante procesos de entrega simulados, eludir el proceso de lanzamiento, que es, usualmente, la finalidad pretendida con la maniobra.

En efecto, piénsese que si lo que se buscaba con un proceso de entrega amañado era privar de la tenencia a un arrendatario, si éste se opone y demuestra que el contrato que lo liga con el

tradente es anterior a la tradición del bien al demandante, o sea celebrado antes de la inscripción de la escritura en el registro, que es el momento donde se perfecciona la tradición, muy poco es lo que se ha ganado pues lo único que viene a variar es la calidad de arrendador que la tendrá ahora el adquirente, pero debiendo respetar los términos del contrato anterior.

Debemos cuidamos de pensar que en este caso el arrendatario que se opone tiene la obligación específica de demostrar la existencia del contrato tan sólo como prueba documental escrita del mismo, pues no puede perderse de vista que dada la consensualidad que rige en materia de arrendamiento, puede suceder que no haya quedado memoria escrita de aquel y en tal evento por cualquier otro medio probatorio idóneo puede acreditarlo.

Tan cierto es lo anterior que el art. 378 en su inciso final destaca que en caso de que prospere una oposición de tal tenor "a falta de documento, el acta servirá como prueba del contrato".

6. NORMAS ESPECIALES PARA EL PROCESO DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Como resultado de las actividades que conllevan manejo y administración respecto de bienes o de ciertas actividades sociales o mercantiles, incluso las emanadas de cargos propios de los auxiliares de la justicia, en múltiples ocasiones es obligatorio rendir cuentas de la correspondiente gestión; cuando directamente no se logra lo anterior o no está prevista la posibilidad de hacerlo dentro de otro proceso, debe acudirse al proceso de rendición de cuentas que consagra el Código en dos formas: la rendición provocada y la rendición espontánea de cuentas.

La diferencia esencial entre las dos posibilidades consiste en que en la rendición provocada de cuentas demanda la persona a quien se le deben presentar las cuentas; en cambio, en la espontánea demanda la que debe rendirlas.

Numerosos son los casos en los cuales, por disposición legal o contractual, deben rendirse cuentas y, correlativamente, pueden exigirse las mismas. Así sucede con los guardadores (tutores o curadores), el albacea, el mandatario, el secuestre, el curador de la herencia yacente, el síndico, el administrador de bienes de una comunidad, los administradores de personas jurídicas, los mandatarios y los fiduciarios, entre muchos otros ejemplos.

En algunas ocasiones es posible rendir esas cuentas sin necesidad de acudir al proceso que explico, como en el evento previsto por el art. 500 del CGP, según el cual el albacea podrá rendirlas dentro del proceso de sucesión y sólo si fueren rechazadas se acudirá a este proceso. Si se aceptan y aprueban dentro de la tramitación accesoria al proceso de sucesión, queda finiquitado el asunto. Queda claro, pues, que en varios casos es posible, aplicando el principio de la economía procesal, prescindir del trámite del proceso de rendición de cuentas y lograr la misma finalidad en una actuación accesoria a otro proceso si expresamente está prevista, pero cuando no existe esa vía debe acudirse a la del proceso verbal que nos ocupa.

La competencia para conocer de estos procesos se determina con base en el factor territorial, atendiendo al factor del domicilio y también ante el juez en donde debía cumplirse el contrato, si la gestión proviene de dicho negocio jurídico. En consecuencia, la demanda, a elección del demandante, se puede formular

ante el juez del lugar donde se llevó a cabo la labor que originó la obligación de rendir cuentas o ante el juez del domicilio del demandado. Serán competentes el juez civil municipal o del circuito, según la cuantía global de la gestión, por lo que el demandante debe hacer una estimación de la misma de manera general para ubicar su pretensión dentro de alguno de los tres rangos generales de cuantías, pero sin que sea menester que esa fijación se haga al centavo, pues es ese precisamente el objeto del proceso.

6.1. *Rendición provocada de cuentas*

Se adelanta este proceso si actúa como demandante quien pretende que le sean rendidas las cuentas y su trámite está regido básicamente por lo dispuesto en el art. 379, disposición que plantea diversas hipótesis determinadas por la conducta procesal del demandado y es así como se consideran los eventos de que no exista oposición, que ésta sea parcial o que sea total, las que a continuación analizaré.

6.1.1. *Procedimiento en caso de no oposición*

El artículo 379 en el numeral 1 plantea un novedoso tratamiento del tema cuando no existe objeción alguna por parte del demandado.

En efecto, es requisito obligatorio de la demanda, a más de los comunes del art. 82 del CGP, indicar en ella bajo la gravedad del juramento "lo que se le adeude o considere deber", clásica modalidad de juramento estimatorio, disposición que evidencia una característica importante en estos procesos de rendición de cuentas, cual es la de que perfectamente puede terminar con prc-

videncia que impone una obligación a cargo del demandante, caso desque el contenido del juramento sea que sale a deber, lo que no es frecuente en los procesos de conocimiento donde, usualmente, si al demandante le va mal tendrá una sentencia absolutoria y la condena en costas a su cargo, en tanto que aquí puede acontecer que no obstante prosperar sus pretensiones resulte con una obligación a su cargo y costas en su favor.

Lo anterior no choca con la lógica, pues se debe tener presente que la rendición de cuentas no busca obtener una condena en favor del demandante sino el establecimiento de un saldo como producto de toda la gestión respectiva, saldo que puede ser en favor o en contra de cualquiera de las partes.

La estimación en la demanda del saldo que adeuda o cree se íe debe, se muestra como un requisito de particular importancia debido a que notificada aquella y surtido el traslado por el término de veinte días, si el demandado nada manifiesta, es decir, no niega que esté en la obligación de rendir las cuentas, no objeta la estimación que bajo juramento contiene la demanda y no propone excepciones previas, el proceso termina de manera rápida y sin necesidad de sentencia que le ponga fin al mismo, ya que en esta hipótesis dispone el numeral 2 del art. 379, "se prescindirá de la audiencia y se dictará auto de acuerdo con dicha estimación, el cual presta mérito ejecutivo"[10] y es inapelable, cuestión lógica porque si nada manifestó el demandado y el auto se profiere sobre la base de la estimación no objetada, es de asumirse que la oportunidad para cuestionar el monto quedó precíuida.

10 Como en el CGP se consagra la regla que podemos enunciar como que *el ftiez de la condena es el mismo de la ejecución.* el proceso ejecutivo pertinente se deberá adelantar ante el mismo juez que profirió el auto.

Como circunstancia excepcional se puede dar la prevista en el art. 206 del CGP, que le permite al juez de oficio ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta, ilegal "o sospeche fraude o colusión o cualquier otra circunstancia similar", hipótesis de rara ocurrencia, pues es de resaltar que en este proceso se debe cumplir con lo señalado en el citado art. 206, solo que por expresa excepción legal indicada en el numeral primero del art. 379: "En este caso no se aplicará la sanción del artículo 206", pero no significa que pierda el juez la posibilidad de evitar eventuales fraudes.

Obsérvese que es este otro evento donde no contestar la demanda ni proponer excepciones previas implica aceptación de los hechos y pretensiones de ella y no tan sólo el indicio grave en contra del renuente.

6.1.2. *Procedimiento cuando la oposición es tan sólo al monto estimado*

Puede suceder que el demandado no tenga reparo acerca de que existe obligación de su parte en rendir las cuentas, pero esté en desacuerdo con el monto de la estimación hecha bajo juramento, para lo cual debe objetar el juramento estimatorio dentro del término de traslado de la demanda como lo prevé el numeral 2 del art. 379, pero con la advertencia de que la objeción no se rige exclusivamente por lo señalado en el art. 206 del CGP acerca de que debe especificar de manera razonada "la inexactitud que se le atribuya a la estimación", sino que debe cumplir lo indicado de manera específica por el numeral 3 del art. 379 en el sentido de que: "Para objetar la estimación el demandado deberá acompañar las cuentas con los respectivos sopones", pues de no hacerlo así

¿lejó de existir reparo al monto y debe el juez dictar el auto aprobando las cuentas estimadas en la demanda, lo que surge del numeral 6 del art. 379 al señalar que: "Si el demandado no presenta las cuentas en el término señalado, el juez, por medio de auto que bó admite recurso y presta mérito ejecutivo, ordenará pagar lo estimado en la demanda.", lo que lleva a concluir que objetar sin ^presentar las cuentas es conducta inane.

,;v Si el demandado con la objeción presenta las cuentas, se ¡aplica el numeral 5 del art. 379 que dispone: "De las cuentas rendidas se dará traslado al demandante por el término de diez (10) días en la forma establecida en el artículo 110. Si aquél no fórmula objeciones, el juez las aprobará y ordenará el pago de la 'guma que resulte a favor de cualquiera de las partes. Este auto no Admite recurso y presta mérito ejecutivo."; empero, si el demandante las objeta se tramita un incidente que se decide por auto que "fijará el saldo que resulte a favor o a cargo del demandante y se ordenará su pago".

6.1.3. *Procedimiento cuando la oposición es total*

Es la situación prevista en el numeral 4 del art. 379 donde se parte de la base que al contestar la demanda el demandado indica que no está obligado a rendir las cuentas, es decir, presenta una excepción perentoria frente al hecho central alegado por el 'demandante acerca de su deber de presentarlas, como sería, por ejemplo, que se niegue la existencia de cualquier relación contractual o legal que radique tal obligación en su cabeza.

También podría, y para el caso el tratamiento es el mismo, alegar que existe la relación que lo obliga a rendir cuentas

pero que ésta aún no es exigible por estar sometida a un plazo no vencido o a condición pendiente o que el asunto fue definido en proceso anterior.

Si alguna de las circunstancias anteriores se presenta, dispone el numeral 4 que "sobre ello se resolverá en la sentencia", lo cual significa que debe impartirse en su integridad el tramite propio del proceso verbal para llegar, como culminación del mismo a aquella y, en el evento de que prospere algún hecho exceptivo, finalizará el proceso con la ejecutoria de la sentencia que lo declare.

Si la sentencia desecha las excepciones, es decir, declara la obligación de rendir las cuentas, dispondrá en su pane resolutiva "un término prudencial para que las presente con los respectivos documentos."

Una vez vencido el término señalado en la sentencia pueden presentarse dos situaciones: la primera, que dentro del plazo se rindan las cuentas junto con los sopones de ellas; también puede suceder que venza el término y el demandado no cumpla con la obligación impuesta. Veamos qué ocurre en cada evento.

Si rinde oportunamente las cuentas dice el numeral 5 del an. 379 que: "De las cuentas rendidas se dará traslado al demandante por el término de diez (10) en la forma establecida en el artículo 110", traslado que se sune en secretaria y no es menester auto, dada la expresa remisión legal a la disposición citada cuyo inciso segundo es claro en señalar que: "Salvo norma en contrario, todo traslado que deba surtirse por fuera de audiencia, se surtirá en

secretaría por el término de tres (3) días[11] y no requerirá auto ni constancia en el expediente. Estos traslados se incluirán en una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente."

Si el demandante, que es a quien se le corre el traslado, no formula de manera expresa objeción, la ley presume de derecho que las acepta, motivo por el cual "el juez las aprobará y ordenará el pago de la suma que resulte a favor de cualquiera de las partes. Este auto no tendrá recursos y presta mérito ejecutivo".

Se debe tener muy clara la anterior circunstancia pues el criterio legal no siempre es uniforme acerca de los efectos del silencio: en este caso se definió por presumir la aceptación de las cuentas rendidas si de manera expresa no se objetan, de ahí la obligación de presentar, antes del vencimiento del plazo, escrito en el cual se puntualicen los reparos que se tengan.

Si así acontece las objeciones "se tramitarán como incidente y en el auto que lo resuelva se fijará el saldo que resulte a favor o a cargo del demandado y se condenará a su pago".

Ahora bien, como la otra hipótesis es la consistente en que luego del traslado ordenado en la sentencia de que trata el numeral quinto el demandado no rinda las cuentas, en esta circunstancia el numeral sexto dispone una sencilla solución. Si se recuerda que es obligación legal el presentar con la demanda la estimación bajo gravedad del juramento, del saldo que el demandante considera se le adeuda o sale a deber, "el juez, por medio de auto que

En este caso el traslado no es por tres sino por diez días.

no admite recurso y presta mérito ejecutivo ordenará pagar lo estimado en la demanda.", solución práctica y eficaz.

6.1.4. *Procedimiento cuando tan sólo se interponen excepciones previas*

Es este un aspecto que no se reguló adecuadamente en el art. 379 y, adelanto, cosa igual acontece con el art. 380, pues puede suceder que el demandado la única conducta que observe sea la de presentar excepciones previas, las que deben ser tramitadas tal como se indica en el art. 101 y bien puede ocurrir que decididas las mismas deba proseguir la actuación, razón por la cual en esta hipótesis debe el juez proferir el auto que apruebe el saldo estimado bajo juramento tal como lo prevé el numeral 2 del art. 379, pues es lo cierto que en este caso no se dio oposición a las pretensiones de la demanda ni se cuestionó el saldo.

Un ejemplo sirve para ilustrar la solución que planteo al vacío indicado: Pedro solicita que Juan rinda cuentas, presenta la demanda y estima un saldo a su favor de cien millones de pesos; una vez notificada la demanda y vencido el término del traslado, éste nada manifiesta en cuanto a que no está obligado a rendir las cuentas y tampoco objeta el saldo estimado, porque tan sólo se limita a proponer la excepción previa de falta de competencia.

Vamos a suponer que se declara no probada la misma y el auto queda ejecutoriado o bien, que prospera la excepción y el proceso pasa al juez competente para que prosiga el trámite, mal podrá el juez seguir el curso del proceso verbal cuando no ha existido oposición de ninguna índole y el saldo estimado bajo

snto no se objetó, de donde se infiere que se impone aplicar solución de dictar el auto aprobando el saldo jurado.

\rfSe tiene como conclusión a lo anterior, que no le basta al idado proponer excepciones previas si no que es su deber, tiene reparos respecto de los otros aspectos, formularlos si no re"correr el riesgo de que quede aprobado el saldo estimado, ppiffytade ser desechadas las excepciones previas o de que acepta- de los que no le ponen fin al proceso.

Rendición espontánea de cuentas

En esta modalidad de proceso verbal la iniciativa para de-

oBligado a rendirlas espera a que se le pidan cuentas; no obs- se dota a los asociados de un sistema que permita a quien ^¿^sfe^'ádeíantó una gestión que entraña el deber de rendir cuentas para antC renuencia ^1 llamado a recibirlas o la no aceptación Presentac^as extrajudicialmente, pueda exonerarse de toda resDonsabilidad **futura al** nhrpnAr *a* travpc de la intervención de

Es el artículo 380 del CGP la norma encargada de señalar esPecIaIes 9ue este proceso debe seguir y es así como qne que con la demanda deberán acompañarse las cuentas |piaturalmente, todos los soportes de ellas, carga procesal de ' lógica pues si el demandante acude a la justicia debido $Reno se le han querido recibir las cuentas, porque de otra ma-

ñera no tendría razón el proceso, nada más evidente para démostrar la seriedad de su petición que rendir las cuentas debidamente soportadas junto con la demanda, rendición de la que resultará un saldo a favor o en contra, saldo que además se viene a constituir en una ciara guía para efectos de radicar la competencia en razón de la cuantía.

Notificado el auto admisorio de la demanda, si el demandado nada manifiesta o, lo que procesalmente es igual, dice que no se opone a recibirlas "ni las objeta, ni propone excepciones previas, se prescindirá de la audiencia y el juez las aprobará mediante auto que no admite recurso y presta mérito ejecutivo", solución similar a la prevista en el proceso de rendición provocada, porque si el demandado bien con su silencio, o con aceptación expresa, no se opone, debe darse la inmediata aprobación por auto irrecurrible, culminando también en este caso el proceso sin que se haya dictado sentencia, por cuanto el auto aprobatorio le pone fin al mismo.

Se advierte que en este evento no puede el juez ejercitar de oficio la facultad de que trata el art. 206 del CGP porque, a diferencia de la rendición provocada, no es pertinente el juramento estimatorio, que es el que habilita el empleo de la facultad allí consagrada, debido a que no hay nada que estimar puesto que se presentan las cuentas detalladas al centavo.

Si el demandado alega que no tiene obligación de recibir cuentas bien por inexistencia de relación jurídica que haya creado vínculo o por no ser aún la ocasión para que se le rindan, en suma presenta excepciones perentorias, se tramitará el proceso verbal en su integridad y'en la sentencia se resolverá lo pertinente; en

caso de que prosperen las excepciones, ejecutoriada la sentencia termina el proceso.

No obstante, si la sentencia declara que existe la obligación de recibir las cuentas, según la norma, en la misma sentencia el juez debe dar aplicación a lo señalado en el numeral cuarto del art. 379, lo que constituye un error fácilmente salvable debido a que la remisión es a lo indicado en el numeral quinto en atención a que las cuentas están rendidas desde la presentación de la demanda.

El proceso de rendición espontánea de cuentas presenta un vacío y es que el art. 380 nada reguló acerca de una hipótesis de muy probable ocurrencia y es el evento de que vencido el término de traslado de la demanda únicamente exista oposición en lo que respecta al monto de las cuentas, no en cuanto a la obligación de recibirlas.

En efecto, el inciso primero del art. 380 señala que se dicta sentencia de plano cuando dentro del traslado de la demanda el demandado "no se opone a recibirlas, *ni las objeta*, ni propone excepciones previas"; el inciso segundo destaca a continuación que cuando se "alega que no está obligado a recibir las cuentas" viene el trámite explicado, circunstancia esta que corresponde a la oposición a recibirlas.

Nada, sin embargo, se regula para el evento de que la oposición no sea a recibir las cuentas sino al saldo estimado, vacío que puede ser llenado dictando de plano la sentencia en la cual se ordena recibir las cuentas, aspecto sobre el que no existió oposi

ción y disponiendo el trámite del incidente de que trata el inciso segundo del numeral quinto del art. 379.

Creo que en el futuro es necesario contemplar una expresa solución para esta hipótesis y determinar que si el demandado objeta el monto de las cuentas debe hacerlo fundadamente dentro del término del traslado de la demanda, con el fin de destinar el trámite del proceso no a una sentencia que ordene recibir las cuentas, aspecto que no se debate, sino que señale de manera definitiva el monto a cargo de una de la partes.

7. ISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL PROCESO DE PAGO POR *CONSIGNACIÓN*

El problema de la mora, de tan hondas repercusiones jurídicas por los graves peijuicios que irroga a quien incurre en ella, ha hecho necesario que se dote a los deudores de instrumentos legales para su defensa, pues muchas veces deseosos y prestos a cumplir su obligación, se encuentran con acreedores renuentes que pretenden producir la mora del deudor, ya sea para obtener el pago de cláusulas penales, de intereses más elevados o, más aún, la resolución de los contratos.

Dentro de los instrumentos legales que tratan de evitar ese abuso dei derecho upo de los más efectivos y que más cabalmente cumple su objetivo es precisaigwnte el. del pago por consignaron, previsto como proceso verbal con norma especial el art. 'Si CfrP.'-

12 Se debe recordar que existen eventos excepcionales en que el pago puede hacerse válidamente sin necesidad de acudir ai-©rócese que comento, tai como ocurre en la consignación de cánones de arrendamiento, aspecto ai que me

Por consiguiente, el objeto de este proceso es hacer efectivo ef derecho del deudor a que se le admita el pago de la obligación en los términos y condiciones originalmente estipulados, con el fin de evitar las gravosas consecuencias que implica la mora.

{•

En lo tocante a competencia, se aplica el fuero del domicilio alternativamente con el fuero contractual, pues la demanda podrá intentarse bien ante el juez del domicilio del demandado o ante el del lugar donde ha debido hacerse el pago según el art. 28, trums. 1 y 3 del CGP, determinándose si corresponde al juez civil municipal o al del circuito por la cuantía de la obligación que se .quiere cancelar que, se debe recordar, no necesariamente es en dinero, pues pagar no es sólo hacerlo en circulante, puesto que por tal se entiende el cumplimiento de la prestación que puede ser de dar bienes distintos a dinero o de hacer.

Como el art. 381 desaíro lia los lincamientos del pago por consignación previstos en los arts. 1656 a 1665 del C. C., es necesario remitirse a tales normas y por eso la demanda, a más de cumplir los requisitos generales, debe reunir las exigencias previstas en el art. 1658 del C. C. para que se la pueda considerar, como la llama dicho Código, "demanda de oferta de pago".

Esos requisitos son: que la instaure persona capaz de pagar, rque se haga al acreedor o a su representante, que se trate de una

-Bé -al estudia el proceso de lanzamiento; otro evento es el caso del art. 696 del C.
©p Co., que dispone: "Si vencida ia letra esta no se presenta para su cobro dentro
cié **los términos previstos en el art. 691, cualquier obligado podrá depositar el Chporte de la misma en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos ju-**
.diciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago, a expensas y

obligación exigióle y que se indique claramente el contenido de la obligación objeto de pago por consignación. Entendido lo anterior, no es necesario estructurar un aparte especial dentro de la demanda, sino que en el cuerpo mismo de ella se deben cumplir esas exigencias muchas de las cuales están previstas en el CGP, como propias de toda demanda (art. 82); en suma, se trata de integrar las normas sustanciales de la oferta de pago, adecuándolas a los requisitos procesales de la denominada en el numeral primero del art. 381, "demanda de oferta de pago".

Una vez notificada la demanda, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término del traslado al demandado V sin necesidad de auto que así lo indique, si aquel no se opone y es dinero lo ofrecido en pago, deberá depositar a la orden del juzgado la cantidad indicada en la demanda; si así acontece, se dictará sentencia declarando válido el pago.

Si se trata de obligación de otra naturaleza, el juez señalará fecha y hora para la diligencia de secuestro en la que deberán ser entregados ios bienes ofrecidos, la cual no necesariamente se debe desarrollar en el recinto del juzgado, pues si por la índole de ellos se hace imposible su presentación al despacho se acudirá al sitio donde se encuentran y el demandante informará de la dirección pertinente, lo que puede hacerse en la demanda o en escrito posterior, advirtiendo que no necesariamente debe coincidir esa dirección con la señalada para recibir notificaciones.

Puede acontecer que por lo establecido en el negocio jurídico que dio origen al proceso, los bienes diversos a dinero, porque si se trata de numerario la consignación se hará siempre a órdenes del juzgado del conocimiento, deben ser entregados en un muni

cipio diferente de aquel donde se adelanta, hipótesis en la cual el demandante así lo expresará en su demanda y si el juez encuentra fundada la petición, dispondrá que la diligencia de secuestro de los bienes ofrecidos se lleve a efecto por medio del comisionado, caso en el cual una vez terminada ésta se devolverá el despacho comisorio al juez del conocimiento para que profiera la sentencia que declare válido el pago.

Destaco que el juez que practica la diligencia de secuestro tiene el deber de verificar que los bienes objeto de la medida corresponden a los ofertados y, de no suceder así, debe negar la efectividad de la medida.

Se debe tener presente que la única oportunidad que tiene el demandado para oponerse al pago ofrecido es el término de traslado de la demanda; por lo tanto, si estima que el bien que se ofrece no reúne los requisitos, por no corresponder a la cantidad, volumen, calidad o especificaciones acordadas debe manifestarlo en tal oportunidad, por cuanto la diligencia de secuestro no será la ocasión propicia para hacerlo, porque ella se va a limitar a verificar que se trata del bien ofrecido, sin que sea admisible ninguna manifestación diversa a la de que no coincide.

Ciertamente, si en el momento de la diligencia de entrega se presentan bienes que no corresponden con la cantidad, calidad, peso, volumen o especificaciones especiales ofrecidas, así ¿1 demandado no se haya opuesto, tiene el derecho de advertir la circunstancia al juez, quien si encuentra que la razón la tiene el objetante podrá negar el secuestro y proceder a dictar la sentencia desestimando las pretensiones de la demanda.

Es más, aún de oficio puede el juez realizar esa manifestación si determina la falta de correspondencia entre lo que se quiere entregar y lo ofrecido en la demanda cuando el demandado no concurre, puesto que si está presente y nada objeta, estimo que el juez carece de la facultad debido a que si el demandado que concurre quiere recibir esos bienes está dentro de sus atribuciones hacerlo.

Cuando el demandante dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término del traslado, término que corre automáticamente, es decir que no se requiere de un auto que lo disponga, no ha efectuado la consignación en dinero o, señalada la fecha para la entrega no presenta los bienes que corresponden, es cuando el juez debe proferir la sentencia donde se nieguen las pretensiones de la demanda y se le condene al pago de costas,[13] sentencia que es inapelable y genera efectos de cosa juzgada pues determina absoluta imposibilidad jurídica para que el deudor y demandante en este proceso pueda en un futuro promover otro similar.

Pasando a otro aspecto del tema, así exista oposición formulada dentro del término de contestación de la demanda, de todas maneras se autoriza la consignación, la que debe ser realizada dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo

13 Debo advertir que cuando se dicta la sentencia declarando válido el pago y no existe oposición, igualmente debe imponerse la condena en costas, pues es lo cieno que la actitud del acreedor obligó a acudir a la justicia y sólo en casos excepcionales y atendidas las especiales circunstancias que evidencien que el deudor promovió el proceso sin buscar primero pagar al acreedor, podrá exonerarse de ellas. Ahora bien, si-la sentencia que lo declara válido es resultado de todo el trámite del proceso con oposición, sin discusión alguna debe imponerse aquella.

ordene, o se fija fecha para la diligencia de secuestro , de ahí que practicada la consignación o secuestrado el bien el proceso sigue su> curso para que se dicte la sentencia en que se resuelve sobre la validez o no del pago, sentencia que en todos los casos en que lo.declare válido tiene efectos retroactivos respecto de intereses, multas, etc., desde el día de la consignación, por así disponerlo el art. 1663 del C. C. al indicarar que: "El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación; hace cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde eí día de la consignación"; además según el art. 381, num. 4 del CGP, en la sentencia se ordena la cancelación de gravámenes o fá: restitución de los bienes dados en garantía, previniendo al secuestre para que entregue el bien al acreedor cuando lo pagado es distinto de dinero y sin que le quede ya al demandado otra opción diversa a la de recibir el bien.

s¿- Respecto de la cancelación de gravámenes a que se refiere él art. 381 en su num. 4, debemos cuidamos muy bien de precisar los alcances de la disposición, pues una apresurada interpretación puede llevar a soluciones altamente peijudiciales para personas que, no siendo parte en el proceso de pago por consignación, tienen constituidos a su favor gravámenes que no pueden ser afectados en el evento de que triunfe la pretensión; debe quedar muy claro que la cancelación de ellos sólo se dispondrá cuando fueron constituidos con ocasión de la obligación que se cancela y entre las personas, que son parte en eí juicio.

Con un ejemplo ilustro lo anterior. Si A recibe de B a título démutuo la suma de cien millones de pesos y garantiza la obligráción constituyendo hipoteca sobre una casa de su propiedad y

se ve precisado a iniciar juicio de pago por consignación debido a que el acreedor se niega a recibir el dinero que le adeuda, si la sentencia declara válido el pago, bien se ve que el gravamen hipotecario debe ser cancelado, pues tiene directa relación con la obligación que se extingue. No obstante, si en este mismo ejemplo asumimos que A tiene hipotecada su casa en segundo grado al Banco Z, el gravamen no puede ser cancelado en la sentencia que declara válido el pago, por tratarse de garantía constituida en favor de persona ajena al proceso y además, por no tener ninguna relación con la obligación que se ha pagado.

Dispone el parágrafo único del art. 381 que el demandante podrá hacer uso de las facultades consagradas en el artículo 1664 del Código Civil, en las oportunidades en él previstas, con lo cual se quiere destacar que "mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación; y retirada se mirará como de ningún valor ni efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores".

Las disposiciones transcritas plantean, desde el punto de vista procesal, un interesante interrogante y es el de cuál es la naturaleza jurídica de esta forma de terminación del proceso.

No albergo duda acerca de que no es nada diverso a una modalidad de desistimiento, motivo por el cual el acto de retirar lo consignado debe recibir el tratamiento procesal de tal, pues el art. 1664 del C. C., tiene, como la mayoría de las disposiciones que rigen el pago por consignación un contenido netamente procesal, se ajusta a los lineamientos del art. 314 del CGP y, por ende, el auto que admita el retiro de la consignación genera efec

tos de cosa juzgada iguales a los que hubiera producido un fallo declarando no válido el pago, lo cual se confirma con la lectura de la parte final del art. 1664 del C. C. que señala "y retirada, se mirará como de ningún valor ni efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores": además, implica la condena ai pago de costas.

Insisto en la ya antigua inquietud de consagrar en la parte general del estatuto procesal disposición de carácter común que establezca que en aquellos procesos donde se den, por diversas circunstancias, motivos que determinen que el proceso no pueda proseguir y no son de aquellos expresamente contemplados en algunas normas, el juez de oficio y en auto motivado, deberá decretar la terminación del proceso.

8. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE ASAMBLEAS O JUNTAS DE SOCIOS

El artículo 382 del CGP dispone en el inciso primero que: "La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, sólo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.", norma que cobija a todas las personas jurídicas de derecho privado, de manera que debemos cuidamos de entender que es únicamente respecto de sociedades civiles o comerciales que son apenas algunas de las especies del genero señalado en la norma, de manera

que la disposición cobija a más de esas sociedades, a las asociaciones, las fundaciones, las corporaciones sin que interese para nada que la entidad tenga o no ánimo de lucro, de ahí que siempre que se quiera demandar por la supuesta ilegalidad de un acto de asamblea, junta directiva, de socios o de cualquier "otro órgano directivo de las personas jurídicas de derecho privado", la única vía procesal adecuada es la del proceso verbal.

Ciertamente, las decisiones que se aprueben en esos entes, pueden afectar intereses de algunos socios, asociados, miembros de ellas etc., usualmente los minoritarios, quienes pueden ver menoscabados sus derechos por actos ilícitos de los otros que, por el hecho de ser mayoría, no pueden tomar determinaciones que atenten contra normas contractuales o legales, de ahí que se les brinde esta herramienta para la defensa de sus derechos, sin perjuicio de algunas expresas referencias legales con relación al punto en algunas disposiciones especiales.

Así, por ejemplo, el art. 19 del C. de Co. prescribe que "Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de *socios* cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos." [14] y el art. 191 del C. de Co dispone que: "Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o di-

14 Recuerdo que el art. 194 del C. de Comercio fue derogado por eí art. 118 de la ley 1563 de 2012 y disponía:: "Las acciones de impugnación previstas en este capitulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.", de manera que no existe prohibición de pactar para decidir estos asuntos cláusula compromisoria.

, sidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

"La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción", lo que está en completa armonía con lo indicado en el art. 382 del CGP.

Como las decisiones que se tomen en juntas de socios o asambleas generales de cualquier persona jurídica de derecho privado, necesariamente deben figurar por escrito por así indicarlo el art. 195 del C. de Co., pues de ellas debe quedar constancia en los libros de actas respectivos, hubiese sido conveniente exigir como anexo obligatorio a la demanda copia del acta donde consta la decisión que se impugna; no obstante, el art. 382 no la exige, por cuanto se consideró que al demandante podría dificultársele su consecución y que de todos modos una copia del acta debe allegarse en el período de pruebas; empero si se pide la suspensión provisional considero que es menester para efectos de la decisión pertinente contar con copia de tal esencial documento, de ahí lo útil de presentarla como anexo probatorio con la demanda.

¡ • Establece el art. 382, también el 191 del C. de Co., para las sociedades civiles y comerciales, un término de caducidad de dos meses para promover el proceso, al señalar que la demanda "sólo pódrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo"; es de notar que, confor

me al art. 191 del C. de Co., cuando se trate "de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil'', el término de los dos meses se cuenta a partir de la fecha de la inscripción, y no desde la fecha del acto, aspecto que igualmente recoge el art. 382 al disponer que "si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción", lo cual es lógico porque sólo a partir de esa inscripción es que se toma público el acto respectivo; naturalmente si el impugnante conoce la decisión podrá demandar aun antes de su inscripción en el registro, prescripción que aplica para toda persona jurídica de derecho privado.

El juez competente para conocer del proceso es, de manera privativa, el del domicilio principal de la sociedad demandada y será el del circuito, por tratarse de asunto cuya competencia se le asignó específicamente en el numeral 4 del art. 20 del CGP al disponer que debe resolver: "De todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad, o por la aplicación de las normas que gobiernen las demás personas jurídicas de derecho privado".

8.1. *La medida cautelar de suspensión provisional*

Como aspecto interesante y novedoso dentro del proceso civil, tenemos aquí una institución hermana de la suspensión provisional del derecho administrativo prevista en el art. 152 del C. C. A., y en el art. 231 del CPACA,[15] al indicar el art. 382 del

15 Estimo predicable del sistema procesal civil lo comentado por el Consejo de Estado, Sec. Tercera. Auto feb. 7/2002, Exp. 21845. M. P. Alier HERNÁNDEZ ENRIQUEZ acerca dé que "La suspensión provisional en los procesos de nulidad se encuentra condicionada a que ei acto acusado contraríe de manera clara,

CGP que: "En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.", disposición que amerita una especial explicación.

En efecto, no basta solicitar la suspensión provisional del acto impugnado para que se señale la caución y fatalmente se proceda, una vez prestada ésta, a ordenar la suspensión porque el sentido de la decisión de la cautela no depende tan sólo de que se preste la caución; en absoluto, el juez debe analizar si la decisión es aparentemente ilegal por ser el acto, en principio, violatorio de la ley, porque, lo reitero la cautela no está montada sobre la base objetiva de que lo pida el demandante y se preste la caución.

Por eso cuando se solicita esta medida debe entregarse al juez copia del acta en que conste la decisión impugnada y los demás documentos que puedan facilitarle verificar la aparente ilegalidad de la determinación, en especial los estatutos sociales, porque, de lo contrario, considero muy difícil que el juez pueda tener criterio para proveer, puesto que con la sola afirmación de lo que se estima es el contenido de la decisión que se califica de

ostensible, flagrante o manifiesta lo dispuesto en normas superiores; el requisito enunciado se debe constatar con ei simple cotejo de las normas que se confrontan o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; de requerirse un estudio de fondo, debe el juez administrativo agotar el procedimiento pertinente y diferir el pronunciamiento sobre la validez del acto acusado para ei momento en que se dicte sentencia".

ilegal, no se puede formar un concepto para decidir si decreta o no la suspensión provisional del acto impugnado, pues tal aseveración no es prueba idónea para acreditar el alcance del acto; para ello se requiere su constancia escrita que debe necesariamente aparecer en el acta de la sesión en que se adoptó la decisión y será la base para el estudio preliminar del juez.

Si al demandante se le dificulta obtener constancia escrita de la decisión, pues bien se sabe que en estos litigios entre socios normalmente los que manejan los libros y tienen el control de la actividad social pueden impedirlo, el demandante al solicitar en el libelo la suspensión provisional la condicionará a que el juez resuelva sobre la misma cuando reciba la prueba que le permitirá fundar su decisión; debe quedar muy claro que el inciso segundo del art. 382, sólo exige que en la demanda se pida la suspensión del acto impugnado y no menciona en parte alguna que deberá resolverse de inmediato sobre tal solicitud, pues únicamente después de prestada la caución que responda por los perjuicios que pueda originar la suspensión, el juez la decretará si la determinación censurada es aparentemente contraria a la ley o a los estatutos.[16]

Debo recordar que la suspensión provisional exclusivamente requiere que la determinación, como lo dice el art. 191 del C. de Co., no esté ajustada "a las prescripciones legales o a los estatutos". En síntesis, lo que amerita la suspensión provisional no es que pueda ocasionar un perjuicio sino, básicamente, la aparente ilegalidad del acto, razón por la que, lo reitero, no estoy de acuer-

16 Es este un caso en el cual el demandante puede demostrar al juez que solicitó que le fueran entregados los documentos pertinentes y no se logró la atención de la solicitud, para que el juez ordene la entrega de los mismos.

m -

¿do con la tesis que señala que basta prestar la caución y solicitar ;fá suspensión para que el juez la deba decretar, porque implicaría -radicar la posibilidad de la medida en el exclusivo querer del desmandante para convertir al juez en su amanuense.

>•* .

" El auto que decreta la suspensión del acto impugnado se puede apelar en el efecto devolutivo o sea que la decisión judicial 4senera de inmediato todos sus efectos mientras se tramita el re-/curso, de donde se destaca el especial cuidado que debe tener el fuez para decretarla tan sólo cuando, al menos aparentemente, se ¿pueda ver contradicción entre lo decidido y la ley o los estatutos.

. También debe quedar muy claro que la suspensión provisional no vincula al juez, quien por decretarla no se ve obligado a aceptar las pretensiones de la demanda, pues si en el desarrollo del proceso surgen pruebas que acrediten plenamente la legalidad -del acto, en la sentencia absolutoria deberá además ordenar la .finalización de los efectos de la suspensión; empero, si la sentencia resulta condenatoria, lo que era una suspensión provisional quedará como suspensión definitiva al ejecutoriarse el fallo pues •en tal sentido se proveerá.

,,L _ Por último no debe confundirse este proceso con el de declaratoria de nulidad del contrato social, que tiene trámite especial de juicio de liquidación y con el cual se busca la finalización dé. la sociedad y no de un acto aislado proveniente de asambleas generales, de socios o de juntas directivas, que en nada afectan la validez del contrato social, ni con la acción que puede promover Un tercero que resulte afectado por un acto particular de la asamblea de accionistas o de la junta de socios.

Lo explicado hasta aquí tiene que ver con los conflictos que se presentan entre socios con ocasión de las decisiones tomadas en asambleas o juntas, sometidos al término de caducidad de dos meses de que tratan los arts 382 del CGP y 191 del C. de Co., términos que no pueden aplicarse cuando un tercero demanda la nulidad de un acto social de los ya referidos.

En resumen, el art. 382 se refiere sólo a conflictos entre socios, miembros, asociados de personas jurídicas de derecho privado en virtud de los cuales uno de estos busca que alguna determinación de la asamblea de socios o de la junta directiva que le afecta no tenga efectos. Pero cuando se trata de impugnar decisiones similares que afectan a terceros, dicha disposición no es aplicable en lo que a caducidad concierne, así sea también el el proceso verbal el que debe ser adelantado.

Finalmente, se debe tener presente que si se quiere demandar indemnización por los peijuicios que el acto impugnado pudo ocasionar, es menester pedirlos en la demanda pues es este uno de los procesos donde necesariamente estos deben ser impetrados conjuntamente con la solicitud de suspensión del acto, pues son numerosos los eventos que he conocido donde se pretende deducir los mismos en proceso separado lo cual no es posible debido al enfoque que ha dado a esta pretensión el estatuto procesal, al exigir, por motivos de economía procesal, que se presente acumulada la solicitud de indemnización si se aspira a ellos, aspecto sobre el cual ya se dieron las razones que lo justifican.

9. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL PROCESO DE BIENES VACANTES Y MOSTRENCOS

El modo de adquirir originario denominado ocupación, requiere para su efectividad, el complemento de una sentencia judicial que lo declare, así, cuando se pretende obtener por tal modo un bien inmueble debe adelantarse el proceso de declaratoria de bien vacante, en tanto que si se trata de bien mueble se hablará de declaratoria de bien mostrenco, diferencia esta apenas terminológica y tradicional dentro de nuestro sistema civil (C. C., art. 706). La finalidad de este proceso es, pues, dar efectividad a la ocupación como modo de adquirir el derecho de dominio.

La competencia corresponde al juez civil municipal o al del circuito según la cuantía del bien porque la competencia no se atribuyó con base específica en la naturaleza del asunto, de ahí que este proceso quedó sometido a la regia general prevista para los contenciosos, auncuando en la práctica serán raros estos procesos y aún más tratándose de bienes de escasa significación económica.
.

Ciertamente, en relación con el aspecto de la competencia es menester recordar que como todo proceso de mínima cuantía corresponde al juez civil municipal, así en él sea parte una persona jurídica de derecho público, lo que se desprende de manera inequívoca de lo previsto en los artículos 17 y 18, numeral 1 del CGP, si el bien que se va a declarar vacante o mostrenco tiene un valor inferior al límite para la menor cuantía, conocerá el juez civil municipal en única instancia y si es de menor cuantía en primera instancia.

Por disposición del art. 383 del CGP la demanda sólo la puede presentar "la entidad a la cual deban adjudicarse conforme a la ley", siendo ésta, según el art. 66 de la ley 75 de 1968, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo cual reitera el decreto 1137 de 1999 cuyo artículo 17, numeral 17 dispone que una de las funciones del Instituto es la de "Promover las acciones en que tenga interés por razón de su vocación hereditaria o de bienes vacantes o mostrencos, de acuerdo con las leyes"; en consecuencia, ninguna otra persona puede demandar la declaratoria de bien vacante o mostrenco por cuanto la legitimación activa se adscribe únicamente a dicha entidad pública, lo que es una razón más para que este proceso sea casi inexistente en la práptica.

Desde hace muchos años el art. 82 de la ley 153 de 1887 señaló que la adjudicación de dichos bienes correspondía al municipio donde se encontraban,[17] pues ha sido orientación constante en el sistema colombiano que ellos deban ingresar a una entidad oficial, posición que obedece a que el Estado consideró que para evitar indebidos enriquecimientos con procesos de esta índole, sólo entidades públicas podían solicitar su declaratoria: por eso, en la práctica, si alguien se entera de un bien en tal situación, debe dar aviso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y acordar una remuneración, aspecto sobre el cual esa entidad tiene expresa reglamentación, en caso de tener éxito la información suministrada, pero no puede intervenir como parte dentro del proceso, aun cuando no veo inconveniente alguno para que lo

17 El citado art. 82 de la ley 153 de 1887 decía: "Pertenecen a los municipios los bienes mostrencos o vacantes que se hallen dentro de sus limites". Y el art. 66 de la ley 75 de 1968 dispone que "tendrá el Instituto los derechos que hoy corresponden a otras entidades con relación a los bienes vacantes y mostrencos".

pueda hacer como coadyuvante, dado que se trata de un proceso de cognición que lo permite.

El Consejo de Estado en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el día 16 de diciembre de 1996 puntualizó lo concerniente con el procedimiento para denunciar bienes vacantes o mostrencos y señaló que "El decreto 2388 de 1979, reglamentario de la ley 75 de 1968 y las modificaciones introducidas a sus artículos 99, 103,105, 107 y 108 por el decreto 3421 de 1986, constituyen la normatividad jurídica aplicable a la actuación administrativa que adelanta el ICBF en relación con bienes vacantes y mostrencos y vocación hereditaria.

"El procedimiento puede explicarse en la siguiente forma:

"Toda persona que descubra la existencia de un bien vacanxe o mostrenco, o de una vocación hereditaria, deberá hacer su denuncia ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Dirección General o Dirección Regional), según la ubicación del bien o del lugar de tramitación del respectivo juicio, mediante una escritura que incluirá: la afirmación, bajo juramento que se considerará prestado con la presentación personal del escrito, de que procede de buena fe y la manifestación del propósito de celebrar el respectivo contrato para obtener la declaración judicial a favor del Instituto sobre el bien vacante o mostrenco.

"El Instituto exigirá al denunciante los documentos necesarios para comprobar la veracidad de la denuncia y la naturaleza, descripción, ubicación etc. del bien, para lo cual dispondrá de un plazo de treinta días, vencidos los cuales el ICBF podrá

adelantar el proceso, sin que el denunciante tenga derecho a participación alguna.

"Verificadas las condiciones previas exigidas, la dirección general del ICBF o la dirección regional, decidirá si hay lugar o no al reconocimiento del denunciante mediante resolución motivada.

"Reconocido el denunciante, en el contrato, que deberá reunir los requisitos de todo contrato administrativo, se estipulará la contraprestación económica que le corresponde, de acuerdo con los porcentajes legales que señala la ley teniendo en cuenta el valor comercial del bien denunciado; el porcentaje es del 30% sobre los primeros veinte millones de pesos, del 20% sobre eí excedente de veinte millones hasta cincuenta millones de pesos, y del 10% sobre el excedente de cincuenta millones de pesos.

"Advierte la ley que los gastos y costos que al efecto se causen son de cargo del denunciante, quien asume la responsabilidad de sufragarlos so pena de incumplimiento del contrato de denuncio y participación.

"El Instituto podrá exigir el otorgamiento de una garantía se seriedad en la cuantía que señale, la cual será proporcional al valor del bien; subsistirá "hasta la fecha de perfeccionamiento del contrato".

"El número del contrato y la fecha de perfeccionamiento del mismo así como los datos necesarios para la identificación del denunciante, del proceso judicial y del bien denunciado, se anotará en un libro que *abrirá el Instituto* y que se denominará "radicador de los asuntos o expedientes de bienes vacantes, mostrencos y vocaciones hereditarias".

"Iniciada la acción pertinente, el contratista se obliga a adelantar las diligencias del juicio hasta su terminación, so pena de que se declare la caducidad administrativa del contrato y se hagan efectivas las garantías.

"Una vez los respectivos bienes ingresen real y materialmente al patrimonio del Instituto, los denunciantes tienen derecho al pago de la contraprestación económica pactada, sobre el valor efectivo recibido por el ICBF".

Bien se observa del concepto trascrito, como esa mentalidad burocrática colombiana, auspiciada por las disposiciones analizadas por el Consejo de Estado, lleva a que sólo en caso absolutamente excepcionales se acuda al Bienestar Familiar para denunciar bienes vacantes o mostrencos, pues son tantos los requisitos que deben observarse y las cargas que pesan sobre el que hace la denuncia, que resulta más aconsejable acudir a otros sistemas, así se deba esperar varios años, pues a nadie puede escapar que la actual normatividad lejos de incentivar las denuncias de esta clase de bienes, lo que conlleva es un total desestimulo para hacerlo.

Debido a que en este proceso sólo puede demandar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el denunciante del bien únicamente tiene derecho a una parte de lo obtenido tal como se acaba de exponer, su número cada día es menor.

Adicionalmente, tratándose de bienes muebles es muy raro que quien ios ocupe acuda a este juicio, porque, de una parte, le

resulta mejor esperar a que obre la prescripción adquisitiva cuyo lapso es de tres años; y, de la otra, como el poseedor del mueble[18] se reputa propietario mientras no se pruebe lo contrario y normalmente la posibilidad de goce y de disposición del bien la tiene sin restricción, no se acude ni a uno ni a otro proceso; en tratándose de bienes inmuebles resulta mejor para el ocupante esperar a que obre el fenómeno de la prescripción que le permitirá demandar para ser propietario del bien y no recibir una remuneración por su aviso al Instituto, aspecto tanto más evidente si se toma en cuenta que la Corte[19] señala que "la acción de vacancia no puede tener viabilidad ni eficacia ni aún tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo o inscrito y de buena fe al acto de posesión, si tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto

18 Con relación a los bienes muebles, el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 10 de julio de 1998, ponente Dr. Cesar Julio VALENCIA, al resolver una acción de tutela interpuesta por el Banco de Colombia, advirtió que no obstante que los títulos valores pertenecen a los llamados bienes mercantiles debido a que los créditos en ellos incorporados, por no ser "cosas corporales no pueden ser bienes mostrencos de suerte que, aún entendiendo por vía de discusión, que estuviesen abandonados por su titular 'en el sentido de que no lo cobra', conserva el derecho de cobrarlo mientras dure el término de prescripción; y pasado ese término el crédito se extingue, es decir no puede ser cobrado por el acreedor ni por persona alguna...".

19 Corte Suprema de Justicia, *G.J.* T. LXXXV1, pág. 500.

es que aparezca abandonado y sin dueño aparente conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera".

La demanda debe dirigirse contra las personas que figuren como titulares de derechos reales principales si se trata de bien sujeto a registro; por ello debe acompañarse un certificado actualizado del registrador. Cuando existen poseedores conocidos del bien, ellos serán los demandados mientras que en los demás casos "no será necesario señalar como demandado a persona determinada", es decir, cuando se trata de bienes mostrencos que normalmente no están sometidos a registro.

Es incongruente el art. 383 al decir que la demanda se dirigirá contra "personas conocidas como poseedores de dicho bien", pues si el bien está en poder de un poseedor quien lo detenta con ánimo de señor y dueño (art. 762 del C. C.), de antemano se está dando la base para que no prospere la acción, tal como atrás se advirtió y lo enseña la jurisprudencia de la Corte, que comparto.

Por definición del art. 706 del C. C., los bienes vacantes o mostrencos son los que no tienen "dueño aparente o conocido", y si están sometidos a posesión existirá un dueño aparente, cuyos derechos deben ser respetados, por eso si se demanda la declaratoria de bien vacante o mostrenco y se dirige la acción contra un poseedor, no puede prosperar la pretensión, pues el bien no será vacante o mostrenco sencillamente por que tiene dueño aparente.[20]

20 GÓMEZ José J., *Bienes;* Bogotá, Publicaciones Externado de Colombia, 1981, donde se lee lo siguiente: "¿Puede considerarse vacante o mostrenco el bien que es poseído por particulares? Dice la Corte que no, en la sentencia citada

En este proceso se *aplican* las disposiciones propias del proceso de pertenencia previstas en los numerales 5 a 9 del art. 375, ya explicadas, que hablan precisamente de la obligación de allegar el certificado del registrador, ordenar el emplazamiento de las personas que puedan tener derechos sobre el bien y, en todo caso, de la designación de curador para ellas, prevenciones estas últimas que se deben hacer en el auto admisorio de la demanda, en ei cual se decretará la inscripción de la demanda si en bien sometido a registro o el secuestro del bien, diligencia esta última cuando es del caso practicarla que le permite al juez, aun cuando no pueda cumplirse o sea cuando prospera una oposición, tener un contacto directo con el bien; por este motivo no es obligatoria la diligencia de inspección judicial que se debe observar dentro del proceso de pertenencia.

Respecto a la oposición a la diligencia de secuestro del bien, la norma es vaga e imprecisa, pues el inciso tercero del art. 384 dispone: "Si al practicarse el secuestro, los bienes se hallan en poder de persona que alegue algún derecho sobre ellos o que los tenga a nombre de otra, se prescindirá del secuestro y se prevendrá a dicha persona para que comparezca al proceso".

El primer interrogante que surge es el atinente a si para esta diligencia de secuestro se ha creado un régimen especial de oposiciones diverso del consagrado en el CGP que, como se sabe, permite la oposición del poseedor, bien directamente, ora a través de un tenedor que alega posesión en su nombre y permite a quien solicitó la diligencia, en caso de que prospere ia oposición, insis-

porque la posesión hace presumir el derecho y entonces el bien sí tendrá dueño". (Sentencia de *25* de febrero de 1941, *"G. J."* num. 1960 a 1968, pág. 748).

tir en la práctica del secuestro, para que el opositor quede como secuestre mientras se adelanta el trámite tendiente a demostrar que carece de derechos el opositor.

En mi opinión, el art. 309 del CGP es 1a disposición marco para regular todas las oposiciones a las diligencias de secuestro al señalar en su inciso primero que "a las oposiciones al secuestro, se aplicarán las siguientes reglas" y no se halla motivo para entender que el inciso tercero del art. 383 ha consagrado un sistema diverso y especial para el secuestro en el proceso de declaración de bienes vacantes y mostrencos.

Ciertamente, no parece muy clara la intención del legislador al decir que basta que se alegue algún derecho, pues no es posible interpretar la norma en su sentido literal, sino que es necesario entenderla remitida al art. 309 del CGP y se debe probar a lo menos sumariamente el derecho que se alega de posesión o tenencia a nombre de un tercero poseedor. El solo hecho de que se oponga una persona por la simple circunstancia de estar allí, no habilita para hacer nugatoria la diligencia de secuestro: de ahí que además de la presencia misma de la persona que se opone a la diligencia, debe allegarse alguna prueba que demuestre la calidad que alega, porque es bien sabido que el juez debe basar sus determinaciones en pruebas.

En todo caso, cuando en la diligencia se alega y se prueba derecho de posesión sobre el bien, el secuestro no se realiza, salvo que se haya hecho uso del derecho de insistencia, evento en el cual el opositor triunfante queda como secuestre. En todo caso, es decir, con insistencia o sin ella, la persona que se opuso

queda vinculada al proceso y debe comparecer para hacer valer sus derechos.

El hecho de no efectuarse el secuestro no es obstáculo para que el bien pueda declararse vacante o mostrenco si se llegare a demostrar que la presencia de la persona no tiene entidad suficiente para hacer inefectiva la ocupación que alega la parte demandante.

Según el art. 383 para que "proceda la declaración de vacancia de un inmueble rural, se requiere que el demandante haya demostrado que aquel salió legalmente del patrimonio nacional"; ello significa que el demandante debe acreditar que no se trata de un bien baldío, pues si lo fuere no es susceptible de ser adquirido por la vía del proceso que comento sino que en tal caso procede la solicitud de adjudicación ante la Agencia Nacional de Tierras, entidad creada por el decreto 2363 de 2015 para ejecutar "la política ordenamiento social de la propiedad, gestionando el acceso a la tierra como factor productivo, y buscando la seguridad jurídica en los derechos de propiedad y administrando las tierras de la nación para garantizar su adecuado aprovechamiento.", que reemplazo al Incoder.

10. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE ARRENDADO

. De los procesos verbales, por la frecuencia con que se presenta, por el grave problema social que implica la carencia de vivienda propia, la opinión de un sector numeroso de profesionales, comerciantes e industriales acerca de que es más rentable para sus actividades arrendar locales, bodegas y oficinas que ad

quirirlas en propiedad, lo que conlleva la celebración de multitud de contratos de arrendamiento, los caracteres dramáticos que en muchas ocasiones tiene la diligencia final y por las disposiciones especiales diferentes que rigen en materia de contrato de arrendamiento según sea para vivienda o para actividades de comercio y oficinas, es el de restitución del inmueble arrendado uno de los de mayor importancia, que tiene como norma especial el extenso artículo 384 del CGP, que consagra el trámite único para toda clase de procesos de restitución de tenencia, sea destinada a vivienda, ora de locales u oficinas comerciales o de bienes muebles, pues respecto de estos últimos, como se verá, en lo pertinente se aplican las mismas disposiciones procesales, de ahí que siente como premisa que toda reforma procesal que se realice tiene efectos para cualquier clase de contrato de arrendamiento.

10.1. *Breve referencia a la evolución histórica de las normas reguladoras del contrato de arrendamiento*[21]

Los abusos cometidos por los arrendadores en épocas de total libertad contractual y la notoria incidencia del canon en el costo de la canasta familiar, unidos a la escasez de vivienda, determinaron que el contrato de arrendamiento, contemplado en sus lincamientos clásicos en el Código Civil donde el principio de la autonomía de la voluntad tiene tan alta importancia, sufriera en las últimas décadas, grandes y profundas modificaciones que limitan drásticamente la libertad contractual en este campo, especialmente en lo que toca con los arrendamientos para vivienda,

'21 En la 7a edición de mi obra Instituciones de derecho procesal civil colombiano, Tomo 2, Dupre Editores, Bogotá, 1999, se puede obtener mayor información acerca del gran número de disposiciones que en los últimos sesenta años han regido en materia del contrato de arrendamiento.

aspecto que periódicamente requiere de ajustes legales dado lo cambiante de las circunstancias.

La legislación expedida en los últimos sesenta años en materia de arrendamientos para vivienda es muy amplia en restricciones a la libertad de estipulación contractual y está orientada por un manifiesto deseo de protección al inquilino, que si bien es cierto en las últimas regulaciones se trató de atemperar, no por eso determina el cambio de dicha orientación, pues se le sigue viendo como la parte débil del contrato y aún subsisten normas proteccionistas del arrendatario[22].

Se observa, en resumen, que sobre el contrato de arrendamiento pero en especial para ei de vivienda urbana, ha existido una abundante legislación, muchas veces repetitiva y que ante la ausencia de derogatorias expresas crea la duda acerca de que es lo que sigue vigente, a la que debemos adicionar, de una parte, las normas sustanciales que se refieren al contrato de arrendamiento sometido al régimen del Código de Comercio o sea los artículos

22 La congelación de los cánones, en buena hora eliminada, unida a la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, hicieron ridiculas las rentas que en una época fueron equitativas, desfigurando la conmutatividad del contrato y convirtiéndose en poderoso acicate para que el inquilino tratara de perpetuarse en la tenencia del inmueble y sus consejeros legales no escatimaran esfuerzos para demorar al máximo las actuaciones judiciales tendientes a la recuperación del bien arrendado, para lo que constituye factor determinante el antiético sistema para señalar honorarios profesionales que se ha enseñoreado, pues cobran una suma de dinero para cada mes que logren demorar la sentencia, de ahí que sea el proceso donde mayor numero de subterfugios se emplean, con el fin de posponer el proferimien- to de la sentencia y su cumplimiento, porque el fin perseguido ya no es ganar prontamente el pleito sino retrasar al máximo la decisión final, corruptela que las últimas reformas legales han tratado de paliar la desigualdad legislativa reinante frente ai punto.

518 a 523 y, de otra, las que tienen que ver con el arrendamiento de inmuebles rurales y con el contrato de aparcería.

Esta legislación, en no pocas ocasiones contradictoria, lejos de asegurar claridad y certeza genera mayor incertidumbre y permite, sobre la base de arduas polémicas, acerca de si determinada norma está vigente o no, prolongar los procesos de restitución de tenencia, aun cuando debo reconocer que la ley 820 de julio de 2003, ayuda a clarificar el panorama con varias de las derogatorias expresas que en ella se realizan.

Y es que lo concierne con el contrato de arrendamiento va siempre de la mano con el entorno económico de una determinada época y en especial con la ley de la oferta y la demanda.

Hechas estas consideraciones generales y advirtiendo la necesidad de estudiar en detalle las disposiciones sustanciales que rigen los diversos contratos de arrendamiento, emprendo ei análisis de los pasos procesales del proceso de restitución de tenencia por arrendamiento, sistema que es el indicado para dirimir cualquier controversia que recaiga sobre la restitución del inmueble arrendado, sea que verse sobre bienes destinados a vivienda urbana o a establecimientos comerciales, salvo que se desee llevar la controversia a la decisión de un tribunal de arbitramento, mediante la estipulación del pacto arbitral en cualquiera de sus dos modalidades.

También es de advertir que la ley 446 de 1998 en su artículo 69 al referirse a la conciliación sobre inmueble arrendado, adicionó que los “Centros de conciliación podrán solicitar a la autoridad judicial que comisione a los inspectores de policía para

realizar la diligencia de entrega de un bien arrendado, cuando exista incumplimiento de una acta de conciliación con un acta (sic) al respecto", con lo cual queda claro que a través de la etapa conciliatoria extrajudicial es posible buscar solución a las diferencias en tomo al contrato de arrendamiento y si, por ejemplo, en la conciliación el inquilino se obliga a restituir el inmueble en un determinado plazo y no lo hace, se acude de manera directa a la diligencia de restitución ante inspector de policía del lugar, lo que ahorra todo el esfuerzo del proceso, de ahí lo recomendable de seguir empleando este sistema alternativo, así ya no sea requisito de procedibilidad debido a que el inciso final del numeral 6 del art. 384 expresamente así lo indica al prescribir en su inciso final que: "El demandante no estará obligado a solicitar y tramitar audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la demanda".

10.2. *Finalidad del proceso de restitución del inmueble arrendado*

Existe un malentendido generalizado respecto a la finalidad de este proceso pues se estima que busca el pago de cánones adeudados. En absoluto, se procura, primordialmente, la restitución de la tenencia otorgada por el arrendador al arrendatario y las indemnizaciones a que haya lugar, y no el pago de los cánones adeudados o de multas pactadas en caso de incumplimiento, los cuales se pueden hacer efectivos en un proceso de ejecución independiente si es antes de proferida la sentencia estimatoria de la demanda siempre y cuando el contrato reúna los requisitos propios de un título ejecutivo o ante el mismo juez si es después de la sentencia coipo lo prevé el art. 306 del CGP; además, se

persigue con esa actuación la fijación y pago de los peijuicios que el incumplimiento del contrato por el arrendatario ha ocasionado al arrendador y que se deben solicitar, como ya se explicó, de manera conjunta mediante la acumulación de pretensiones, si a ellos se aspira.

Cosa diferente es que si la causal alegada es la mora del arrendatario y éste quiere oponerse, debe consignar los cánones adeudados y seguirlo haciendo durante el transcurso del proceso si quiere ser escuchado pero, como lo veremos, esa consignación obedece a razones enteramente distintas de las de convertir este proceso en uno para obtener el recaudo de cánones atrasados, pues su finalidad insisto es básicamente la de lograr la restitución del bien dado en arrendamiento, inmueble o mueble.

En conclusión, destaco que el proceso verbal de lanzamiento se ha instituido para que, siguiendo los trámites especiales del art. 384 del CGP., se tramiten todas las controversias que, en razón de la terminación del contrato y la consiguiente restitución del inmueble dado en arrendamiento, puedan suscitarse, así como lo atinente a las indemnizaciones que sean pertinentes basadas en el mismo.

10.3. *La restitución de inmuebles*

Recordando que este proceso es pertinente respecto de bienes muebles e inmuebles, se estudian a continuación las bases esenciales del proceso para obtener la restitución de bienes inmuebles dados en arrendamiento.

10.3.1. *Competencia*

Por el factor territorial obra el fuero real exclusivo previsto en el art. 28, num. 7 del CGP, es decir, que conoce el juez del lugar donde está ubicado el bien, independientemente del domicilio del demandado o demandados, del lugar de celebración del contrato o sitio donde se pague el canon, ya que el Código no se atiene a estas nociones para radicar competencia por el factor territorial.

Para saber si corresponde a un juez civil municipal o a un juez civil del circuito, el art. 26, num. 6 ib. en orden a señalar un criterio para fijar cuantía, dispone que se fija "En los procesos de tenencia por arrendamiento, por el valor actual de la renta durante el término pactado inicialmente en el contrato y si fuere a plazo indefinido por el valor de la renta de los doce meses anteriores a la presentación de la demanda. Cuando la renta deba pagarse con los frutos naturales del bien arrendado, por el valor de aquellos en los últimos doce meses año. En los demás procesos de tenencia, la cuantía se determinará por el valor de los bienes, que en el caso de los inmuebles será el avalúo catastral".

Señala la disposición dos criterios; de acuerdo con el primero, si se trata de un contrato de arrendamiento en que se pactó término inicial, la cuantía del proceso para efectos de radicar competencia será el valor actual del canon por ese término inicial; el segundo establece que cuando no se ha pactado término inicial, o el plazo es indeterminado, la cuantía la determina el valor actual de los cánones en el período de los últimos doce meses.

En cuanto a la determinación de la competencia por la cuantía, la ley 820 de 2003 vino a poner fin a la polémica atinente a que cuando se basa la demanda tan sólo en el atraso en el pago de los cánones, para hacer las operaciones aritméticas antes anotadas se toma como base el canon inicialmente pactado o si debe considerarse el que se paga al momento de la demanda. En efecto, la duración de los contratos de arrendamiento implica que, normalmente, el valor pactado inicialmente en el contrato sea inferior al que se paga cuando se va a presentar la demanda, máxime, cuando la misma ley auspicia los reajustes y es costumbre hacerlos anualmente.

El art. 40 de la ley 820 de 2003 sentó pauta legal y optó por considerar el valor de la renta vigente en el momento de presentar la demanda, ai indicar que será el valor "actual". con lo que se acabó la incertidumbre, aspecto reafirmado por el CGP al referirse al mismo aspecto, es decir la renta actual en el numeral 6 del art. 26 del CGP.

Estas guías adoptadas por el Código son exclusivamente para radicar competencia y nada tienen que ver con el valor de los cánones adeudados, cuyo monto es importante para determinar la cuantía en el proceso de ejecución para su cobro, pero no para radicar la competencia en el de restitución de tenencia, por la sencilla razón de que la mora en el pago no es la única causal de lanzamiento; de modo, pues, que si se hubiera acudido a este corto criterio se encontraría, en todos aquellos casos en los que la causal alegada no sea la mora, un grave escollo para determinar el juez competente, de ahí que, independientemente de cuál sea el motivo para demandar, para radicar competencia siempre es

pertinente la operación aritmética de que habla el art. 26 num. 6, del CGP basada en la “renta actual”.

- - ■ - En suma, el estatuto lo que hizo fue tomar un elemento esencial del contrato de arrendamiento, la renta o canon y utilizarlo como referencia para desarrollar el criterio en orden a fijar la competencia, sin que el resultado de la operación tenga nada que ver con la cuantía de la pretensión, pues ésta va encaminada en esencia a que se restituya un bien y no al pago de cánones atrasados.

Veamos con un ejemplo la aplicación del art. 26 numeral 6: Luis arrienda a Jorge un local por el término inicial de ocho meses, a razón de diez millones de pesos mensuales. Al iniciarse el proceso, se multiplicará el término pactado, ocho meses, por el canon actual que vamos a suponer sigue siendo el mismo, obteniéndose un resultado de 80 millones como cuantía, es decir, que se tratará de un proceso de menor cuantía, sin que importe para nada ei tiempo que el demandado lleve efectivamente ocupando el inmueble, ni si la causal alegada es mora en el pago, o cualquier otra. Pero si no se pactó término inicial, se toma como base los últimos doce meses, por manera que el resultado será de 120 millones es decir, proceso de mayor cuantía.[23]

Ahora bien, como indiscutiblemente y dada su naturaleza de proceso declarativo, el de restitución de tenencia por arrendamiento expresamente permite que dentro del mismo se pueda pedir la condena al pago de las indemnizaciones a que haya lu-

23 Para ei año 2017 como el saiario mínimo se ñjó en $737.3 i T oo, la mínima cuantía va hasta $29.492.680.oo. la menor de esta cifra hasta SI 10.597.550.oo y la mayor de allí en adelante.

T'Í¿ár;- creo que cuando la pretensión va encaminada también a que
l¿¿'reconozca el derecho a ella y se ordene su pago, si el monto al
^®cual se aspira determina un proceso de mayor cuantía y la operailí#óh con base en los cánones fija uno de menor o aún de mínima,
|||ppfcá el monto de la pretensión mayor y conocerá del proceso el más jerarquía.
m&pz-' ■-
¡SE¿u> Un ejemplo ilustra el anterior evento; si se pide la restitu-
"láómde un inmueble arrendado y el canon inicialmente pactado
-nc&l dlésúde cuatro millones de pesos y el período inicial acordado es de
ÉÉféztfneses, el resultado para fijar la competencia determinaría
^^^Lproceso de menor cuantía; empero si, como expresamente lo
Í§l&?^te se busca además, que se condene al pago de los
Sos que el arrendatario ocasionó al bien y que se estimaron en
50 millones, en virtud de esta pretensión, el proceso pasó a ser
emayor cuantía y conocerá el juez civil del circuito.
~.;¡No faltarán quienes aleguen que en los procesos de restituiaórrde tenencia por arrendamiento la base para determinar comida en razón de la cuantía la da exclusivamente el numeral
Lart. 28 del CGP, lo que se entiende hace referencia a la
áyór parte de estos procesos donde exclusivamente se pide la
itución pero no los peijuicios; empero, si se presenta la acusación de pretensiones que menciono viene a obrar el artículo
numeral 1 del CGP que establece que cuando en la demanda
^acumulen varias pretensiones la cuantía la determinará el valor
atodas las pretensiones al tiempo de la demanda” y es por eso
©reitero la opinión acerca de que si la operación de los cánones
eonma un proceso de mínima o menor cuantía y la solicitud

de peijuicios uno de mayor, se atenderá al monto de estas dos pretensiones para radicar la competencia.

De otra parte, es menester recordar que en eventos excepcionales el precio de la renta puede ser en especie por cuanto el art. 1975 del C. C. dispone que: "El precio puede consistir ya en dinero, ya en ñutos naturales de la cosa arrendada, y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los ñutos de cada cosecha", aspecto que procesalmente se recoge en el numeral 6 del art. 26 indicando que en esta hipótesis para la cuantía se tomará el valor de aquellos en el último año, aun cuando se trata de hipótesis poco frecuente.

10.3.2. *Demanda de restitución de la tenencia*

Debe reunir los requisitos generales del art. 82 del CGP. Por tratarse de la restitución de un bien inmueble se indicarán linderos actuales, nomenclatura, ubicación, y "demás circunstancias que los especifiquen", tal como lo prevé el art. 83, aspecto de utilidad porque al elaborar la demanda es prudente anotar, a más de los tres datos obligatorios iniciales, las circunstancias adicionales que sirven para identificar el bien, porque hay abogados especializados en defender a los demandados en estos procesos que acudiendo a maniobras muy difíciles de comprobar, pero en ocasiones efectivas, tales como alteración de nomenclatura, confusión de linderos, etc., desvirtúan el cumplimiento de la sentencia que ordena la restitución. Por ello, recomiendo identificar el inmueble de la manera más precisa posible a fin de evitar este tipo de argucias; no es que esté mal defender a los arrendatarios, en absoluto, pero acudir a esta clase de triquiñuelas para lograr

que prolongue su permanencia en el inmueble, es conducta que debe ser severamente reprobada y oportunamente sancionada.

El contrato de arrendamiento es consensual y, por lo tanto, su validez es ajena a cualquier solemnidad, salvo el caso excepcional del arrendamiento por escritura pública, poco utilizado en nuestro medio. Significa lo anterior que cuando no hay prueba escrita documental de la celebración del contrato, no por eso deja de existir; en consecuencia, al exigir el art. 384 en su primer numeral que: "A la demanda deberá acompañarse prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de *éste* hecha en interrogatorio de parte extraprocesal o. prueba testimonial sumaria", nítidamente reconoce tal calidad por cuanto se observa la amplia libertad probatoria que se permite para cumplir con este anexo de la demanda, que es requisito condicionante para su aceptación.

Ciertamente, en primer término, puede adjuntarse ei documento que dé cuenta del contrato, en original o en copia, sin que importe para nada que esté autenticado o al menos firmado ante dos testigos, pues está dotado de la presunción de autenticidad que le otorga el art. 244 del CGP, de manera que basta el documento contentivo del contrato de arrendamiento, en original o en copia, suscrito por las partes sin otra formalidad, para que reúna plenamente las exigencias propias de este anexo de la demanda, que la única finalidad que busca es mostrar, desde un primer momento, que realmente se celebró el mismo.

Si no existe la prueba documental del contrato, bien porque éste nunca se documentó o porque el demandante no la tiene en su'poder, puede solicitar un interrogatorio de parte extraproceso

y si de su práctica se determina la existencia del mismo servirá como prueba para ser tenido como el anexo especial que se requiere para dar curso a la demanda.

Si tampoco es posible lograr la confesión, igualmente puede el demandante presentar "prueba testimonial siquiera sumaria", o sea al menos dos declaraciones de personas que depongan acerca de la existencia del contrato de arrendamiento, quiénes son las partes, el objeto del mismo y la renta o canon, a fin de que su análisis le lleve al juez la convicción de la existencia del contrato, como sucede con toda prueba sumaria que, no me canso de repetirlo, no es la prueba deficiente ni incompleta, ni un principio de prueba, sino la que acredita cabalmente el hecho, sólo que aún no ha sido sometida al requisito de la contradicción.

Esas declaraciones se deben recibir ante juez, alcalde o notario según lo dispone el art. 188 del CGP, pues no es necesaria la citación de la parte contraria.

Resulta por entero indiferente cuál de las tres posibilidades[24] que la ley otorga para presentar el anexo que pruebe la existencia del contrato sea la aportada por el demandante, por cuanto si vence el término del traslado de la demanda y no existe oposición "el juez proferirá sentencia ordenando la restitución", dispone el numeral 3 del art. 384, donde no se distingue acerca de cuál es la clase de prueba del contrato que se adjuntó.

24 Llevando el asunto al extremo, si no se logra establecer el contrato con una de las tres modalidades -advertidas, quedaría como *último* recurso el adelantar proceso verbal para que en la sentencia se declare la existencia de! mismo.

Es necesario destacar que existe un evento en el cual así no se presente oposición, no es viable proferir sentencia de plano y es el atinente a la demanda con pretensiones acumuladas; en efecto, si a más de la restitución de la tenencia del inmueble se ha solicitado ei pago de las indemnizaciones por los peijuicios que ocasionó el arrendatario, es menester adelantar todos los pasos propios del proceso verbal para que se practiquen las necesarias para demostrarlos, pues estimo que el silencio únicamente permite proferir la sentencia de plano cuando se pide exclusivamente la restitución de la tenencia.

Los motivos que pueden llevar a solicitar la restitución de la tenencia del inmueble arrendado son muy diversos como ya se advirtió, tales como indebida destinación del mismo, venta del bien, necesidad de ocuparlo, expiración del plazo en el caso de inmuebles destinados a actividades comerciales, entre muchos otros y dentro de esas varias causas puede estar la de incumplimiento de la obligación de pagar en oportunidad la renta que, reitero, no es la única, aun cuando sí de las que con mayor frecuencia se emplean.

10.3.3. *Notificación de la demanda*

El auto admisorio de la demanda debe notificarse personalmente al demandado o demandados en la forma prevista por el artículo 291 del CGP, sin que sea posible, en estricta lógica, que se pueda acudir a la designación de curador, dado que indica en el numeral 2 del art. 384 que: "se considerará como dirección de los arrendatarios la del inmueble arrendado, salvo que las panes hayan pactado otra cosa", aspecto que reafirma con claridad el art. 12 de la ley 820 de 2003 en su inciso final al señalar que:

"En el evento en que no se reporte ninguna dirección en el contrato o en un momento posterior, se presumirá de derecho que el arrendador deberá ser notificado en el lugar donde recibe el pago del canon y los arrendatarios, codeudores y fiadores en la dirección del inmueble objeto del contrato, sin que sea dable efectuar emplazamientos en los términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil"[25], referencia que hoy se entiende al CGP.

Además, tratándose de vivienda urbana, facilita este aspecto inicial lo señalado en el artículo 7 de la ley 820 de 2003, al establecer otro caso de solidaridad por creación legal al disponer que "Los derechos y las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento son solidarias, tanto entre arrendadores como entre arrendatarios. En consecuencia, la restitución del inmueble y las obligaciones económicas derivadas del contrato, pueden ser

25 Agrega el resto del art. 12 lo siguiente: "En todo contrato de arrendamiento de vivienda urbana, arrendadores, arrendatarios, codeudores y fiadores, deberán indicar en el contrato, la dirección en donde recibirán las notificaciones judiciales y extrajudiciaies relacionadas directa o indirectamente con ei contrato de arrendamiento.

La dirección suministrada conservará plena validez para todos los efectos legales, hasta tanto no sea informado a la otra parte del contrato, el cambio de la misma, para lo cual se deberá utilizar el servicio postal autorizado, siendo aplicable en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo que regula el procedimiento de pago por consignación extrajudicial. Los arrendadores deberán informar el cambio de dirección a todos los arrendatarios, codeudores o fiadores, mientras que éstos sólo están obligados a reportar el cambio a los arrendadores.

Las personas a que se hizo referencia en el inciso primero del presente artículo no podrán alegar ineficacia o indebida notificación sustancial o procesal.

Tampoco podrá alegarse como nulidad ei conocimiento que tenga la contraparte de cualquier otra dirección de habitación o trabajo, diferente a la denunciada en el contrato".

exigidas o cumplidas por todos o cualquiera de los arrendadores a todos o cualquiera de los arrendatarios.

Los arrendadores que no hayan demandado y los arrendatarios que no hayan sido demandados, podrán ser tenidos en cuenta como intervinientes litisconsorciales, en los términos del inciso tercero del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil"[26], con lo cual se han eliminado múltiples motivos de dilación, pues queda nítido que el demandante determina si dirige su escrito contra todos los arrendatarios o arrendadores (esto en el caso de restitución del inquilino al arrendador), o tan sólo contra uno o parte de ellos, independientemente de cualquier otra consideración, pues los no señalados tienen por determinación de la ley el carácter de litisconsortes cuasinecesarios, es decir que la sentencia los vincula, pueden intervenir voluntariamente cuando a bien lo tengan pero no es necesario dirigir la demanda contra ellos ni tampoco citarlos.

10.3.4. *Cargas del demandado en el proceso de lanzamiento*

Varían según la causal alegada. Si ésta se refiere a la mora en el pago de la renta, para que pueda ser escuchado es requisito indispensable consignar a órdenes del juzgado las sumas que el demandante afirma se le adeudan, o entregar los recibos provenientes del demandante donde figuren las cancelaciones de esos cánones, aspecto al cual se refiere el numeral 4 del art. 384 del CGP, así: "Si la demanda se fundamenta en falta de pago de la renta o de servicios públicos, cuotas de administración u otros conceptos a que esté obligado el demandado en virtud del con

26 Debido a la derogatoria del C de P.C. la remisión se entiende referida ai art. 62 del CGP, por ser este un claro evento de litisconsorcio cuasi necesario.

trato, éste no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones y los demás conceptos adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador, correspondientes a los tres (3) últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquél."

Sobre este punto debemos tener en cuenta que si el demandado consigna los cánones que el demandante afirma se le adeudan, esta conducta puede constituir una tácita aceptación de la procedencia de la causal invocada, pero podrá ser escuchado en el proceso; si el demandado, no obstante haber pagado ha perdido los recibos, para poder ser oído debe consignar ese dinero, advirtiendo al juez que no se le entregue al demandante, pues en el curso del proceso demostrará que esas sumas ya fueron canceladas; de lo contrario, es decir si se Umita a consignarlos sin mencionar la circunstancia, el juez debe disponer que en forma inmediata se entregue lo pagado al demandante a buena cuenta de su deuda, sin que importe para nada el resultado del proceso.

En realidad, si el demandante afirma, por ejemplo, que no se han cancelado las mensualidades de enero, febrero y marzo de 2017 y el demandado se opone consignándolas sin advertir que ya hizo el pago, tal conducta, ante un contrato en el cual los cánones se deben cancelar mensualmente, si bien es cierto le permite oponerse, presentar peticiones, interponer recursos y, en fin, actuar dentro del proceso, muy posiblemente será tenida en cuenta por el juez para dar por probada la causal alegada; sin embargo,

una circunstancia como la indicada no necesariamente constituye prueba de la causal de mora invocada pues puede acontecer que el demandado alegue que se varió la forma de pago o presente la excepción de contrato no cumplido por cuanto el arrendatario no le ha permitido utilizar adecuadamente el bien y en tal caso desaparecerían los efectos de la mora alegada.

La disposición es lógica ai ordenar que si el demandado tiene en su poder los recibos en que consta el pago o los comprobantes de las consignaciones realizadas según se trate de vivienda urbana o no,[27] únicamente debe presentar estos documentos, pues

27 Desde el decreto-ley 1943 de 1956 se estableció una especifica y ¿gil forma de pago por consignación para cumplir las obligaciones pecuniarias emanadas dei contrato de arrendamiento, permitiendo que los arrendatarios, en los casos en que sus arrendadores se nieguen a recibir, puedan consignar las sumas respectivas en las oficinas del Banco Agrario. Esta norma hoy derogada, ai igual que el decreto 1816 de 1990, se ha reemplazado por el artículo 10 de la ley 820 de 2003 donde se dispone: " ***Procedimiento de pago por consignación extrajudicial del canon de arrendamiento.*** **Cuando el arrendador se rehúse a recibir el pago en las condiciones y en el lugar acordados, se aplicarán las siguientes reglas: 1.E1 arrendatario deberá cumplir su obligación consignando las respectivas sumas a favor del arrendador en las entidades autorizadas por el Gobierno Nacional, del lugar de ubicación del inmueble, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo o período pactado en el contrato de arrendamiento. Cuando en el lugar de ubicación del inmueble no exista entidad autorizada por el Gobierno Nacional, el pago se efectuará en el lugar más cercano en donde exista dicha entidad, conservando la prelación prevista por el Gobiemo.2.- La consignación se realizará a favor del arrendador o de la persona que legalmente lo represente, y la entidad que reciba el pago conservará el original del título, cuyo valor quedará a disposición del arrendador. 3.-La entidad que reciba la consignación deberá expedir y entregar a quien la realice dos (2) duplicados del título: uno con destino al arrendador y otro al arrendatario, lo cual deberá estar indicado en cada duplicado. Al momento de efectuar la consignación dejará constancia en el título que se elabore la causa de la misma, así como también el nombre del arrendatario, la dirección precisa del inmueble que se ocupa y el nombre y**

sería injurídico obligarlo a hacer la consignación en dinero efectivo, que sólo será necesaria a falta de documento escrito idóneo acerca de los pagos efectuados.

En cuanto a la prueba del pago de los cánones que el demandante dice se le adeudan, estimo que si son numerosas las mensualidades que están en mora de ser canceladas y el demandado ha extraviado alguno de los recibos de pago, puede allegar los comprobantes de tres últimos pagos para que obre la presunción legal de estar cancelados todos los anteriores meses, siempre y cuando se den todos los requisitos del art. 1628 del C. C., que dice: "En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor", aspecto que como se puede observar recoge de manera expresa el artículo 384 al referirse a la presentación de los recibos "correspondientes a los tres últimos períodos". Se debe tener presente que como se trata de una presunción legal, puede el demandante desvirtuar la misma.

o su representante, según el caso. 4. El arrendatario deberá dar aviso de la consignación efectuada al arrendador o a su representante, según el caso, mediante comunicación remitida por medio del servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones junto con el duplicado del titulo correspondiente, dentro de los cinco (5) siguientes a la consignación. Una copia simple de la comunicación y del duplicado título deberá ser cotejada y sellada por la empresa de servicio postal. El incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa de servicio postal dará lugar a las sanciones a que ellas se encuentren sometidas. 5.-El incumplimiento de lo aquí previsto hará incurrir al arrendatario en mora en el pago del canon de arrendamiento. 6.- La entidad autorizada que haya recibido el pago, entregará al arrendador o a quien lo represente, el valor consignado previa presentación del título y de la respectiva identificación. 7.- Las consignaciones subsiguientes deberán ser efectuadas dentro del plazo estipulado, mediante la consignación de que trata este artículo o directamente al arrendador, a elección del arrendatario"

Durante el curso del proceso el demandado, cualquiera que sea el motivo alegado, debe pagar cumplidamente el valor de los cánones que se vayan causando, porque si no lo hace se le sancionará dejando de escucharlo; esta disposición nos parece atinada, pues nada justifica que el demandante deje de percibir sus arriendos por el hecho de estar en pleito la devolución de la tenencia del inmueble si mientras dura el proceso el demandado lo está disfrutando, de ahí el acierto de esta norma al indicar que: "Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo del pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo."

Por consiguiente, a medida que se van consignando los cánones, deben entregarse al demandante quien por eí hecho de recibirlos no purga la mora, si fue esa la causal alegada en la demanda, pues esta conducta lo único que busca es aminorar los perjuicios que sufre el demandante por el eventual incumplimiento del arrendatario.

No puede perderse de vista que cuando la causal alegada es la mora, para efectos de determinar si existe o no la misma, se deben mirar las circunstancias existentes hasta la presentación de la demanda, siendo por entero indiferente que el demandante retire las sumas que se hayan consignado en su favor, con lo cual queda erradicada la equivocada creencia de estimar que recibir

los dineros correspondientes a los pagos implicaba la aceptación de ellos y la desaparición de la mora.

La entrega de esos pagos, a medida que se van sucediendo, no se cumple si el demandado desconoce la calidad de arrendador al demandante, hipótesis en la cual "Los cánones depositados en la cuenta de depósitos judiciales se retendrán hasta la terminación del proceso si el demandado alega no deberlos; en caso contrario se entregarán inmediatamente al demandante. Si prospera la excepción de pago propuesta por el demandado, en la sentencia se ordenará devolver a éste los cánones retenidos; si no prospera se ordenará su entrega al demandante."

El argüir no deber los cánones como constituye un motivo de excepción perentoria, debe alegarse en la contestación de la demanda por así disponerlo expresamente el numeral 4 del art. 484, de ahí que con posterioridad a tal momento procesal ya no será pertinente presentarla porque la norma es precisa al imponer como carga al demandado que "al contestar la demanda le haya desconocido el carácter de arrendador", lo que además da pié para sostener que no puede el juez reconocer la circunstancia de oficio.

Es necesario diferenciar tres situaciones que pueden dar lugar a consignación: a) la consignación de los cánones que se dice se adeudan cuando se alega mora en el pago como causa para demandar, evento en el cual para que no se le entregue esa suma al demandante, el demandado ha de alegar no deberlos, sin que en este caso le desconozca la calidad de arrendador al demandante; b) la consignación de los cánones que se dice se adeudan con la mención expresa de que no se entreguen por desconocerse la

calidad de arrendador del demandante y c)la consignación de los que causan en el curso del proceso, sin que importe cual sea la causal alegada, alegando que no se entreguen al demandante por que éste no tiene la calidad de arrendador.

En el primer caso, como lo dispone el num. 4 del art. 384, no se requiere desconocer la calidad de arrendador sino afirmar que esos cánones ya fueron cancelados, circunstancia que debe demostrar el arrendatario demandado en el curso del proceso y, si así no ocurriere, el juez deberá tenerla en cuenta para imponer condena por peijuicios, pues el solo hecho de afirmar el demandado que no adeuda la suma que consigna, priva al arrendador de recibirla inmediatamente.

En los otros eventos que se refieren al desconocimiento de la calidad de arrendador que tiene el demandante, lo cual, como ya se anotó, únicamente se puede hacer en la contestación de la demanda a modo de excepción de fondo, si esta no se prueba, el juez debe decretar en la sentencia la condena al pago de los perjuicios que sufre el demandante por la congelación de las sumas de dinero correspondientes a los cánones que, de no mediar la excepción, hubiese recibido en el curso del proceso o incluso de los que ha podido consignar si la causal alegada es mora.[28]

Los peijuicios que se han causado al demandante como consecuencia de haber alegado el demandado que los cánones

28; En efecto, si la demanda tiene como motivo la mora en el pago de, ejemplo, seis mensualidades, el demandado para poder ser escuchado debe pagar las mismas, así alegue que desconoce la calidad de arrendador del actor y además seguir consignando los cánones que se causen, sumas todas que en virtud de su manifestación quedan a disposición del despacho hasta

que se decía adeudaba no los debía y, por ende, privó a aquel de la posibilidad de recibir esas sumas, al igual que los que sufra cuando le niega la calidad de arrendador y no se le entrega suma alguna mientras dura el proceso, se tasan legalmente de manera anticipada con criterio objetivo, que por observar esta conducta y no haber demostrado la base que la soportaba, consagra el numeral 4 del art. 384 al disponer que: "Cuando se resuelva la excepción de pago o la del desconocimiento del carácter de arrendador, se condenará al vencido a pagar a su contraparte una suma igual al treinta por ciento de la cantidad depositada o debida", condena que como lo destaca la norma se debe imponer de oficio en la sentencia donde se declare la sinrazón del hecho alegado.

El aparte antes transcrito de la disposición debe ser precisado pues quedó mal redactado y se presta a ser interpretado como si la posibilidad de la sanción del 30% pudiera ser impuesta a cualquiera de las partes debido a que la expresión "se condenará al vencido a pagar a su contraparte", da a entender que si se propone la excepción y es negada el vencido será el demandado quien debe pagar al demandante, pero si prospera el vencido sería el demandante y debería pagarle al demandado triunfante.

No es ese el alcance de la disposición debido a que la sanción exclusivamente está contemplada para la parte que excepcionó o sea la demandada debido a que al ser esta quien propuso la excepción es la única que puede ser considerada como parte vencida, en el evento de que se nieguen alguna de las excepciones propuestas, pero que si se declaran probadas en modo alguno permite imponer la sanción pecuniaria al demandante.

Para fijar el valor que debe ser pagado como sanción la ley indica que se debe tomar como base la cantidad **depositada o debida,** términos que no son sinónimos como aparentemente puede pensarse, porque ellos significan lo siguiente: si el demandado pagó los cánones hasta último momento y la cantidad **depositada** a órdenes del juzgado asciende, por ejemplo, a veinte millones de pesos, la multa será de seis millones de pesos; no obstante si empezó a consignar, pagó diez millones y luego dejó de hacerlo, puede suceder que cuando llegue el momento de dictar la sentencia, que es donde se imponen estas condenas, adeude rentas por valor de otros diez millones, hipótesis en la cual igualmente la condena será por seis millones de pesos, pues es este el 30% de la cantidad total debida, lo cual se explica porque en los dos casos el demandante no ha recibido cantidad alguna.

Como la norma es sancionatoria no permite aplicación extensiva, de modo que si el demandado sin desconocer la calidad de arrendatario, no paga desde un comienzo, no se le escuchará, con todas las consecuencias que esta sanción conlleva; si empezó a pagar y dejó de hacerlo, de igual manera dejará de ser oído desde cuando incurrió en la mora, pero no habrá lugar a imponer la sanción del 30% que únicamente opera en las dos precisas hipótesis mencionadas, pues se advierte que la sanción tiene lugar tan sólo cuando el arrendatario afirma que ya pago lo que se dice adeuda y por carencia, en ese momento procesal, de prueba idónea para acreditarlo repite el pago para ser escuchado y cuando desconoce el carácter de arrendador.

Una vez iniciado el proceso de lanzamiento y sin que interese para nada cual sea la causal alegada, ei demandado nece-

sanamente debe consignar los cánones que se causen o pagarlos directamente al arrendador, como lo dice el num. 4 del art. 384 en su inciso tercero que dispone: “Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente ei título de depósito respectivo, el recibo del pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo.”, de forma tal que iniciado el proceso no es pertinente el pago por consignación en el Banco Agrario con el correspondiente envío por correo certificado sino, insistimos, en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado donde se adelanta el proceso a fin de que por intermedio del juez se entregue la renta al demandante salvo, claro está, la circunstancia ya analizada en que no hay lugar a esa entrega por desconocerse su calidad de arrendador.

Destaco que la sanción de dejar de ser oído el demandado hasta tanto no pague, no tiene excepciones de ninguna índole o sea que mientras no se cumpla con el pago, cualquier actividad procesal, la que sea, le está vedada al demandado y si de hecho llega a presentar alguna solicitud se hará caso omiso de ella, es como si no hubiera existido y sin que sea menester requerirlo, porque se estará al objetivo hecho de que no realizó el pago respectivo, sin perjuicio de que en el momento en que lo haga recupere plenamente'sus posibilidades de intervención para de allí en adelante poder ser escuchado, porque ese pago demorado no tiene efectos retroactivos.

En verdad, si el demandado está renuente a cumplir con ese deber y se surte parte de la actuación sin que se le pueda escuchar, nada impide que cuando quiera que se le oiga pague todo lo adeudado, evento en el que, también sin necesidad de auto que así lo declare, recobra vocería en el proceso a partir del momento del pago, pero sin que pueda darse carácter retroactivo, de ahí que no puede pretender so pretexto del pago, revivir oportunidades precluídas.

Para dar un ejemplo, imaginemos que en un proceso donde la causal alegada no es la mora, el demandado pudo responder la demanda y proponer excepciones previas, pero no siguió pagando los cánones que se causaron con posterioridad, de manera tal que no será escuchado para apelar del auto que resolvió las excepciones previas o intervenir en la práctica de las pruebas, sin perjuicio de que en el momento que cancele lo adeudado recobre, de allí en adelante, el derecho de postulación, que al fin y al cabo es el que se suspende con la sanción.

Existe una posibilidad de no seguir pagando los cánones a la orden del juzgado y es cuando las partes deciden cancelar y recibir la renta de manera directa, conducta que evita, además de innecesarias diligencias, trámites judiciales engorrosos.

Ciertamente, si establecido el litigio se sabe que debe seguirse pagando la renta, para qué obligar al arrendatario que vaya al Banco Agrario, haga la consignación, la entregue a su abogado, éste a su vez la presente con un memorial al despacho, para que una vez ocurrido lo anterior, el apoderado de la parte demandante presente un escrito solicitando la entrega del título respectivo, ei juez la ordene por auto y éste se cumpla con los oficios pertinen

tes, cuando en un buen entendido de lo que debe ser la elegancia juris y por sobre todo la economía procesal, puede seguirse pagando directamente el canon sin que dicha circunstancia afecte para nada el resultado del proceso.

Por ese motivo el numeral 4 del art. 384 destaca en el inciso tercero que, si bien es cierto la renta debe seguir siendo pagada, puede presentarse el comprobante de consignación expedido por el Banco Agrario o "el recibo del pago hecho directamente al arrendador", expresión con la que se acoge de manera precisa y clara esta posibilidad, práctica que no vacilo en recomendar a los abogados.

Y es que, si de todos modos el inquilino debe pagar la renta, que mejor que hacerlo directamente a su airendador y demandante para que éste le expida el recibo que se presentará período por período al juzgado en vez de la consignación a su orden, evitando así los dispendiosos trámites referidos, para todos peijudiciales.

Ya es hora de que los abogados entiendan que patrocinar estas conductas en nada merma el derecho de defensa de sus poderdantes. Llamada al olvido está la idea de que la contraparte y, en especial, su apoderado, es el enemigo. Se trata tan sólo del colega que, por igual, desempeña el noble oficio.[29]

29 Infortunadamente aún son frecuentes las actuaciones de abogados que estiman mejor ejercer la defensa de los intereses que les han sido encomendados, empleando en sus escritos expresiones injuriosas, desdeñosas y en el mejor de los casos de mal gusto, respecto del apoderado de la contrapane, por el solo hecho de estar defendiendo otro punto de vista. Olvidan que el pleito es efímero. El colega, para toda la vida.

Puede suceder que el arrendatario no haya pagado el canon y se le esté ejecutando en proceso separado para que lo haga. Si eventualmente dentro del ejecutivo se hizo la cancelación pertinente debe aportarse la constancia de que en ese otro proceso se realizó el pago, la cual igualmente impedirá que opere la sanción de no ser escuchado.

10.3.5. *La sentencia*

Aun cuando normalmente la sentencia de primera instancia pone fin a la actuación y para su cumplimiento debe acudirse a alguno de los medios señalados por la ley, en el proceso de lanzamiento sólo implica un paso más para lograr la efectividad de las pretensiones aducidas en la demanda, o sea la restirución de la tenencia; puede afirmarse que con una sentencia favorable debidamente ejecutoriada todavía no se tiene la certeza de lograr la finalidad perseguida, por cuanto las incidencias posteriores pueden hacer nugatoria la determinación del juez si no se logra en la diligencia de entrega la restitución del bien.

A la sentencia dentro del proceso de restitución de la tenencia del inmueble puede llegarse como consecuencia de la no oposición ni proposición de excepciones previas, caso en el cual se profiere de plano, o como resultado del trámite normal del proceso verbal.

Si la sentencia dispone el-lanzamiento, se procede a hacerla cumplir mediante la diligencia de entrega, forma general de hacer cumplir fallos como el que se profiere en este proceso y regulada en el art. 308 del CGP que conlleva como obligada consecuencia

estar a todo lo allí indicado, que se explica con detalle en la parte general de esta obra.[30]

Se debe tener presente que es posible que la sentencia además de disponer la restitución de la tenencia igualmente condene al pago de sumas de dinero, bien por imponerse la multa del 30% ya explicada o en el caso de las indemnizaciones solicitadas con la demanda; es claro que exclusivamente en lo que respecta con dichas condenas por sumas de dinero, para su cumplimiento coactivo se emplearán los mecanismos previstos en el artículo 306 del CGP o sea la posibilidad del proceso de ejecución dentro del mismo expediente de que trata la norma en cita, porque en lo que con ellas concierne se aplican las disposiciones generales propias para el cumplimiento de toda sentencia de condena a pagar sumas de dinero.

Adicionalmente se advierte en el numeral 9 del art. 384 prescribe que "Cuando la causal de restitución sea exclusivamente mora en eí pago del canon de arrendamiento, el proceso se tramitará en única instancia", útil disposición pues en esta hipótesis, por cierto la más frecuente, sin que interese para nada la cuantía tampoco es viable el recurso de apelación en todo el trámite del proceso, lo que agiliza ei mismo.

Destaco que si además se solicita condena al pago de perjuicios, debido a que la norma señala que debe ser "exclusivamente" la causal mora, no se tiene en cuenta la restricción y de ser viable el recurso de apelación deberá ser tramitado.

30 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2017, pags. 716 a 721

10.4. *Las mejoras y el derecho de retención en el proceso de restitución de tenencia*

Es usual en las relaciones que genera el contrato de arrendamiento que el inquilino realice mejoras en el inmueble de modo que si es demandado para que lo restituya puede hacer uso del derecho que le otorga el numeral 4 del art. 384 del CGP que dispone: " Cuando el demandado alegue mejoras, deberá hacerlo en la contestación de la demanda, y se tramitará como excepción[31].", de manera que será dentro del término del traslado de la demanda que el demandante podrá solicitar las pruebas en orden a debatir, si es que lo quiere hacer, la existencia del derecho a las mejoras y en el caso de que también se hayan presentado excepciones perentorias, simultáneamente se surte respecto de estas, de modo que si se proponen excepciones perentorias y además se alega el derecho de retención por mejoras, el traslado será único y común para que el demandante pida las pruebas adicionales que estime pertinentes, tanto respecto del derecho de retención como de las excepciones perentorias.

En este orden de ideas se tiene que si en la sentencia se declara algún derecho de crédito al arrendatario, que en esencia son las mejoras, este puede retener el inmueble hasta cuando se le cancele la obligación, aspecto que se fundamenta en el art. 1995 del C. C. que dispone: "En todos los casos en que debe indemnización al arrendatario, no podrá ser éste expedido o privado de la

31 Aclaro que no es un hecho exceptivo porque no va en contra de las pretensiones del demandante, solo que se le imparte el trámite propio de las excepciones perentorias, lo que es atinado pues se desarrolla el principio de la economía procesal.

cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador".

Como el derecho de retención del arrendatario lo debe alegar dentro del término del traslado de la demanda, surge con particular claridad que es obligación de la parte demandada acreditar dentro del proceso el monto exacto del crédito que origina la retención, de manera tal que el juez al dictar la sentencia pueda señalar una concreta y específica cifra, dado lo dispuesto en el art. 283 del CGP, que prohíbe salvo excepciones, y ésta no lo es, condenar en abstracto, de donde surge el especial cuidado que debe tener la parte demandada para procurar las pruebas que demuestren la cuantía, c$so de que el juramento estimatorio que debe hacer la parte demandada según lo señala el art. 206 del CGP sea objetado.

Es imperativo reconocer el derecho de retención sobre la base de la existencia de la demostración de una suma líquida, dado que el art. 310 del CGP no autoriza que se lleve a efecto la diligencia de lanzamiento, sin que previamente se le haya pagado esa cantidad al demandado o se consigne el monto indicado a la orden del despacho.

Lo anterior sin perjuicio de que se aplique lo señalado en el numeral 5º del art. 384 del CGP que dispone: "Compensación de créditos. Si en la sentencia se reconoce al demandado derecho al valor de las mejoras, reparaciones o cultivos pendientes, tal crédito se compensará con lo que aquél adeude al demandante por razón de cánones o de cualquiera otra condena que se le haya impuesto en el proceso.", lo cual puede aun de oficio reconocer el juez, pues no se tráta de la excepción de compensación como en

principio pudiera pensarse, que debe ser alegada, sino de circunstancias que han surgido del avance del proceso.

Un ejemplo ilustra este aspecto: Si en la sentencia el juez decreta el lanzamiento y reconoce que el demandado tiene derecho a mejoras por valor de un millón de pesos, en principio, mientras no se pague o consigne esa suma, no se podrá señalar fecha para la diligencia de lanzamiento. No obstante, si existe dentro del proceso una condena en costas que ha sido concretada, por ejemplo en un millón quinientos mil pesos, puede el juez, así no se haya efectuado la consignación, llevar a efecto el lanzamiento advirtiendo que de las costas queda compensada la suma de un millón de pesos con la que se cancela el crédito que basa el ejercicio del derecho de retención.

Ahora bien, si el monto de la condena en costas liquidada y en firme es de ochocientos mil pesos, puede el demandante pagar o consignar el saldo de doscientos mil pesos y se podrá llevar a

ofoofco ^ 1 .

Se debe tener presente que en estos eventos lo más aconsejable es consignar el valor de las mejoras en la cuenta del despacho, pues se permite la fijación inmediata de fecha para llevar a cabo el lanzamiento, a la vez que se garantiza que si en el entretanto el inquilino ha retirado las mejoras-"[2] se obtenga la devolución, según el caso, de todo o de parte de lo pagado, pues el artículo

32 En algunos eventos el inquilino prueba su derecho a las mejoras y se reconoce eí valor que le debe ser pagado por ellas, pero al llegar la diligencia ha procedido, en conducta de mala fe, a retirarías, de donde se ve lo pertinente de la norma analizada al abrir la posibilidad de que se ordene devolver todo o parte de lo que se le reconoció como indemnización por mejoras que, por ese hecho quedan de propiedad del demandante, de ahí lo incorrecto de retirarlas del inmueble.

310 señala en su inciso final que "si en la diligencia de entrega no se encuentran las mejoras reconocidas en la sentencia, se devolverá al demandante la consignación; si existieren parcialmente, se procederá a fijar su valor por el trámite de un incidente para efectos de las restituciones pertinentes", sin que sea pertinente posponer la diligencia de entrega mientras se decide ei punto, pues no se puede olvidar que lo que impedía su práctica, el pago de las mejoras ya está hecho a orden del juzgado.

10.5. *El derecho del demandante para solicitar medidas cautelares en desarrollo del art 2000 del* G C

Es del caso proceder al estudio de otro aspecto cual es el atinente al mal llamado ejercicio del derecho de retención por parte del demandante previsto en el artículo 2000 del C. C., norma que establece en el inciso primero que "El arrendatario es obligado ai pago del precio o renta", y adiciona en el segundo que "Podrá el arrendador, para seguridad de este pago y de las indemnizaciones *a* que icnga uoit-uuv», *x*— tofiioc ir>c frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y *sé* entenderá que le pertenece, a menos de prueba contraria".

Se observa del análisis del inciso segundo que el arrendador para la segundad del pago de la renta o de cualquier otra prestación a cargo del inquilino derivada del contrato de arrendamiento podrá "retener" los ñutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren.

Debe quedar claro que el art. 2000 del C. C. no consagra el derecho de retención en favor del arrendador; tan sólo existe una indebida utilización del verbo "retener", por cuanto es requisito esencial para ejercerlo que el bien esté bajo la inmediata disposición y tenencia del retenedor y bien se ve que en este caso no ocurre así pues está en poder del arrendatario. Y no existe ejercicio del derecho de retención porque el arrendador nada tiene y por eso debe procurar los bienes a través de la diligencia de secuestro, que es inoficiosa cuando se trata del ejercicio del derecho de retención, que supone la tenencia del bien en quien lo va a mantener, pues, así parezca verdad de Perogrullo, sólo retiene el que tiene.

En suma, el arrendatario sí ejercita el derecho de retención, mientras que el arrendador utiliza el de garantía no privilegiado consag^do en el art. 2000 del C. C., para lo cual le basta, en cualquier estado del proceso, pedir el embargo y secuestro de los bienes, cuya práctica se desarrolla en el numeral 7 del art. 384 del CGP., norma que amplía la cobertura de los bienes que pueden ser objeto de persecución por parte del arrendador, al extender la prevista en el art. 2000 del C. C, que autoriza para perseguir exclusivamente los bienes propios del ajuar doméstico, porque las medidas de cautela a más de sobre esos bienes pueden recaer sobre cualquier otro activo patrimonial de los arrendatarios, tales como sueldos, saldos bancarios, automóviles etc..

En efecto, el numeral 7 señala que como medidas cautelares en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento y con posibilidad de emplearlas desde la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso, "la práctica de

embargos y secuestros sobre bienes del demandado, con el fin de asegurar el pago de los cánones de arrendamiento adeudados o que se llegaren a adeudar, de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar y de las costas procesales", lo que al rompe muestra la ampliación que se realiza respecto de lo indicado en el art. 2000 del C. C.

Además y siguiendo los derroteros de los embargos y secuestros dentro del proceso de ejecución, adiciona que: "Los embargos y secuestros podrán decretarse y practicarse como previos a la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada", pero a diferencia del proceso de ejecución siempre se debe prestar "caución en la cuantía y en la oportunidad que el juez le señale, para responder por los peijuicios que se causen con la práctica de dichas medidas."

También se previo que la parte demandada "podrá impedir la práctica de medidas cautelares o solicitar la cancelación de las practicadas, mediante la prestación de caución en la forma y en la cuantía que el juez le señale, para garantizar el cumplimiento de la sentencia", con lo cual se observa que la caución para levantar embargos no necesariamente tiene que ser en dinero, porque queda a la discrecionalidad del juez.

Se establece en el inciso final del numeral 7 que: "Las medidas cautelares se levantarán si ei demandante no promueve la ejecución en el mismo expediente dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, para obtener el pago de los cánones adejidados, las costas, peijuicios, o cualquier otra suma derivada del contrato o de la sentencia. Si en ésta se conde

na en costas el término se contará desde la ejecutoria del auto que las apruebe; y si hubiere sido apelada, desde la notificación del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior."

Reitero que como la finalidad central de este proceso no es el cobro de sumas de dinero, la medida cautelar sólo cumple sus fines si se adelanta el proceso ejecutivo ante el mismo juez, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ordena eí lanzamiento, pero si existió condena en costas el término se cuenta desde la ejecutoria del auto que las apruebe.

Empero, no se debe confundir el levantamiento de las medidas cautelares por la no iniciación del proceso ejecutivo dentro del perentorio plazo señalado, debido a que en este caso tiene aplicación el art. 306 del CGP que permite adeianxario, sin que exista término que lo condicione, ante el mismo juez que profirió la sentencia, de modo que jamás puede interpretarse la norma en ei sentido de que se pierde el derecho a ejecutar la sentencia de condena.

La posibilidad de adelantar la ejecución nada tiene que ver con la práctica del lanzamiento propiamente dicho, pues la ejecución si se quiere que subsistan las medidas cautelares practicadas se debe iniciar dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o el auto que aprueba costas, sin que importe para nada si el desahucio se llevó a cabo o no, pues la ejecución por las sumas adeudadas no depende de que se lleve a efecto el desalojo.

10.6. *Las diligencias de inspección judicial y de restitución provisional judicial*

El numeral 8 del art. 384 del CGP dispone en su inciso primero que: "Cualquiera que fuere la causal de restitución invocada, el demandante podrá solicitar, que antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del proceso, se practique una diligencia de inspección judicial al inmueble, con el fin de verificar el estado en que se encuentra. Si durante la práctica de la diligencia se llegare a establecer que el bien se encuentra en estado de grave deterioro o que pudiere llegar a sufrirlo, desocupado o abandonado, el juez a solicitud del.demandante, podrá ordenar, en la misma diligencia, la restitución provisional del bien, el cual se le entregará físicamente al demandante quien se abstendrá de arrendarlo hasta tanto no se encuentre en firme la sentencia que ordene la restitución del bien."

Esta norma requiere de especiales precisiones debido a la forma ambigua como se la ha tipificado, que más que prestar ayuda para la celeridad del proceso, se puede convertir en un motivo de demora, máxime si por tratarse de inspección judicial, no puede el juez comisionar para que otro funcionario la realice, dada la prohibición prevista en el artículo 171 del CGP.

En efecto, varias son las explicaciones que requiere la disposición y la primera de ellas es advertir que son dos las posibilidades que están contempladas, la primera, la inspección judicial y la segunda, que requiere de la primera pero no necesariamente debe culminar así, la restitución provisional; es un derecho que

únicamente puede ejercitar el arrendador[33] de bienes inmuebles, circunstancia que se desprende de lo señalado en la norma acerca de que la inspección judicial será "al inmueble".

33 El art. 24 de la ley 820 consagra otro confuso caso de restitución provisional en cabeza del arrendatario al disponer los numerales 4 y 5 que: "4. El arrendatario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento dentro del término inicial o durante sus prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendador a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses y ei pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendador estará obligado a recibir el inmueble; si no lo hiciere, el arrendatario podrá hacer entrega provisional mediante la intervención de la autoridad competente, sin prejuicio de acudir a la acción judicial correspondiente. 5. El arrendatario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas, siempre y cuando dé previo aviso escrito al arrendador a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses a .la referida fecha de vencimiento. En este caso el arrendatario no estará obligado a invocar causal alguna diferente a la de su plena voluntad, ni deberá indemnizar al arrendador. De no mediar constancia por escrito del preaviso, el contrato de arrendamiento se entenderá renovado automáticamente por un término igual al inicialmente pactado. Parágrafo. Para efectos de la entrega provisional de que trata este artículo, la autoridad competente, a solicitud escrita del arrendatario y una vez acreditado por pane del mismo el cumplimiento de las condiciones allí previstas, procederá a señalar fecha y hora para llevar, a cabo la entrega del inmueble. Cumplido lo anterior se citará al arrendador y al arrendatario mediante comunicación enviada por el servicio postal autorizado, a fin de que comparezcan el día y hora señalada al lugar de ubicación del inmueble para efectuar la entrega al arrendador. Si el arrendador no acudiere a recibir el inmueble el día de la diligencia, el funcionario competente para tai efecto hará entrega de! inmueble a un secuestre que para su custodia designare de la lista de auxiliares de la justicia hasta la entrega al arrendador a cuyo cargo corren los gastos del secuestre." Téngase presente que la "autoridad competente" está señalada en el art. 32 de la ley 820 de 2003 y se asignan funciones a "la Alcaidía Mayor de Bogotá, D. C, la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y las alcaidías municipales de los municipios del país", señalando el art. 33 entre otras el asumir las actuaciones que se le atribuyen a la autoridad competente en los artículos 22 al 25 en relación 'con la terminación unilateral

Además, las circunstancias que habilitan para disponer esa restitución provisional son imputables al arrendatario quien es el que puede estar deteriorando el bien, o lo abandonó o desocupó, conductas estas últimas que no son iguales pues el bien puede estar desocupado pero no abandonado, como cuando el inquilino, por ejemplo, tiene alguien destinado a cuidarlo así no lo esté ocupando.

Es pertinente solicitar la inspección judicial sin que importe cual sea la causal de restitución que se invoque, lo que aleja toda discusión acerca del motivo que se tiene para solicitarla, diligencia que puede tener como único objeto el que se tome nota del estado del bien, pero no necesariamente que se lleve a efecto la restitución provisional, debido a que la disposición condiciona al señalar que "el juez a solicitud del demandante, podrá ordenar, en la misma diligencia, la restitución provisional", lo que evidencia que de no mediar esa específica solicitud en el desarrollo de la diligencia, la inspección queda limitada a dejar constancias acerca del estado del inmueble.

Cauto debe ser el abogado en el ejercicio de este derecho, es decir de pedir la restitución provisional, pues a más de ser consciente que con ella da lugar a que se demore el proceso mientras se lleva a cabo la misma, tan sólo podrá tener éxito su solicitud si se dan algunos de los exigentes condicionamientos advertidos en la norma.

En verdad, el aspecto más discutible, por lo incierto de la expresión empleada por la disposición, es el atinente a que el inmueble pudiere llegar a sufrir grave deterioro, pues se desprende que aún no lo ha sufrido, de manera que únicamente el

buen criterio del juez y el análisis en esencia de circunstancias indiciarias son las que podrían llevar a tomar la decisión como sucedería, por ejemplo, si el inquilino instaló una fábrica de productos pirotécnicos, actividad ajena al objeto del contrato.

Por eso es que el inquilino puede ser escuchado y tiene la habilitación para oponerse a la restitución provisional que solicite el demandante si demuestra que no se dan alguna de las circunstancias advertidas. Igualmente y con mayor razón podría ser escuchada la oposición si se trata de un tercero poseedor, por lo mismo ajeno a los avatares del proceso.

Si se tiene en cuenta que el inciso final del artículo en estudio prescribe que: "Durante la vigencia de la restitución provisional, se suspenderán los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento a cargo de las partes", es decir que cesa la obligación de pagar la renta y de cuidar el bien por parte del inquilino, pero que a su vez el arrendador no puede disponer del destino del bien sino hasta cuando existe sentencia en su favor ejecutoriada, concluyo que lo más aconsejable es acudir a la caótica disposición, únicamente en casos extremos, ejemplo, cuando se tiene la certeza del abandono del bien.

10,7. *La lealtad procesal y el proceso de restitución de tenencia por arrendamiento*

Puse de presente que en un mal entendido sentido de lo que debe ser la defensa de los intereses de la parte demandada y con el acicate del antiético sistema de cobrar honorarios sobre la base de demorar al máximo la duración del proceso no vacilaron algunos abogados, verdaderos filibusteros de la profesión, en emplear

toda suerte de medios en orden a cumplir su torticero propósito, sólo para poder devengar durante más meses el estipendio.

Por esa razón el numeral 6º del art. 384 dispone de manera perentoria que en el proceso de restitución de tenencia no son admisibles, y de presentarse el juez debe rechazar la petición, de plano, por auto que no admite recurso alguno, la demanda de reconvención, la intervención excluyente, la coadyuvancia y la acumulación de procesos a más, claro está de que cualquier otra maniobra dilatoria que observen los jueces debe ser develada prontamente, pues se determinó que se jugaba con tales instituciones procesales únicamente para lograr dilatar la actuación.

Y, lo reitero, no se vaya a pensar que estoy en contra del derecho de defensa del inquilino que, como todo demandado lo tiene y a plenitud. ¡No!, combatimos la corrupción profesional que es frecuente observar en este proceso. Y es que cuando el fin es sólo demorar para percibir más honorarios bien se observa lo torcido de tal posición, pues no se busca que el poderdante tenga éxito en el proceso, tampoco demostrar prontamente que la razón está de su parte, tan sólo dilatar.

Por eso recuerdo lo que a propósito del tema escribí hace cinco lustros y mantiene actualidad:[34] "La reforma a este proceso no pretendió ir en contra de los arrendatarios, estos gozan de la plenitud de derechos para sacar avante su posición *en una pronta sentencia si es que la razón está de su parte.* Fue, eso sí, en contra de las maniobras entorpecedoras del proceso, que si bien es cierto resulta un imposible asegurar que se exterminaron, como sería lo

34 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *La reforma del Código de Procedimiento Civil.* Edit. ABC, 1990, pág. 290.

ideal, a no dudarlo se han dificultado, lo cual aunado a una severa actuación de los jueces para quienes pretendan proseguir con ellas, va a contribuir al saneamiento del ejercicio profesional en todos los campos".

11. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA OTROS PROCESOS DE TENENCIA

Lo dispuesto en el art. 384 del CGP, predicable del proceso de restitución de tenencia por arrendamiento, igualmente tiene desarrollo en lo que no pugne con la índole de las pretensiones, en otros procesos en los que también se discute la tenencia de bienes. Es así como el art. 385 hace expresa remisión al señalar que se aplicará dicha norma a los procesos de restitución de bienes muebles o inmuebles pues la norma no distingue, subarrendados, a la del adquirente qué no esté obligado a respetar el arriendo, a la de bienes muebles dados en arrendamiento, a la de cualesquiera otros procesos originados en tenencia por causa distinta al arrendamiento como sucede con los entregados en depósito o comodato y a la demanda del arrendatario para obligar al arrendador a que reciba el bien arrendado.

Siempre que se trate de proceso originado en un contrato de arrendamiento la competencia se rige por el art. 26 numeral 6, en su parte primera, es decir, no interesa si se trata de bien mueble o inmueble, ni si demanda el arrendador o lo hace el arrendatario, pues el valor de los cánones por el término inicialmente pactado o su valor en un año si no existió ese término, será la base para determinar si se trata de proceso de mínima, menor o mayor cuantía, adicionada con la posibilidad de demandar peijuicios ya explicada que igualmente obra en estos procesos.

En los procesos en que la causa de la tenencia cuya restitución se persigue no es el arrendamiento sino otro contrato, por ejemplo ei comodato o el depósito, se aplica la parte final del art. 26, num. 6, es decir, que la competencia por razón de la cuantía se establece con base en lo que valen comercialmente los bienes "que en el caso de ios inmuebles será el avalúo catastral". En consecuencia, el demandante debe hacer una estimación del valor de los bienes, ubicándola dentro de alguna de las tres cuantías básicas, sin que ello quiera decir que deba avaluarlos en detalle o allegar prueba alguna de su precio, porque, en principio, su sola afirmación es determinante para radicar la competencia; pero si el demandado considera que la cuantía estimada no corresponde a la realidad y por ende debe modificarse la competencia, puede excepcionar en forma previa acreditando pruebas idóneas del valor del bien.

Debe quedar claro que no se exige que el demandante (por ejemplo si se trata de la restitución de un automóvil dado en comodato) diga que el bien tiene un valor determinado, ejemplo 60 millones de pesos, pues le basta afirmar que el proceso es de mayor cuantía, por tener un valor superior al límite a partir del cual el proceso es de dicha cuantía.

De otra parte, en todos esos casos se aplica para efectos del factor territorial el art. 28, num. 7, es decir, competencia en el juez del lugar donde están ubicados los bienes, fuero real exclusivo, de modo que si se trata de bienes muebles debe entenderse como competente el juez del lugar donde se encuentra el bien al ser presentada la demanda.

En la restitución de un bien inmueble por parte del arrendatario al arrendador, caso hasta ahora poco frecuente pero que tiende a incrementarse debido a los cambios en las circunstancias económicas del país que ante la oferta amplia de bienes para ser arrendados lleva a que el arrendador, sabedor de la dificultad de encontrar prontamente otro inquilino o lo hay pero pagando una renta menor, trate de no recibir el bien que el actual tenedor no desea mantener.

O bien es sabedor de los graves problemas que tiene el bien como, por ejemplo, excesiva humedad, o no es posible dedicarlo al comercio habiendo sido tomado para tal fin, se niega a dar por terminado el contrato pues no es su interés recibirlo aún.

El trámite del proceso es el mismo, las alternativas que pueden darse son similares excepción hecha de lo que toca con las mejoras, pues en este evento quien demanda es el inquilino y ya vimos que el art. 384 regula el punto como un derecho a ejercitar dentro del término de traslado de la demanda, de ahí que surge el interrogante referente a si en esta hipótesis no puede solicitarse el reconocimiento de mejoras y deba para lograr su pago, acudir a un proceso separado.

En mi opinión, la estructura del art. 384 del CGP., aplicable a este proceso, permite que el demandante, en la hipótesis citada, pueda no sólo pedir que se obligue al demandado a recibir la tenencia del bien sino que, además, se establezca la suma que corresponda a las mejoras que realizó y se ordene su pago si tiene derecho a que le sean reconocidas, pues el proceso también permite "el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar", de donde se infiere que no es menester proceso separado.

de ahí que puede pedirlas y estimarlas bajo los parámetros del juramento estimatorio, ahora como demandante.

El artículo 385 dispone que si la sentencia fuere favorable al demandante, se señalará fecha para hacer la entrega, y si el demandado o sea el arrendador no concurre, se entrega el bien a un secuestre, cuyos gastos corren por cuenta del arrendador, observándose que el arrendatario queda desligado de toda responsabilidad en lo que a custodia del bien y obligación de pagar la renta concierne desde que el secuestre recibe.

Cabe observar que en esta clase de proceso no se exime al arrendatario no obstante ser el demandante de consignar o seguir pagando los cánones que mensualmente se van causando, pues mientras no se dicte sentencia y realice la entrega no se le puede exonerar de ello. Por lo expuesto, considero que la sanción de no ser escuchado si no consigna las mensualidades también es aplicable aquí sin perjuicio, claro está, de que, de prosperar las pretensiones de la demanda se ordene la restitución e indemnización pertinente.

En verdad, así demande el arrendatario para que se le reciba el bien no es viable aseverar que puede abstenerse de pagar las mensualidades, pues al fin y al cabo sigue gozando del mismo y sólo la sentencia vendrá a determinar si tiene razón en no proseguir con la tenencia, de modo que si no efectúa los pagos y no obstante ser el demandante, puede dejar de ser escuchado porque el numeral 4 del art. 384 igualmente tiene aplicación en estos procesos, sin que pueda objetarse que este numeral menciona ai demandado, como en efecto ocurre, sólo que no puede perderse de vista que la norma asume que se trata del arrendatario, de ahí

que lo que se busca es que el arrendatario, sea que actúe como demandado o como demandante, mientras siga en tenencia del bien debe pagar la renta.

Si el arrendatario tiene la razón y lo solicitó en su demanda, podrá obtener la condena al pago de las indemnizaciones pertinentes, razón de más para no estar exonerado de pagar la renta mientras dura el proceso, por cuanto dentro de ellas puede estar los perjuicios derivados de que no se le recibió oportunamente ei inmueble.

12. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA INVESTIGACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD O LA MATERNIDAD

El art. 213 del C.C. señala que “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”; la norma siguiente dispone que: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.

2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad se desvirtúe esta presunción”.

Está legitimando según el art. 216 del C.C. para adelantar este proceso el “cónyuge o compañero permanente y la madre,

dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico.", pero también está habilitado para impugnar el hijo debido a que el art. 217 del C.C. dispone que: "El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo."

Como herramienta procesal para dar efectividad a lo antes consagrado, el art. 386 del CGP determina algunas indicaciones especiales para este proceso verbal destacando, innecesariamente, en el numeral 1 que la demanda debe reunir los requisitos del art. 82 .

En el numeral 2 se determina que: "Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará, aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la pane demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial.", con lo cual se deja sentada una sólida base para el adelantamiento del proceso debido a la trascendencia de esta prueba pericial, máxime si se adiciona, y es también un paso anterior a la audiencia inicial que: "De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.", es decir queda surtida la contradicción de la misma.

Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda lo cual da idea de lo útil de la práctica de la misma.

El numeral 5 del art. 386 permite que desde que se presente la demanda y a partir del auto admisorio de ella pueda el juez decretar alimentos provisionales, para lo que usualmente debe existir petición de parte pues no puede partirse del a priori que siempre estos son necesarios o de que el juez ineludiblemente debe ordenarlos por el hecho de admitir la demanda, pues no se puede perder de vista que el art. 419 del C.C. señala "que en la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.", y el 420 adiciona que "Los alimentos congruos o necesarios no se deben sino en la pane en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida.", de modo que, para que el juez ejerza el poder, aceptémoslo en gracia de discusión oficioso para decretar alimentos, deben estar demostrados al menos sumariamente estos requisitos.

Además de la solicitud de parte es menester que eí juez encuentre que la demanda "tiene un fundamento razonable", apreciación altamente subjetiva dado lo ambiguo del concepto, pero que implica que el juez, recuérdese la necesidad de motivar la mayoría de las providencias, sucintamente lo señale, sin que esa conducta conlleve prejuzgamiento, proceder que se facilita si se presente un dictamen de inclusión de la paternidad, o se práctica

con resultados favorables para el demandante, aún si es impugnado, el ordenado para este proceso.

Agrega el numeral 5 que "Así mismo podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad.", para lo cual estimo que igualmente es menester solicitud de la parte interesada.

Finaliza el art. 388 con el numeral 7, que dispone que en " lo pertinente, para la práctica de la prueba científica y para las declaraciones consecuenciales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 721 de 2001 y las normas que la adicionen o sustituyan.", es decir en esencia la ley 75 de 1968.

13. DISPOSICIONES ESPECLALES PARA EL PROCESO DE NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL

Es uno de los procesos de familia de menor empleo debido a tres circunstancias: la primera que cada día es menor el número de personas que se casa en ceremonia de las que produce efectos civiles el matrimonio[35]; la segunda, que la mayoría de esos ya excepcionales matrimonios siguen siendo por el rito católico, de modo que este proceso queda exclusivamente para los matrimo

35 La juventud actual ha optado mayoritanamente por no casarse y cada cual lleva su vida independiente con el sistema, sabio como el que más, que denominan "amigovios", o sea nos vemos solo para lo que hacen los novios, que es una derivación de los que se denominan misterios "gozosos" en el rosario católico, por oposición a los "dolorosos" que usualmente son los del matrimonio y/o la unión permanente. O, si quieren llevar vida en común hacerlo bajo la unión entre compañeros permanentes que en la práctica es lo mismo que el matrimonio incluso desde el punto de vista legal,luego de dos años de compartir vida *en* común

nios que generan efectos civiles y la tercera, que es más sencillo acudir al proceso de divorcio para lograr similar finalidad.

La competencia para conocer de este proceso según el art. 22 numeral Iº del CGP le corresponde al Juez de familia en primera instancia del domicilio del demandado o del domicilio común anterior si el demandante lo conserva por así indicarlo el art. 28 numeral 2 del CGP.

Es posible que la demanda en el proceso de nulidad de matrimonio la presenten conjuntamente los dos cónyuges, pues pueden estar interesados en obtener la nulidad del vínculo si la causal alegada no admite saneamiento v. gr., para citar un caso propio de argumento clásico de telenovela colombiana, consanguinidad en línea directa; de ahí que en esta hipótesis podrá prescindirse del término del traslado que se otorga a la parte demandada y pasar de inmediato a la audiencia, en especial a las pruebas, debido a que la circunstancia de poder presentar conjuntamente la demanda no constituye ni implica relevo del deber de probar la existencia de la causal propuesta, ya que el juez debe analizar los hechos y determinar si las pruebas aportadas y practicadas estructuran alguna causal de nulidad sustancial de las taxativamente previstas en el art. 140 del C. C., sin peijuicio de que si con la demanda se adjuntan las pruebas pueda dictar de plano la sentencia, salvo el caso de ser necesario citar al ministerio público.

En verdad, .debe ser surtido el traslado al ministerio público, en la hipótesis de que existan hijos menores de edad, porque si no los hay o son mayores no es menester su citación obligatoria, traslado que no es en calidad de parte sino de sujeto especial interviniente

Concluyo este aparte destacando que como legislador no previo expresamente la posibilidad, nada remota, de que los cónyuges presenten de común acuerdo la demanda, como acontece por ejemplo, con la separación de cuerpos. Creo que mientras se realiza una modificación legal sobre el punto, la doctrina y la jurisprudencia nacionales deben llenar el vacío anotado, por lo que sugiero que en caso de presentarse la demanda conjuntamente o de común acuerdo actuar de la manera sugerida en el párrafo anterior.

13.1. *Intervinientes en el proceso de nulidad de matrimonio. Anotaciones comunes con los procesos de divorcio y separación de cuerpos*

Además de las posibilidades de intervención de terceros, reguladas en la parte general, que pueden ser pertinentes en esta clase de procesos, en especial la coadvuvancia, el Código contempla dos formas específicas de intervención: la de los padres o guardadores y la del agente del ministerio público.

La intervención de los padres o guardadores sólo es procedente cuando uno de los consortes es incapaz, es decir, cuando tiene menos de 18 años. La intervención de que habla la ley procede cuando en el momento del proceso uno de los cónyuges tiene menos de 18 años, pues debe quedar claro que la edad que se tenía al contraer matrimonio no interesa para estos efectos, sólo en esos raros casos de minoría de edad, procede la intervención obligatoria de los padres o guardadores. Y digo obligatoria, porque nada impide que en los demás casos los padres puedan intervenir acogiéndose a la figura general de la coadyuvancia, pues se da la relación sustancial de que habla el art. 71 del CGP

que permite la actuación procesal de los padres, en calidad de coadyuvantes, intervención por excelencia voluntaria.

La presencia del agente del ministerio público no es obligatoria en todo proceso de nulidad de matrimonio porque se le debe citar tan sólo cuando existen hijos menores, aspecto que con toda nitidez pone de presente el inciso tercero del art. 387 al destacar que "intervendrá únicamente cuando existan hijos menores, y en defensa de estos tendrá las mismas facultades de las partes", lo que evidencia que si existen hijos pero son mayores de edad o no los hay, nada tiene que hacer el ministerio público en este proceso donde su labor quedó restringida a velar por los intereses de hijos menores de edad, salvo que quiera intervenir por razones generales y con base en la facultad constitucional que lo autoriza para presentarse en todo proceso de estimarlo necesario.

Tampoco es obligatoria la citación del defensor de familia, por cuanto en este proceso no está prevista.

Para efectos de la comparecencia del agente del ministerio público es menester notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda, pero no correrle traslado de ella y mucho menos adjuntar las copias de rigor, dado que tendrá las facultades de parte, pero no es parte demandada que es a quien se le corre el traslado del libelo, lo que viene a significar que puede pedir pruebas e interponer recursos, pero no que se asimile a la parte demandada, de manera que no está obligado a contestar la demanda, conducta exclusiva de dicha parte.[36]

36 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. *La ley de divorcio, implicaciones procesales*, Dupre Editores, Bogotá, 1994. páginas 110 y 111 donde se consignan amplios argumentos y, entre otros, comento que: "es hora de acabar con la mala

Resalto que el artículo 387 es preciso en destacar que cuando debe intervenir el ministerio público "se le notificará el auto admisorio de la demanda", pero en parte alguna se ordena darle traslado de la demanda por lo que no es necesario allegar copias de la demanda y sus anexos con destino al mismo.

13.2. *Obligación alimentaria*

Uno de los deberes esenciales de los cónyuges es el de suministrar alimentos, sin perjuicio de la existencia del proceso autónomo de alimentos, es posible regularlos en el mismo proceso, sin necesidad de trámite incidental, aplicación clara del principio de la economía procesal.

En efecto, el art. 387, dispone: "Desde la presentación de la demanda y en el curso del proceso, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el juez deberá regular la obligación alimentaria de los cónyuges entre si y en relación con los hijos comunes, sin perjuicio del acuerdo a que llegaren aquellos".

Puede, por tanto, formularse esa petición desde la presentación de la demanda y hasta antes de la finalización del proceso, si el cónyuge respectivo quiere acogerse al trámite dentro del mismo proceso, porque mientras se esté adelantando sobra emplear el de alimentos; precluido éste, se deben solicitar por las vías propias del proceso de alimentos, es decir, acudiendo al juez de fa

práctica de exigir que en los procesos donde se debe citar al agente del ministerio público, como por ejemplo, los de nuiidad de matrimonio o divorcio, sí existen menores de edad, se deba acompañar con la demanda copia de ésta y de sus anexos para el traslado al ministerio público, cuando es lo cierto que no se le corre traslado y tan sólo se debe limitar la actividad a realizar la correspondiente notificación y nada más".

milia o al civil municipal en los municipios donde no existe juez de familia, según, el caso, para que se ventile exclusivamente lo atinente a dicha obligación, caso de que el juez no haya efectuado oficiosamente el pronunciamiento en la sentencia.

Mientras está en curso un proceso de nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos o de bienes tiene competencia privativa para conocer de lo atinente a la solicitud de alimentos, el juez de familia que adelanta el respectivo proceso, sin que sea viable acudir al proceso autónomo de alimentos, que sólo se justifica cuando el único punto en debate, al menos hasta ese momento, es la fijación de una cuota alimentaria.

Se debe tener presente que dentro de estos procesos no interesa quién sea demandante o demandado, porque tal como lo señala el art. 387., inspirado en claros motivos de economía procesal, la solicitud la puede presentar "cualquiera de las partes", razón adicional para sostener que si está en curso un proceso de nulidad de matrimonio o alguno de los atrás mencionados, y se quiere debatir lo atinente a fijación de cuota de alimentos, la competencia radica exclusivamente ante el juez que viene conociendo del proceso, lo cual es tanto más evidente si se considera que incluso de oficio los puede señalar.

La única posibilidad de dualidad de procesos de nulidad o divorcio y alimentos se daría cuando primero se inició y adelanta el proceso de alimentos y posteriormente se promovió el de nulidad de matrimonio o divorcio.

Observo que el art. 387 permite la ejecución para el cobro de los alimentos en el mismo expediente "en cuaderno separado

por el trámite del proceso ejecutivo", sin que la suma asignada como cuota mensual tenga importancia debido a que tal circunstancia es absolutamente irrelevante para radicar competencia, pues ésta se asigna, por el factor de conexión, al juez que conoce del proceso de nulidad.

Las determinaciones que se tomen dentro de esta actuación ejecutiva y que admitan el recurso de apelación, son susceptibles de ser llevadas al superior, por cuanto no puede perderse de vista que la remisión al ejecutivo sólo hace relación al trámite, pero como quiera que se trata *de un proceso verbal que por la naturaleza del asunto establece las dos instancias, y como es parte de ese todo principal* naturalmente las características propias del proceso al cual pertenece este trámite priman y no será posible suponer que en este caso no existe apelación ya que ello equivaldría a olvidar el carácter accesorio de esta actuación.

La circunstancia de que en el proceso de nulidad de matrimonio se hayan solicitado alimentos provisionales, no releva al juez de la obligación de determinarlos en la sentencia, mediante tasación que bien puede ser igual a la de los llamados provisionales o distinta, de acuerdo con las pruebas que se hayan presentado.

Si bien se habla de fijación de alimentos "definitivos" cuando se realiza en la sentencia o "provisionales" cuando se efectúa en el curso del proceso debe advertirse que toda fijación tiene características temporales o provisionales; se utiliza la expresión "alimentos definitivos" para referirse a ios fijados en el proceso en la sentencia, sin que ello implique que la fijación en la sentencia sea permanente, inmutable o definitiva, ya que esa cuota

alimentaria siempre estará sujeta a modificación si las circunstancias así lo exigen, bien para ser aumentada, disminuida o, inclusive, eliminada.

13.3. *Contenido de la sentencia de nulidad de matrimonio*

El Código Civil en los arts. 148 y 151 consagra una serie de normas de obligatorio cumplimiento para el juez que decrete la nulidad del matrimonio o el divorcio, que son desarrolladas en forma metódica por el art. 389 del CGP, en el cual se indica que la sentencia de nulidad de matrimonio o divorcio dispondrá, aún de oficio, sobre la distribución de los hijos, cuota para su sostenimiento, señalar a quien corresponde la patria potestad, condena al pago de los perjuicios a cargo del cónyuge culpable de la nulidad del vínculo y sobre la investigación de los posibles delitos que se hubieran cometido con ocasión de ios hechos que dieron origen a la nulidad.

En efecto, la sentencia que declara la nulidad del matrimonio o el divorcio, tiene como base una pretensión eminentemente constitutiva, por cuanto su alcance no se limita a declarar esa nulidad, sino que, de inmediato, da origen a una serie de modificaciones: los contrayentes dejan de ser casados y toman nuevamente la calidad de solteros; el matrimonio queda disuelto, cesan las obligaciones entre cónyuges, etc., todo lo cual ocurre de pleno derecho, es decir, sin necesidad de que la sentencia expresamente lo diga.

Precisamente por ser pretensión constitutiva la de estos procesos, aun sin que se disponga en la sentencia, se efectúan diversas e importantes modificaciones en el mundo jurídico, se

constituyen nuevas relaciones y el juez, de oficio y sin violar la regla técnica de la congruencia entre las pretensiones y la sentencia, puede hacer declaraciones que expresamente no estén contenidas en la parte petitoria de la demanda.

Debe recordarse que según el art. 281 del CGP "la sentencia deberá estar en consonancia con ios hechos y las pretensiones aducidos en la demanda", es decir, que en materia procesal civil el juez usualmente no puede fallar sobre puntos no solicitados en el petitum de la demanda, pero que en tratándose del proceso de nulidad de matrimonio o de divorcio, esta regla no es absoluta, por cuanto dadas las especiales características de la pretensión constitutiva, el juez no sólo puede pronunciarse sobre puntos no solicitados de manera expresa, sino que es su obligación hacerlo.

En otras palabras, esta sentencia y muchas otras que se dictan en materia de familia, no están sujetas a las restricciones del art. 281. Así el demandante únicamente solicite que se declare nulo el matrimonio, el juez, en la sentencia, y sin que por hacerlo viole la regla técnica contenida en el art. 281 dada la expresa excepción que consagra el art. 389, debe pronunciarse sobre la distribución , de los hijos, si los hay, y señalar las cuotas necesarias para "crianza, educación y establecimiento de los hijos", para lo cual debe tener en cuenta la capacidad económica de los cónyuges, pudiendo llegar, inclusive, ante la imposibilidad económica de uno de ellos, a fijar toda la carga en cabeza del solvente; si no se conoce la capacidad económica de los contrayentes, el juez debe fijar una cuota igual para los dos, quedando a salvo el derecho de los cónyuges para obtener posteriormente una re

gulación diferente por medio de incidente;[37] en todo caso, lo que quiere el legislador es que en la sentencia misma siempre se fije la suma que se estima conveniente para atender a la subsistencia de los hijos menores.

Es necesario recordar que por la índole de las relaciones de familia, el esquema tradicional del proceso civil en materia de congruencia de pretensiones y sentencia se rompe frente a ellos y que perfectamente puede ser la parte demandada la beneficiada con algunas de las determinaciones consecuenciales de la declaratoria de nulidad de matrimonio. Así, por ejemplo, podrá favorecérsele con la fijación de alimentos en su favor, otorgársele la custodia de los hijos o inclusive, el pago de perjuicios que a continuación se explican.

De las disposiciones contenidas en el art. 389, sólo una requiere expresa petición de parte para que el juez pueda resolver sobre ella en la sentencia: la concerniente a los peijuicios económicos que la nulidad del matrimonio implica para el cónyuge inocente porque la condena sólo es viable si el inocente "lo hubiere solicitado"; en este aspecto sí obra eí principio de la congruencia de la sentencia.

Es de especial interés el tema de la oportunidad para solicitar la condena al pago de los peijuicios. En efecto, si nos ceñimos a las reglas tradicionales, sería necesario que el demandante lo pidiera en su demanda o que el demandado presentara demanda de reconvención y allí lo solicitara. Sin embargo, por la índole especial de la pretensión de nulidad de matrimonio, se presentan

37 Dicha variación pueden obtenerla de mutuo acuerdo haciendo uso de la facultad prevista en el art. 24 de la ley Iª de 1976.

una serie de modificaciones ya advertidas, a la estructura de todo proceso civil que impide aplicar las reglas generales.

Aunque el demandante haya dado lugar a la nulidad del matrimonio, tal circunstancia no impide dictar sentencia declarándola, pues de todos modos ella se impone. En este proceso no se trata de absolver o condenar a determinada parte, sino de declarar la existencia de un vicio profundo que afecta la validez del vínculo matrimonial y le pone fin a éste.

Es atinada la observación que hace el profesor Devis[38] quien estima que para que haya condena al pago de peijuicios basta que demandante y demandado lo pidan en la demanda o en la contestación de aquella respectivamente, "sin que haga falta reconvenir para ello. La norma impone los peijuicios al cónyuge que por su culpa ocasionó la nulidad del matrimonio y éste puede ser demandante por haber incurrido en culpa o dolo en la celebración del matrimonio".

Por lo anterior estimo que la petición debe formularse, bien en la demanda, si quien solicita el pago de los peijuicios es el demandante o bien en la contestación, si la solicitud la hace el demandado, tesis que comparto y que aquí se puede aplicar por interpretación extensiva, la ley 597 de 2002, que permite que el demandado alegue la prescripción adquisitiva sin necesidad de demanda de reconvención proponiéndola dentro del traslado de la demanda.

38 Devis Echandía Hernando *Compendio de derecho procesal civil,* t. ffl, Bogotá, Edit. ABC. 1972, pág. 248.

No es preciso, pues, demanda de reconvención para tal efecto. Empero, no puede afirmarse que como el Código sólo exige petición de parte, sin decir cuándo o cómo debe hacerse esa petición, se puedan pedir peijuicios en cualquier estado del proceso, pues es en la etapa probatoria cuando el juez debe disponer lo conducente para acreditar todos los hechos constitutivos del perjuicio sobre el cual debe pronunciarse en concreto en la sentencia y sería evidente factor de desorden y atentaría contra la lealtad procesal extender dicha posibilidad a cualquier estado del proceso, además de que así se podría violar el derecho de defensa que recíprocamente corresponde a las partes.

Por último, el juez debe ordenar "el envío de copia de las piezas conducentes del proceso a la autoridad competente para que investigue los delitos que hayan podido cometerse por los cónyuges o por terceros al celebrarse el matrimonio, si antes no lo hubiere ordenado".

Ante este precepto, opino que no existe razón alguna para que la investigación de los posibles ilícitos penales sólo se ordene al finalizar la primera instancia, por cuanto se contrarían claras disposiciones legales en materia de iniciación de la acción penal y, además, porque dada la duración de este tipo de proceso, podría resultar nugatoria la acción de la justicia penal al tratar de adelantar investigaciones por hechos ocurridos con meses o años de anterioridad, de donde se desprende toda la importancia que tiene la expresión "si antes no lo hubiere ordenado", porque es ella la base para sostener que inmediatamente ei juez civil se percató de la existencia de un posible delito debe dar el correspondiente aviso a la Fiscalía General de la Nación (art. 250 de la C. P.).

Recuérdese que el Código de Procedimiento Penal impone a los asociados, y en particular a los funcionarios públicos, la obligación de dar pronto aviso a la autoridad penal correspondiente de los posibles delitos de que tuvieren conocimiento, para que se inicie la investigación; de ahí que en cualquier estado del proceso-de nulidad del matrimonio en el cual el juez civil encuentre que posiblemente se ha cometido una infracción a la ley penal, debe dar aviso inmediato a la Fiscalía General de la Nación a fin de que determine si realmente se infringió la ley penal, sin que tal circunstancia sea motivo para que se paralice el proceso civil, máxime cuando ninguna de las causales de nulidad del matrimonio están sometidas a prejudicialidad del proceso penal, por cuanto su prueba se realiza de manera exclusiva dentro del proceso civil.

13.4. *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia la nulidad del matrimonio o del divorcio*

Cabe destacar, de otra parte, que la sentencia en el proceso de nulidad del matrimonio no pone fin a la actuación del juez de primera instancia porque, por regla general, sigue el trámite de la liquidación de la sociedad conyugal, debido a que el art. 523 del CGP dispone: "Cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes podrá promover la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial disuelta a causa de sentencia judicial, ante el juez que la profirió, para que se tramite en el mismo expediente. La demanda deberá contener una relación de activos y pasivos con indicación del valor estimado de los mismos.", y está dentro de las hipótesis contempladas por tal norma, el caso de la sentencia de nulidad de matrimonio o divorcio cuando existía sociedad

conyugal que se vino a disolver como una de las consecuencias del fallo.

De modo que el trámite de liquidación de la sociedad conyugal, consecuencia normal de su disolución por la declaratoria de nulidad del matrimonio o del divorcio y que tiende exclusivamente a definir el aspecto económico del matrimonio disuelto, se adelanta ante el mismo juez.

Estimo que el juez de familia debe ordenar la disolución y liquidación en la sentencia, pues si bien es cierto que el art. 389 no se refiere a tal aspecto de manera específica, no lo es menos que ei art. 151 del C. C., norma que se desarrolla procesalmente en el art. 389, dice que la sentencia que declara la nulidad también ordenará lo concerniente a los derechos del cónyuge inocente en los bienes del otro cónyuge y lo relativo a restitución de bienes aportados al matrimonio, prescripciones éstas que determinan que el juez ordene la disolución de la sociedad conyugal, si no se ha disuelto, orden que se hace más perentoria si se tiene en cuenta que el mismo estatuto procesal señala que no se requiere demanda para que el mismo juez adelante la liquidación.

Ahora bien, perfectamente puede suceder que al dictarse la sentencia sobre nulidad de matrimonio civil o el divorcio, la sociedad conyugal esté disuelta por causas anteriores: una separación de bienes o una separación de cuerpos con disolución de la sociedad conyugal, eventos en los cuales, por sustracción de materia, el juez debe hacer caso omiso de cualquier indicación acerca de la sociedad conyugal, aun en el caso de que ésta no haya sido liquidada.

Ante lo dispuesto en el art. 598 del CGP, sobre las medidas preventivas en los procesos de familia, puede surgir una eventual duda sobre la oficiosidad de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, por cuanto el numeral 3 de la mencionada disposición preceptúa que en caso de haberse practicado medidas preventivas, si dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia "no se hubiere promovido la liquidación" de la sociedad conyugal, el juez, de oficio, las levantará.

Aparentemente esta norma puede servir para afirmar que ante el silencio del art. 389 no puede el juez, de oficio, disponer la liquidación de la sociedad conyugal, sino que debe existir petición expresa de parte en tal sentido, ya que ei art. 598 al decir no se hubiere promovido, está haciendo referencia a esa necesaria petición de pane.

Dos son los aspectos que deben tenerse en cuenta ante la liquidación de una sociedad conyugal por causa de nulidad de matrimonio o divorcio. En primer lugar, y dado que se trata de una pretensión constitutiva, el juez no sólo puede sino que debe ordenar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, aun de oficio, si en la demanda nada se hubiere pedido, dando así aplicación al num. 4 del art. 25 de la ley Iª de 1976.

De otra parte, si con posterioridad a la sentencia ninguno de los cónyuges tiene interés en promover la liquidación ordenada, es decir, que se cumplan los trámites legales de que habla el art. 523 del CGP, ya el juez no puede involucrarse de oficio en este trámite porque carece de las bases para conocer el estado patrimonial de la sociedad disuelta. Por eso no existe inconveniente alguno en que se levanten, aún de oficio, las medidas preventi

vas decretadas, sin que ese hecho sea obstáculo para adelantar posteriormente la liquidación o volver a practicar esas medidas precautelativas, que obviamente versarán sobre los bienes que en ese momento existan, por virtud de lo dispuesto en el art. 598 del CGP. que no prohíbe, luego de que han sido levantadas, que se vuelvan a practicar, de ser posible.

En resumen, el juez, salvo que ya antes se hubiera ordenado, debe decretar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, aun de oficio, en la sentencia. Empero, escapa a su órbita de oficiosidad proceder al trabajo de liquidación (inventario de bienes, determinación de pasivos y partición), pues esos pasos sólo los puede dar a petición del cónyuge interesado.

Es importante insistir en que los efectos de la sentencia, especialmente lo que toca con la disolución empiezan a obrar a partir de la ejecutoria de ella de modo que en los eventos donde en la audiencia no se recurre, ese mismo día se surte la ejecutoria.[39]

39 Resulta pertinente precisar la gran diferencia existente entre disolución de la sociedad conyugal y liquidación de la misma. La disolución de una sociedad conyugal puede presentarse ora por hechos jurídicos (muerte de un cónyuge), bien por actos jurídicos como la decisión judicial resultado de un proceso (nulidad de matrimonio, divorcio, separación de bienes y separación de cuerpos), por manifestación expresa de los cónyuges elevada a escritura pública con las formalidades de la ley Iª de 1976 (art. 25, num. 5), también por el divorcio de común acuerde de que trata la ley 962 de 2005, casos los que. además de la disolución, debe procederse a su liquidación. La disolución pone término a la sociedad conyugal y a las relaciones patrimoniales originadas por el matrimonio. Con tal declaración se pretende evitar que las obligaciones que los cónyuges adquieran posteriormente a la disolución de la sociedad los afecten, o que los bienes que adquieran no Íes favorezcan por igual, como ocurriría de no haberse presentado. En consecuencia, la prudencia aconseja definir la disolución de la sociedad conyugal aun en aquellos matrimonios que carecen de bienes (no olvidemos que es perfectamente posible declarar disuelta una sociedad conyugal

Cabe advertir que la disolución y la consiguiente orden de liquidación de la sociedad conyugal, no se puede decretar, cuando la nulidad del matrimonio se declara en virtud de la causal prevista en el art. 140, num. 12, del C. C., es decir, "cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior", pues según el art. 25 de la ley Iª de 1976, que reformó el art. 1820 del C. C., cuando la nulidad del matrimonio se ha declarado con base en la causal del numeral antes citado no hay lugar a esa disolución, sencillamente porque "en este evento, no se forma sociedad conyugal" (ley Iª de 1976, art. 25), salvo que, como lo anota con todo acierto el profesor Hernando Morales, "en el matrimonio precedente no hubiese sociedad conyugal, o se trate de matrimonio celebrado antes de dicha ley, en que el derecho adquirido se respete".[40]

En relación con la liquidación de la sociedad conyugal, disuelta como consecuencia de la declaratoria de nulidad del matrimonio o divorcio, la ley Iª del 1976 dejó un evidente vacío, que puede suplirse por interpretación analógica del art. 25, num.

patrimonio), que se separan usuaimente de hecho; si no se hiciere así, los bienes que se adquieran posteriormente pertenecen a la sociedad conyugal pues la simple separación de hecho no produce disolución de la sociedad. No obstante, en la inmensa mayoría de los casos la sociedad conyugal tiene un patrimonio (activos y pasivos) en el momento de ocurrir su disolución; cuando eso ocurre, la disolución tiene como principal efecto, además de poner fin a las relaciones patrimoniales para el futuro, congelar el patrimonio existente en el momento en que se produce tal declaración o-acaece la muerte. Entonces es necesario liquidar el patrimonio con el fin de definir cuánto le corresponde a cada uno de los cónyuges. En caso de disolución por muerte, la única forma de liquidar la sociedad es por medio del proceso de sucesión ante juez o notario.

40 MORALES MOLINA Hernando, ob. cit., Parte especial, 7º ed.. Bogotá, Edit. ABC, 1978, pág. 37.

5, que reformó el art. 1820 del C. C. y que dispone que es viable liquidar y disolver una sociedad conyugal por "mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación", sistema ampliamente aceptado en la práctica por tratarse de actuación extrajudicial que se surte ante notario.

El mismo num. 5 del art. 25 de la ley Iª de 1976 permitió en su inciso final que el sistema mencionado se pudiera aplicar para liquidar sociedades conyugales que ya estaban disueltas por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, pero infortunadamente omitió mencionar las sociedades conyugales disueltas por sentencia de nulidad de matrimonio.

En efecto, dice este numeral: "Lo dispuesto en este numeral es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por *divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados*". Obsérvese la omisión que se hace respecto de la liquidación que debe darse como consecuencia de una disolución proveniente de la declaración de nulidad del matrimonio y de la sentencia que decreta la separación de bienes.

No hay razón válida alguna para excluir del sistema que comento la liquidación por escritura pública de las sociedades conyugales disueltas con ocasión de una sentencia ejecutoriada de nulidad de matrimonio o de separación de bienes. Considero que en estos dos casos se puede acudir ai sistema de liquidación por escritura pública, sin necesidad de observar el dilatado trámi- té judicial previsto.

Y no cabe afirmar que la sentencia de nulidad de matrimonio pone fin al vínculo, porque idéntica consecuencia se da con la de divorcio. Se trata sencillamente de una omisión del legislador, por cuanto no existe motivo alguno para sustraer a estos dos procesos de ese ágil trámite, que por las mismas razones también es aplicable para liquidar la sociedad conyugal disuelta con ocasión de una sentencia de nulidad proveniente de autoridad religiosa de las que se reconocen efectos en la ley colombiana.

13.5. *La muerte como causa de no procedibilidad en el proceso de nulidad de matrimonio*

Es de interés precisar la posición en tomo a si las causas de improcedibilidad previstas para el proceso de divorcio, en especial la muerte de uno de los cónyuges, determina la finalización o la imposibilidad de adelantar, por sustracción de materia, el proceso de nulidad de un matrimonio.

En efecto, el art. 9º de la ley Iª de 1976 en principio aplicable al divorcio, dispone: "La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurrida durante el proceso, ponen fin a éste". La norma es obvia en lo que concierne a la muerte de uno de los cónyuges, que es el caso que interesa, porque si la finalidad de la sentencia es que se decrete la nulidad para que se extinga el vínculo matrimonial, ésta se ha obtenido por un hecho natural (la muerte) debido a que pone fin al vínculo y, además, determina la disolución de la sociedad conyugal.

Si recordamos que en el proceso de nulidad de matrimonio civil se persigue que se declare nulo el matrimonio por darse una causal prevista por la ley, y que, por ende, el vínculo matrimonial

se extingue, no queda la menor duda acerca de que la causa de improcedibilidad (muerte de uno de los cónyuges) determina, por sustracción de materia, la imposibilidad de proseguir la actuación en el proceso de nulidad de matrimonio.

Si se pretendía la declaración de nulidad y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, y con la muerte quedan cumplidas esas finalidades con ella el matrimonio deja de surtir efectos y no tiene ningún sentido proseguir la actuación. Por lo dicho estimo que la causa de improcedibilidad, derivada de la muerte de uno de los cónyuges durante el proceso de nulidad del matrimonio civil, origina la terminación del proceso por aplicación del art. 9º de la ley Iª de 1976.

Aún más, de la misma manera que no es viable iniciar o proseguir válidamente un proceso de divorcio cuando uno de los cónyuges ha fallecido, tampoco lo es respecto del de nulidad de matrimonio, por cuanto el matrimonio ya no existe.

A este respecto es atinada la opinión del profesor Femando Hinestrosa[41] quien así discurre: "Cabe preguntar si en el derecho civil podría declararse la nulidad de un matrimonio disuelto por muerte de uno de los cónyuges, o si esa posibilidad caduca, como ocurre en el régimen canónico, con la muerte de cualquiera de ellos (canon 1972). Habida consideración de la terminación del proceso de divorcio por la muerte de cualquiera de los cónyuges y de la extensión universal de aquella tendencia a asentar los intereses de la familia y a respetar su derecho a la intimidad, la

41 HINESTROSA Femando, Escritos varios, "Matrimonio, divorcio y registro del estado civil", Bogotá. Publicaciones de la Universidad Extemado de Colombia, 1983, pág. 486.

respuesta tendría que ser la de la extinción de la pretensión con la disolución del matrimonio por muerte".

En síntesis, si uno de los cónyuges muere y está en curso el proceso de nulidad del matrimonio inmediatamente debe decía-. rarse la finalización del proceso. De idéntica manera debe proce-derse si se determina que la muerte fue anterior y, no obstante, se inició la actuación, máxime si se tiene presente que no es posible restar efectos a algo que ya no existe. Como el proceso de nulidad de matrimonio civil es para dejar sin efecto un matrimonio y éste se acaba por la muerte de uno de los cónyuges, nada queda para anular.

Si además se recuerda que la sentencia que declara nulo ei matrimonio tiene efectos para el futuro y éstos no se retroactivan al momento de la celebración del matrimonio, se tiene otra razón de peso para sustentar la tesis acerca de la no procedibilidad dentro de este proceso cuando muere uno de los cónyuges antes de su finalización.

14. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL PROCESO DE DIVORCIO

14.1. *Precisiones en torno al divorcio*

Para efectos de la explicación de este proceso es menester dejar sentado que no se trata de dos procesos diferentes el de divorcio y el de cesación de efectos civiles del matrimonio re-ligioso, debido a que este no es nada diferente a un proceso de divorcio, sólo que se ha reservado tal calificativo para dejar claro que la decisión del juez de familia no toca para nada con las regu-laciones que de acuerdo con sus respectivas estipulaciones exis

tan en tomo a los efectos del vínculo matrimonial desde el plano estrictamente religioso y con fines de conciencia, de acuerdo con las creencias que libremente profese cada quien.

Por eso cuando en lo sucesivo se mencione la expresión divorcio, se predica ella de todo matrimonio con efectos civiles y no resulta errado presentar demanda solicitando que se decrete el divorcio de un matrimonio religioso, pues dicha pretensión pre-supone que lo que se busca es restar efectos civiles a esa unión, aclaración que estimo pertinente hacer pues la exégesis extrema a que son proclives algunos de nuestros jueces eventualmente podrían llevarlos a negar la solicitud sobre la base de que no está previsto el divorcio para el matrimonio religioso, lo que sería un craso error.

Se insiste, el divorcio está previsto para los matrimonios re-ligiosos que generan efectos en Colombia y su declaratoria con-lleva idénticas consecuencias a las que se predican del divorcio respecto del matrimonio civil, sólo que se menciona la expresión cesación de los efectos civiles para resaltar que no tiene conse-cuencias el decreto del divorcio en los aspectos puramente reli-giosos, a más de apaciguar a recalcitrantes católicos, apostólicos y romanos con la magia del eufemismo.

Tan ostensible es lo anterior que en el inciso segundo del artículo 5º de la ley 25 de 1992 se indica de manera perentoria que: "los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de fami- ; lia", de ahí nuestra apreciación que se trata de actuación única, ¿idéntica y de lo pertinente de solicitar que se decrete el divorcio Sáe un matrimonio religioso para que cesen sus efectos civiles.

Así, por ejemplo, si existe un matrimonio católico, uno de los matrimonios religiosos que genera efectos civiles y se pide que se decrete el divorcio de ese matrimonio, es correcta la solicitud pues ella implica que cesen los efectos civiles que la ley reconoció a dicho vínculo y es obvio que jamás puede hablarse de que se está decretando el divorcio del vínculo que para fines de conciencia ha creado la ceremonia por dicho credo, pues tales aspectos no los toca para nada, son por entero ajenos, a la decisión del juez de familia.

Esta posición no es anticlerical, se trata tan solo de insistir en que Estado e Iglesia se ocupen de los asuntos de su incumbencia, pues no se busca, como sofisticadamente y desorientando a la opinión lo ha mostrado la Iglesia, de establecer el divorcio para el matrimonio católico, en absoluto, jamás se ha pretendido tener injerencia en la potestad religiosa, lo único que se buscó fue restar efectos civiles al matrimonio católico, que es algo bien diverso y que con claridad total desarrolla el artículo
42 de la C. P.

Dos son las posibilidades para demandar el divorcio: con carácter disputado o de común acuerdo, hipótesis esta última que a partir de la ley 25 de 1992 se extendió igualmente al divorcio, donde estaba vedada, lo que complementó la ley 962 de 2005 al permitir adelantar el divorcio por mutuo acuerdo ante notario acogiendo el viejo aforismo atinente a que las cosas se deshacen como se hacen y si de común acuerdo se casaron, de igual forma pueden descasarse.

Sentado el presupuesto anterior es menester resaltar que junto con la separación de bienes y la casi extinguida separación

de cuerpos, los tres procesos presentan regulación legal similar, tanto desde el punto de vista del derecho sustancial como del procesal, pues salvo las diferencias esenciales que se generan según la índole de la pretensión, las causales, caducidad de ellas, forma de probarlas y trámite del proceso son esencialmente las mismas.

Las diferencias son claras: el divorcio pretende que se reste toda eficacia al vínculo matrimonial existente; una vez proferida y ejecutoriada la sentencia, cesa toda relación proveniente de aquél, con sus efectos personales y patrimoniales caso de que exista sociedad conyugal, lo que evidencia que genera efectos respecto de los cónyuges y de su patrimonio; el proceso de separación de cuerpos está encaminado esencialmente a que se suspendan las obligaciones recíprocas de carácter personal entre los cónyuges (cohabitación, ayuda mutua, etc.), aun cuando eventualmente puede tener efectos patrimoniales, caso de que se solicite la disolución de la sociedad conyugal, pero, es lo esencial, no toca para nada el vínculo, este sigue generando plenos efectos civiles; por último, el proceso de separación de bienes tiene un alcance netamente patrimonial, pretende que se disuelva la sociedad conyugal y se proceda a su liquidación, sin que afecte para nada aspectos personales entre los esposos.

14.2. *Competencia para conocer de este proceso*

El proceso de divorcio contencioso, siempre es de competencia, del juez de familia. Por el factor territorial opera el artículo 28 numeral 2 que los adscribe al juez del domicilio del demandado o el del demandante si conserva el que fue común al hogar.

Si se adelanta de común acuerdo ante el juez, a más de que conoce según el caso, pero siempre en única instancia, el juez de familia o el civil municipal si en el municipio no tiene sede un juzgado de familia, su trámite varía porque a diferencia de los disputados, que siguen el camino del proceso verbal, éstos observan el cauce propio del proceso de jurisdicción voluntaria, de conformidad con lo ordenado por el artículo 577 del CGP al disponer en el numeral 10 que siguen esa vía: "El divorcio la separación de cuerpos y de bienes por mutuo consentimiento, sin peijuicio de las atribuciones conferidas a los notarios".

Efectuadas las observaciones comunes anteriores, es del caso proceder a estudiar los pasos previstos para el proceso de divorcio que se aplican, por expresa remisión legal del inciso final del art. 388 del CGP, en los procesos de separación de cuerpos, en los que no fueren contrarias a su índole

14.3. *El proceso de divorcio*

Luego de proferida la Constitución de 1991 y considerando lo estipulado por el artículo 42 donde el Estado retomó integralmente el control de todo lo que atañe con los efectos civiles del matrimonio, se profiere la ley 25 de diciembre 17 de 1992 que, desarrollando la citada norma, introduce una serie de interesantes modificaciones sustanciales y procesales a las que se ocupaban * del tema y pone punto final a la empecinada lucha de la jerarquía eclesiástica que no ahorró esfuerzo alguno para tratar de frustrar la aplicación del art. 42 de la Carta cuyos efectos tuvo que aceptar a regañadientes.[42]

42 Ciertamente para'volver al estado de cosas que existía antes de 1886 larga y ardua fue la lucha que debió darse para regresar al sitio de donde nunca debieron

El artículo 388 en el inciso primero dispone que en este proceso "son partes únicamente los cónyuges, pero si estos fueren menores de edad, podrán también intervenir sus padres. El Ministerio Público será citado en interés de los hijos", hipótesis de casi nula ocurrencia debido a que quienes contraen matrimonio,

salir, pues aún luego de expedida la Constitución de 1991, se pretendió por destacados corifeos de la Iglesia negar su inmediata vigencia so pretexto de que era necesaria ley posterior que desarrollara eí art. 42. En el entretanto se producen destacadas decisiones de los Tribunales de Bogotá y Medellin donde se toma decidido partido por la vigencia inmediata de la norma, es decir su aplicación sin necesidad de texto que la desarrolle, tal como lo pregoné en la 6ª edición de mi obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, posición que mantuvieron no obstante desafortunada intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte donde, sin tener competencia para ello, en acomodada providencia del 28 de enero de 1992 se manifestó por la tesis de la no vigencia inmediata del artículo 42. todo lo cual sirvió como base para que el Congreso por una aplastante mayoría y entendiendo, por fin, que restar privilegios a la Iglesia no es atentado al credo católico, sino el desarrollo del derecho fundamental de la igualdad, aprobara la ley 25 de 1992 y aceptara expresamente la tesis de la vigencia 42 de la C. P. al consagrar en el art. 14 un artículo transitorio donde se expuso que "Las sentencias proferidas con fundamento en las causales de la ley Iª de 1976, por aplicación directa del inciso undécimo del art. 42 de la Constitución, tendrán todo el valor que la ley procesal les señala". En verdad es penoso registrar la citada decisión de la Corte de enero 28 de 1992, producto no de la serenidad e imparcialidad que debe presidir toda providencia judicial, sino del fanatismo católico de los integrantes en esa época de la Sala Civil, quienes no vacilaron en sostener, en un auto que se debía limitar a declarar bien denegado un recurso de casación interpuesto en un proceso, en esa época abreviado, de divorcio para, Cristo Jesús ¡i¡ aprovechar la oportunidad para sentar su opinión acerca de la no vigencia inmediata del art. 42 de la C.P., decisión que creó un caos judicial que sólo acabó la ley 25 de 1992. Cuanto acierto tuvo quien califico ese adefesio como propio de prevaricadores emocionales. Mantengo este comentario pues es bueno que no se olvide por las futuras generaciones para que, ojala, nunca vuelva a presentarse, cualquiera que sea el credo religioso que la inspire, una decisión en tal sentido.

Y tanto más necesario es no dejar en el olvido lo anterior, si para cuando esto se _escribe, enero de 20 i 7, soplan de nuevo en Colombia vientos que tratan de

que según Perogrullo es ei requisito sine qua non para que pueda haber divorcio, rara vez son menores de edad y si lo fueron al contraerlo lo más seguro es que al divorciarse ya no lo son.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 154 del C. C., modificado por el artículo 6 de la ley 25 de 1992 existen nueve causales para encuadrar los hechos que ameritan demandar el divorcio, de conformidad con la naturaleza de ellas en algunas se determina una especial legitimación en cabeza de alguno de los cónyuges, mientras que en otras puede hacerlo indistintamente cualquiera de ellos.

En efecto, el artículo 156 del C. C., igualmente modificado por el artículo 10 de la ley 25 de 1992 establece que sólo puede demandar el divorcio "el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan" lo que es pertinente tan sólo de las causales de divorcio de las que puede predicarse la calidad de cónyuge culpable y cónyuge inocente, disposición sana por cuanto evita que si uno de los esposos aspira a divorciarse, incurra en alguna de las conductas tipificadas para decretarlo, con el fin de solicitar su decreto basado en su propia conducta, lo que no es jurídico ni equitativo.

En este orden de ideas se encuentra que requieren de esa especial legitimación activa las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del art. 154 del C. C., y no se predica respecto de las previstas en los numerales 6 y 8. En verdad, las relaciones sexuales extramatrimo- niales, el incumplimiento grave e injustificado de los deberes de esposo o de padre, los ultrajes, el trato cruel, la embriaguez habitual, el uso de sustancias estupefacientes y la conducta tendiente a corromper ai otro cónyuge o a quienes convivan bajo el mismo

techo, únicamente las podrá impetrar el inocente, mientras que en lo atinente a la enfermedad grave e incurable, la separación judicial o de hecho por más de dos años, cualquiera de ellos podrá demandar.

Debe resaltarse respecto de la causal 6, la enfermedad grave e incurable que cualquiera de los cónyuges que la puede demandar el sano por considerar que no es posible mantener la situación y de igual manera el enfermo si estima que su dolencia puede poner en peligro la salud mental o física del otro cónyuge; de manera similar, en la del numeral 8, aún el cónyuge que abandona el hogar (separación de hecho) puede ser el demandante, dada la total autonomía con que se erigió la circunstancia, pues se atiende exclusivamente a la objetiva circunstancia de que exista ese período mínimo de no llevar vida en común.

Para obtener sentencia favorable de divorcio lo único que se requiere es demostrar plenamente, por cualquier medio probatorio que lleve certeza al juez, los hechos constitutivos de la respectiva causal o causales[43] pues es obvio que nada impide que se den simultáneamente varias, es más la realidad usualmente muestra que así acontece, precisión necesaria pues la ley 25 de 1992 suprimió el inciso final del artículo 156 del C. C. que disponía

43 Tómese atenta nota acerca de la derogatoria que expresamente realiza el artículo 15 de la ley 25 de 1992 del tan criticado artículo 155 del C. C. el que luego de ser reformado por la ley Iª de 1976 exigía además de la comprobación de la causal, acreditar la desestabilización profunda de la comunidad matrimonial y facultaba al juez para no obstante estar probados los dos supuestos, negar el divorcio en atención a la edad de los cónyuges, antigüedad del matrimonio o interés de los hijos, disposición respecto de la cual formulo severas críticas que se pueden consultar, si se desea ilustración histórica al respecto, en la 5ª edición de esta obra (Ed. ABC, 5ª ed, 1992, pág. 191).

que el divorcio no se puede probar con la sola confesión de los cónyuges, aspecto que hoy es pertinente.

En efecto, antes de la ley 25 de 1992 era lógico que no se permitiera como prueba de la causal la sola confesión de los cónyuges debido a que era la filosofía imperante que no podía darse el divorcio de común acuerdo y se estimaba que una forma de lograrlo era confesando.

No obstante, como a partir de la ley 25 de 1992 se incluyó como causal de divorcio en el numeral 9 del art. 154 "El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia", es lógico que se debe admitir como prueba de la causal, de reunir los requisitos de ley, la confesión del cónyuge demandado.

Otra evidente consecuencia de la reforma sobre el punto es que también se permite el allanamiento de la demanda.

Ahora bien, podría argüirse que no tiene sentido confesar si de mutuo acuerdo se puede decretar el divorcio, a no dudarlo la más adecuada de todas las causales pues evita debatir enojosos asuntos familiares que sólo mayor daño van a ocasionar a los esposos y su familia;[44] empero, bien puede suceder que un cónyuge quiera el divorcio pero sobre la base de que se declare la culpabilidad del otro, hipótesis en la cual mediante el allanamiento o la

44 En la cátedra y siempre que tengo la ocasión de ponerlo de presente propugno porque la labor de abogados y jueces, pero en especial de los primeros se oriente a que, ante la inevitabilidad del divorcio, se llegue al mismo de común acuerdo. El proceso disputado, sólo sirve para profundizar las diferencias, radicalizar los ánimos, causar mayor trauma a cónyuges e hijos.

confesión se obtiene, sin que exista la causal del mutuo acuerdo, la decisión esperada.

14.4. *La demanda de reconvención en el proceso de divorcio*

El art. 331 del GGP permite expresamente la demanda de reconvención dentro del proceso verbal de modo que es claro que se puede presentar demanda de reconvención en el proceso de divorcio, la cual procede cuando el cónyuge demandado no acepta las causales o hechos alegados por el demandante, pero también quiere ei divorcio, por causales imputables a éste.

En efecto piénsese en el caso del cónyuge A que presenta demanda en contra de B y solicita el divorcio alegando como causa la embriaguez habitual. El demandado, si se limita a infirmar la existencia de la causal, deberá excepcionar, demostrar que ésta no existe y obtendrá un fallo donde se niegue el decreto de divorcio. Con todo, bien puede suceder que él también quiera el divorcio, es decir, que admita que el vínculo no tiene razón de subsistir, pero estima que la causa de la disolución del matrimonio es imputable al demandante, por ejemplo, alegando los ultrajes y el trato cruel. En esta hipótesis no tiene otra salida que, además de excepcionar, negando la embriaguez habitual que se le achaca, presentar demanda de reconvención y solicitar el divorcio por causa imputable al demandante inicial.

Ahora bien, no es posible una demanda de reconvención con finalidad diferente de pedir divorcio, separación de bienes o de cuerpos, pues aun en el supuesto de una pretensión susceptible de ser conocida por el mismo juez y siguiendo los trámites del •proceso verbal, es difícil imaginar otra que tenga algún nexo con

la de la demanda inicial, como no sea la de solicitar la separación temporal o definitiva de cuerpos o la de bienes, pues tan sólo en estas tres hipótesis es viable esa demanda de reconvención.

14.5. *La caducidad en el proceso de divorcio*

El art. 156 del C. C. estableció que varias de las causales para demandar el divorcio tienen un término preciso para ser alegadas, pues de lo contrario opera la caducidad y no es posible incoar una acción de divorcio con base en circunstancias que en su momento bien han podido ser aptas para demandarlo, pero que por la demora en hacerlo ya no pueden ameritar tal petición.

La Corte[45] ha precisado con acierto que la razón de ser de la caducidad para las causales del divorcio (también aplicables en la separación de cuerpos y de bienes), es "para impedir que faltas olvidadas o perdonadas sean después revividas en un ademán más de venganza que de justicia".

Se debe tener presente que, en estricto sentido ninguna causal caduca, el fenómeno se predica es de los hechos constitutivos de aquellas, pues debemos cuidamos de pensar que si se dio la caducidad, por ejemplo, respecto de la causal de malos tratos, ya no podrá en el futuro invocarse.

En absoluto, si se dan otros maltratamientos de obra, es decir, hechos diversos, nuevos, perfectamente puede volver a demandarse invocando la misma causal, de modo que queda entendido que de ahora en adelante cuando mencione la caducidad

45 Sentencia de marzo 25 de 1981 en GIRALDO ZULUAGA Germán, *Ultimas doctrinas civiles* de la Corte, t. I, Bogotá, Ed. El Foro de ia Justicia, 1981, pág. 204.

de una causal se sobreentiende que me refiero a los específicos y concretos hechos que la tipifican.

Con muy buen criterio dispone el art. 10° de la ley 25 de 1992, que da nueva redacción al 156 del C. C., que para poder demandar el divorcio se requiere que algunas de las causales alegadas no hayan sido propiciadas por el cónyuge demandante y que la petición la presente en el término de un año, contado desde el momento en que tuvo conocimiento de la causal o causales, cuando se trata de las causales Iª y *T* (relaciones sexuales extramatrimoniales, conducta tendiente a corromper al otro cónyuge, a un descendiente o a personas que estén bajo su cuidado), en tanto que las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª se pueden alegar dentro del término de un año, pero contado a partir del momento en que sucedieron; en todo caso, nunca se podrá demandar luego de dos años de ocurrida la causal cuando se trata de las Iª y 7ª.

En efecto, dice el art. 156 del C. C., que "el divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales Iª y 7ª, o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª. En todo caso, las causales Iª y 7ª, sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia".

Obsérvese, la gran diferencia en el plazo para la caducidad: en las causales Iª y 7ª el término se cuenta a partir del momento en que el cónyuge conoció la existencia del hecho tipificador de la causal, en tanto que para las demás causales no interesa el momento en que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho que estructura la causal sino el momento en que realmente ocurrió.

Así, por ejemplo, si el 18 de abril de 2016 A maltrató gravemente a su cónyuge, el término se cuenta a partir de ese momento; en cambio, si el cónyuge fue infiel y tuvo relaciones sexuales con otra persona ese mismo día, pero el inocente sólo se entera seis meses después de sucedido el hecho, el plazo se cuenta a partir del momento del conocimiento de ese hecho, es decir, en nuestro ejemplo, a partir del 18 de octubre de 2016.

Además, la disposición establece que si transcurre un término mayor de dos años desde el momento de ocurridas las causales Iª o 7ª, ese es el plazo máximo para demandar el divorcio; es decir, el término de un año contado a partir del momento del conocimiento del hecho, debe darse dentro del plazo máximo de dos años, computado a partir de cuando sucedieron ios hechos.

Así, la relación sexual extramatrimonial ocurrió el 18 de abril de 2016 y el otro cónyuge se enteró de ello el 18 de octubre del mismo año, desde esa fecha tiene un año para demandar, pero si sólo supo del hecho el 10 de agosto de 2017, tiene plazo para demandar hasta el 18 de abril de 2018, dado que estas dos causales caducan inevitablemente en un término de dos años a partir de su ocurrencia independientemente de su conocimiento; en consecuencia, el plazo del año a partir del conocimiento de las causales Iª o 7ª, debe entenderse siempre que no exceda el límite máximo de los dos años, contados desde el momento de su ocurrencia.

Por último, el art. 156 del C. C. al establecer los plazos de caducidad omite las causales 6ª, 8ª y 9ª. Ante esta pretermisión del art. 6º de la ley Iª de 1976, y dado que los términos de caducidad no pueden establecerse por vía de interpretación extensiva, estimo que para demandar el divorcio por enfermedad grave o in

curable, por separación de cuerpos de hecho o decretada judicialmente que dure más de dos años o por ei mutuo consentimiento, no existen las limitaciones de tiempo que prevé el art. 10 de la ley 25 de 1992; es decir, se puede alegar en cualquier oportunidad, solución que dada la índole de las causales es correcta, pues lo contrario sería injusto si se tiene en cuenta que los hechos que las configuran, mientras más tiempo transcurra, con mucha mayor fuerza servirán de fundamento para solicitar el divorcio.

En efecto, imaginemos el caso de un cónyuge afectado por enfermedad grave. El otro cónyuge, cumplidor de sus deberes, continúa llevando vida en común por espacio de cuatro años, hasta que la situación se vuelve insostenible y decida demandar el divorcio, caso en el que no se le puede proponer la excepción de caducidad ni, mucho menos, declararla el juez de oficio.

O, piénsese una separación de cuerpos de hecho o decretada judicialmente que ha durado ocho o más años, y sólo después de ese lapso uno de los cónyuges decide, demandar el divorcio. En estos casos, mientras la causal subsista por más tiempo, mayor será la necesidad y conveniencia de decretar el divorcio, por ser más evidente el deterioro de la comunidad matrimonial.

En suma, la caducidad no obra frente a las causales de divorcio previstas en los nums. 6, 8 y 9 del art. 154 del C. C.

14.6. *Persistencia de la causal de divorcio*

Especial mención merece la circunstancia de que la causal de divorcio puede en ocasiones obedecer a hechos que se repiten en el tiempo. En estos casos es lógico inferir que el término de

caducidad únicamente corre desde el momento en que se registró el último hecho. Así, si se trata de un beodo consuetudinario, de repetidos maltratos, de injurias diarias, de abandono de los deberes de esposo y padre o esposa y madre, el término de caducidad -no puede contarse desde el momento en que ocurrió el primer hecho, pues bien puede suceder que el cónyuge inocente haya hecho caso omiso de esas manifestaciones en espera de una mejor conducta, con resultados infructuosos.

De otra parte, es pertinente recordar que la caducidad no obra respecto de las causales en abstracto sino de los hechos concretos que las tipifican. En consecuencia, si existió un maltratamiento de obra y el cónyuge ofendido no actuó y un año después se presenta similar conducta, no puede afirmarse que la causal caducó, pues como bien lo ha entendido la Corte:[46] "Cuando el art. 6º de la ley Iª de 1976 establece que la demanda de separación fundada en las causales Iª y 7ª ha de presentarse por el cónyuge inocente dentro del término de un año, contando desde cuando tuvo conocimiento de los hechos que las configuran y, en todo caso, dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, con ello no está permitiendo que el reo siga impunemente cometiendo sus faltas si estas se repiten un año después del conocimiento que de las mismas tuvo su consorte, o dos años después de haber cometido las primeras. La recta inteligencia de esa norma, en cuanto a las dos causales expresadas, es ésta: el cónyuge inocente no puede demandar la separación alegando faltas de las que tuvo

46 Corte Suprema de Justicia, auto de junio 30 de 1981, separación de cuerpos Cbiquinquirá Colmenares vs. Jesús Infante, GLRALDO ZULUAGA Germán, *Ultimas doctrinas civiles de la Corte*, 1.1, Bogotá, Ed. El Foro de la Justicia, 1981, pág 201. Se advierte que la referencia al art. 6º de la ley Iª de 1976, se predica de manera idéntica deí art. 10 de la ley 25 de 1992.

conocimiento hace más de un año o que ocurrieron hace más de dos. Pero si el consorte vuelve a cometer hechos que configuren esas mismas faltas o si persiste en ellas, es claro que la demanda puede fundarse en estos nuevos acontecimientos, así comporten faltas idénticas a las cometidas en el pasado, o de las que se tuvo conocimiento hace más de un año".

Así mismo, es ejemplo por excelencia de la no estructuración del plazo de caducidad, el abandono de hogar en que incurra alguno de los esposos (causal 2ª del art. 156 del C. C.), conducta constitutiva de grave e injustificado incumplimiento de sus deberes de cónyuge y padre. El plazo de caducidad no se cuenta desde cuando el cónyuge dejó el hogar, por cuanto resultaría un absurdo afirmar que al año de ocurrido el abandono caduca el derecho del cónyuge inocente para presentar la demanda de divorcio. En absoluto, el abandono, por ser conducta que se repite día a día, permite al cónyuge que no ha dado lugar a los hechos formular la correspondiente demanda mientras subsista.

Distinto sería el caso si el cónyuge regresa y luego de un año de su reintegro al hogar se pretende demandar el divorcio basado en el abandono anterior, porque en esta hipótesis sí opera el plazo de caducidad.

14.7. *Causas específicas de no procedibilidad del proceso de divorcio*

Son dos, previstas por el art. 159 del C. C.: la muerte de uno de los cónyuges y la reconciliación ocurrida durante el proceso, aspecto éste último al que se refiere el numeral 1 del art. 388 del CGP al regular erradamente el fenómeno de la reconciliación

bajo la aparente modalidad estrictamente procesal del desistí--miento, que adelante analizo.

En cuanto a la primera poco hay que anotar, pues siendo la muerte de uno de los cónyuges causal de disolución del vínculo matrimonial, carecería de todo objeto adelantar un proceso que tiene la misma finalidad, obtenido en este caso por un hecho jurídico como lo es la muerte. Fallecido cualquiera de los cónyuges el juez debe declarar terminado el proceso, de oficio o a petición de parte, y para hacerlo debe obrar dentro del proceso la correspondiente partida de defunción, situación que determina, en nuestro sentir, la imposibilidad de que se siga tramitando válidamente la actuación. De forma que si se ignoró el deceso de uno de los cónyuges y el proceso continúa su curso, toda la tramitación surtida posteriormente carecerá de validez; igual sucede cuando se inicia el proceso habiendo fallecido ya uno de los esposos, porque en estas dos hipótesis el proceso carece de objeto por sustracción de materia, pues no puede el juez resolver acerca de lo que ya quedó finiquitado.

La reconciliación merece un análisis más amplio, máxime si la figura reitero, ha sido objeto de una inadecuada modificación por el numeral 1 del art. 388 del CGP.

En primer término, es requisito indispensable que el proceso de divorcio no haya terminado con sentencia ejecutoriada, porque si así ocurrió, la solicitud será extemporánea y si se desea reiniciar bajo cauces matrimoniales la vida conyugal, será menester que contraigan por segunda vez matrimonio, pues si de hecho reinician lamida en común, tan sólo tendrán la calidad de

compañeros permanentes y los derechos inherentes a tal estado, de darse los requisitos de la ley 54 del 28 de diciembre de 1990.

Cuando la reconciliación se dé en la oportunidad para que se le pueda hacer valer dentro del proceso, que es cualquier momento mientras no se haya ejecutoriado la sentencia que decrete el divorcio, el numeral 1 del art. 388 que mantiene la redacción que le había señalado la ley Iª de 1976, dispone, inadecuadamente, que: "El juez declarará terminado el proceso por desistimiento presentado por los cónyuges o sus apoderados. Si se hiciere durante la audiencia, bastará la manifestación verbal de ambos", norma en la cual se eliminó el concepto, propio del derecho de familia, de reconciliación, que antes se empleaba con precisión al indicarse que: "Para que el juez declare terminado el proceso por reconciliación es necesaria solicitud expresa y por escrito de ambos cónyuges, que será presentada personalmente por éstos".

El cambio no es inocuo, como se pudiera pensar, por cuanto una apresurada interpretación de la norma daría pie para sostener qué se eliminó la reconciliación dentro del proceso de divorcio y quedó reemplazada por la figura del desistimiento obligatoriamente bilateral, es decir, que también se estaría modificando el art. 314., donde no se contempla, dentro de los raros casos de desistimiento bilateral, el del proceso de divorcio.

Así no sucede. Sin la suficiente fortuna desde el punto de vista semántico, lo que se quiso fue regular que procesalmente la reconciliación se hará valer mediante la presentación de un desis-timiento bilateral, es decir, pedido por los dos cónyuges o por sus apoderados, si se les dio expresa facultad para hacerlo, de modo que cuando se presenta un desistimiento bilateral dentro del pro

ceso de divorcio lo que se está poniendo de presente, auncuando no se emplee el término, es que existió reconciliación y, por ende, en el auto que lo acepte y ponga fin a la actuación, se determina que el estado de cosas entre los cónyuges queda idéntico al existente antes de la presentación de la demanda y, naturalmente, no se podrán invocar en un futuro ios mismos hechos para solicitar el divorcio por cuanto la reconciliación cierra todo debate sobre el tema.

Prueba evidente de que lo que en este numeral se regula es la reconciliación la constituye el numeral 3 del art. 388 que se refiere como una de las causas extraordinarias de terminación de este proceso a la reconciliación al señalar: "La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurridas durante el proceso, ponen fin a este. El divorcio podrá ser demandado nuevamente por causa que sobrevenga a la reconciliación."

Empero, no ha perdido el demandante la facultad de desistir unilateralmente y con las consecuencias propias del art. 314, o sea los efectos de cosa juzgada y la correspondiente condena en costas, pues sería un exabrupto jurídico sostener que el desistimiento siempre deberá ser bilateral, y obligar al demandante a afrontar todo el procesó si decide desistir de manera unilateral, corriendo las consecuencias propias de esta conducta, porque no es posible olvidar que el demandante, que a su elección dio inicio al proceso, puede, cuando a bien lo tenga, desistir de su demanda, máxime si este caso no está dentro de ninguna de las hipótesis de desistimiento bilateral contempladas en el art. 314.

Se argumenta para tratar de avalar la tesis del desistimiento bilateral, que el cónyuge demandado puede tener interés en

acreditar que no son ciertos los hechos constitutivos de la causal por la cual se le demanda y que es por eso que debe requerirse siempre su asentimiento para desistir, argumento desde todo punto de vista inaceptable pues si ese es su objetivo, a lo que aspira al finalizar el proceso es a que se profiera en su favor sentencia absolutoria y condena en costas.

Así las cosas se tiene que al aceptarse el desistimiento unilateral el auto que lo admite genera efectos de cosa juzgada idénticos a los que se presenta cuando se dicta sentencia absolutoria y además se impone condena en costas, de ahí que las aspiraciones del cónyuge se cumplen integralmente y nada justifica mantener el proceso en curso so pretexto de que el demandado no acepta el desistimiento. Pues ya se demostró que lo que se reguló fue la reconciliación, figura por entero diversa.

En conclusión, lo único nuevo en esta materia es que la reconciliación se hará valer procesalmente por medio del desistimiento bilateral presentado personalmente por los cónyuges o sus apoderados, conservando el demandante la facultad de desistir unilateralmente de acuerdo con las reglas generales.

Destaca el art. 388 del CGP en el numeral 3 inciso segundo, que: "El Juez dictará sentencia de plano si las partes llegaren a un acuerdo, siempre que éste se encuentre ajustado al derecho sustancial.", para significar que en cualquier estado del proceso pueden las partes solicitar al juez que dicte la sentencia decretando el divorcio de inmediato siempre que presenten un acuerdo que se ajuste a la ley, es decir que prevean los aspectos atinentes a guarda de los hijos si los hay, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en suma los mismos puntos que se requieren

si se trata de presentar la solicitud de divorcio de común acuerdo, sin que por ese motivo se altere la competencia o el trámite, so pretexto de que se volvió divorcio de común acuerdo.

14.8 *El divorcio de común acuerdo ante notario*

La ley 962 de 2005 en su artículo 34 dispone que: "Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley". Se adiciona por la norma que los efectos serán los mismos que el decretado mediante sentencia y se advierte que el defensor de familia será citado si existen hijos menores pero únicamente para que opine acerca del acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con los hijos menores de edad, lo que presupone que su intervención se enfoca a los aspectos patrimoniales y personales del convenio en lo que concierne con los hijos (alimentos, guarda, visitas, crianza, educación, entre otros), más no a la decisión de poner fin al vínculo.

El decreto 4436 de 2005 reglamenta los pasos que deben seguirse para esta actuación ante notario y señala la presentación de una solicitud en la cual a más de los datos generales de los cónyuges y el anexo de los correspondientes registros civiles, se consigne su expresa manifestación del deseo de divorciarse y la forma como atenderán sus mutuas obligaciones alimentarias, el estado de la sociedad conyugal y si existen hijos menores, caso en el cual se preverá todo lo concerniente con ellos.

La advertencia de indicar "el estado de la sociedad conyugal", permite en adición y para el caso de estar vigente aquella, que dentro del mismo instrumento se pueda realizar la correspondiente liquidación de la misma, es más así debe ocurrir para efectos de finiquitar todas las relaciones provenientes del vínculo matrimonial que termina.

Si debe ser citado el defensor de familia, cuenta con quince días a partir de la notificación para manifestar lo que estime pertinente; si guarda silencio se procede a otorgar la escritura pública que genera los efectos terminantes del vínculo, pues señala ei art. 3 del decreto 4436 de 2005 que en tal hipótesis "el notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la escritura y le enviará una copia a costa de los interesados", formalidad esta última a la cual no le hallo razón lógica de existir, como no sea atiborrar de papeles innecesarios al defensor de familia.

Si el defensor realiza observaciones "legalmente sustentadas", reitero, exclusivamente al aspecto "de la protección de los hijos menores" los interesados evaluarán el alcance de ellas y de ser el caso modificarán el acuerdo. Adiciona la norma que "En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la escritura pública y se devolverán los documentos al interesado bajo recibo", disposición que de ser aplicada exegéticamente llevaría a radicar en cabeza del defensor de familia un poder de veto que la ley no le ha otorgado, pues se debe tener presente que las observaciones deben estar "legalmente sustentadas", de modo que si es evidente la sinrazón de ellas bien pueden los interesados solicitarle al defensor que las deseche o modifique e incluso solicitárselo al notario para que haga caso omiso de

ellas y corra la escritura con las constancias de rigor porque el funcionario notarial no es un convidado de piedra.

14.9. *El proceso de separación de cuerpos*

Señala el parágrafo único del art. 388 que "A los procesos de separación de cuerpos de matrimonio civil o religioso se aplicarán, en lo pertinente, las normas del presente artículo.", pero adiciona que: "Después de ejecutoriada la sentencia, si los cónyuges de común acuerdo solicitan que se ponga fin a la separación, el juez de plano dictará la sentencia respectiva.", prescripción que es imprecisa pues no es claro el alcance de la frase "ponga fin a la separación", porque no se sabe si lo que termina es la separación o el matrimonio.

Como perfectamente puede referirse a los dos aspectos, será el texto de la solicitud el que guiará la decisión a tomar.

A continuación destaco algunos temas atinentes con este proceso, reitero "especie en extinción" y destaco que no es posible lograr la misma de común acuerdo debido a que se requiere siempre de una sentencia, pues en mala hora se eliminó la posibilidad de acudir al trámite notarial y esta posibilidad no la restableció la ley 962 de 2005 que se limitó al divorcio.[47] El juez competente, o sea, el de familia, como ya se dijo, adelantará la petición por el trámite del proceso de jurisdicción voluntaria que

47 En efecto el artículo 15 de la ley 25 de 1992 derogó el decreto 2458 de 1988 que permitía la separación de cuerpos del matrimonio civil, de común acuerdo, ante notario, lo que a todas luces es un retroceso pues nada justifica recargar a los jueces obligatoriamente con estos trámites. Tal vez el motivo de la omisión haya sido, como antes se explicó, que teniendo la solución del divorcio ya no se acude a la separación de cuerpos.

es más nominal que real por cuanto, en últimas, todo se reduce a una demanda y a una sentencia; aquí el juez no puede decretar pruebas, ya que el solo acuerdo de los cónyuges es prueba idónea para que dicte sentencia de separación.

Ciertamente, si nos atenemos al texto del art. 166 del C. C., en la nueva redacción que le impartió la ley Iª de 1976, no cabe otra afirmación pues "para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que éstos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos...", con lo cual se evidencia que basta una demanda presentada por los dos cónyuges, que pueden tener un único apoderado, en donde se debe indicar el deseo de obtener esa separación de cuerpos, y si es definitiva o temporal; en este último caso deben aclarar si desean dar por terminada o no la sociedad conyugal, para que el juez decrete la separación de cuerpos, sin que se requiera prueba diferente de la simple manifestación del deseo de obtener dicha separación, pues el solo acuerdo es, independientemente de toda consideración, causal de separación de cuerpos.[48]

De manera que sólo debe notificarse la demanda al agente del ministerio público, en la hipótesis de que haya hijos menores, no existe apertura a pruebas, y mucho menos término para alegar, por ello, todo se reduce a una demanda conjunta que, de reunir

48 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de febrero de 1977. Ponente: . doctor José María ESGUERRA. En ella señala que basta la manifestación del ..deseo de separación pues ''en este caso son innecesarias, vale decir superfiuas. las demás pruebas que se aduzcan para acreditar ese mutuo consentimiento".

los requisitos legales, impone al juez la obligación de decretar la separación de cuerpos.

En suma, en este proceso la única actuación viable luego de presentada la demanda y salvo objeciones al acuerdo alimentario, es la sentencia estimatoria que debe ser proferida, como se dijo, de plano dado que dejó de ser un proceso por audiencias, no es necesario citar a la misma.

En este proceso interviene el agente del ministerio público, si hay hijos menores, quien tiene como misión especialísima velar porque la regulación acordada respecto de los hijos no les sea perjudicial, en consecuencia, en lo que respecta al acuerdo sobre gastos y cuidados de los hijos, y sólo en cuanto a ello, puede el juez, previo concepto del agente del ministerio público, objetar ese acuerdo. Adviértase que la norma sólo requiere concepto del **ministerio** público en cualquier sentido, sin que sea obligatorio para el juez quien, si lo estima prudente, puede apartarse de lo anotado por aquél.

Insisto: el juez no puede negar la separación de cuerpos solicitada de común acuerdo porque la ley no le da facultades para hacerlo; lo único que puede hacer es objetar el acuerdo respecto a los hijos y, obviamente, mientras aquél no se realice de conformidad con los lineamientos establecidos por el juez, puede posponer el proferimiento de la sentencia. Si el juez halla correcto el acuerdo o si no hay hijos, lo único que tiene que hacer es dictar sentencia decretando la separación de cuerpos.

Sobre el punto la Corte[49] ha sostenido que: "El art. 166 no exige tampoco que en el proceso de separación de cuerpos se demuestre la situación económica de los cónyuges; basta que éstos determinen en la demanda la manera cómo van a proveer a su propia subsistencia y a los gastos de los hijos, incluyendo en estos los de crianza, establecimiento y educación. La ley admite en ese sentido la manifestación acorde de los cónyuges, salvo que ésta sea desfavorable para los hijos, en cuyo caso, en interés de los mismos, el juez puede objetarla previo concepto del ministerio público, a petición de parte o de oficio".

Finalmente, cabe preguntar qué ocurre si luego de otorgado el poder por los dos cónyuges y antes de que se dicte la correspondiente sentencia, uno de ellos manifiesta que se ha arrepentido y que ya no está de acuerdo con la separación.

;• Si la causa eficiente para obtener la separación es el acuerdo manifestado (bien al conferir el poder o al suscribir conjuntamente con el apoderado la demanda), dicho acuerdo debe subsistir hasta el momento en que se dicte sentencia; por ende, si uno de los dos manifiesta inequívocamente que ya no está conforme,

• al juez no le queda otra alternativa que dictar sentencia negando la separación de cuerpos, apreciación que se predica de manera 'idéntica si el proceso fuera el de divorcio de común acuerdo.

Naturalmente, de presentarse esta situación, nada impide fque posteriormente se formule otra demanda si se da un nuevo

» T"

i,49 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de febrero de 1977, en Héctor OA GÓMEZ, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,* t. IV, Bogotá,

acuerdo pues la sentencia en tal sentido no genera efectos de cosa juzgada.

Como efectos de la sentencia de separación de cuerpos, se tiene que ejecutoriada la misma, si existía sociedad conyugal y se decretó su terminación, esta queda disuelta y se debe proceder a la liquidación en la fonna ya explicada, es decir, bien mediante escritura pública, si así lo desean los cónyuges o mediante el trámite previsto en el art. 523 del CGP. Quedan, además, suspendidas todas las obligaciones de carácter personal entre los cónyuges y, por ende, todos los deberes propios de la cohabitación.

La Corte,[50] en providencia que comparto parcialmente manifestó: "Ahora bien, como por virtud de ese decreto se suspende desde entonces, la vida en común de los casados (C. C., art. 167), de su ejecutoria en adelante ya no estarán los consortes obligados a cohabitar, pues durante el estado de separación se suspende el derecho recíproco a la disposición de sus cuerpos, potestad que emana no sólo del hecho de estar casados, sino de la obligación de vivir juntos. Por ende, suspendido este deber, se suspende el derecho mencionado. Y como el vínculo matrimonial subsiste no obstante el decreto de separación de cuerpos, es claro que otras obligaciones que surgen de la relación jurídica nupcial no sufren mengua alguna".

Agrega ia Corte en el mismo fallo, criterio del cual disiento que: "Los cónyuges en el estado de separación de cuerpos, siguen siendo tales y, por tanto, se deben fidelidad, socorro y ayuda mu-

so **Corte Suprema de Justicia, Sentencia de** 8 **de julio de** 1977, **en Germán GI- RALDO ZULUAGA,** *Jurisprudencia* ***Civil 1977,*** **Bogotá, Edit. Tiempos Duros,**

pág. 182.

tua; los separados, pues, no obstante la sentencia que ordena la suspensión de su vida en común, siguen siendo marido y mujer, el vínculo que los ata sigue sin soltarse, porque el efecto de la separación de cuerpos en ningún caso es romper el lazo matrimonial".

Esta interpretación contradice el espíritu del art. 167 del v.C. C., que dispone que la "separación de cuerpos no disuelve el matrimonio pero suspende la vida en común de los casados" y resulta claro que si la vida en común de los casados queda suspen- • dida, todas las obligaciones personalísimas, propias de tal estado, igualmente lo serán. Aun la noción de suspender, "detener o deferir por algún tiempo una acción u obra",[51] así lo pone de presente. En consecuencia, mal puede exigirse fidelidad a quienes no tienen el deber de cohabitar, pues tal posición implica un contrasentido y se trata más de un planteamiento imbuido de recalcitrantes preceptos de ética cristiana que considera inmoral toda unión sexual fuera del maxrimonio, que de una interpretación jurídica, que por lo mismo no puede tenerse como guía para desentrañar los efectos jurídicos del fallo de separación de cuerpos.

En suma, todas las obligaciones personalísimas que surgen
[r]del hecho de que dos personas tengan entre sí la calidad de cónyuges, quedan suspendidas cuando se ejecutoria la sentencia de 'separación de cuerpos, excepción hecha de la obligación alimentaria, frente a la cual según el art. 411 del C. C. sólo se exige
[ca]üdad de "cónyuge", que no se pierde por la separación de
[v']á^SttSfci^[uer]POs[5] dada la gran diferencia que existe entre ella y el divor-

CÍO: con la declaratoria de aquella el vínculo matrimonial no se elimina, pero los deberes de socorro y ayuda mutua (distintos de alimentos), fidelidad y cualquier otro, dejan de tener observancia al estar en suspenso la vida en común.

En el proceso de divorcio expliqué que la reconciliación no obra después de ejecutoriada la-sentencia que lo ordenó; por el contrario, en la separación de cuerpos la reconciliación surte efectos no obstante que la sentencia se halle ejecutoriada. Esto es lógico, pues dado que la declaratoria de separación de cuerpos no termina el vínculo matrimonial, los cónyuges pueden hacer valer la reconciliación en el momento en que lo quieran, restituyéndose las cosas al estado que tenían antes de la sentencia, salvo lo atinente a la sociedad conyugal que definitivamente queda disuelta.

Para hacer efectiva la reconciliación, debe presentarse ante el juez o tribunal que dictó la sentencia de separación de cuerpos una petición en tal sentido, firmada por los cónyuges, y que el juez debe acoger de inmediato dictando sentencia de plano que ponga fin a la separación de cuerpos.

Cualquiera que sea el origen de la separación de cuerpos, mutuo acuerdo o proceso disputado, la reconciliación siempre es procedente pero no obra de pleno derecho, por requerirse una sentencia en la cual la manifestación de reconciliación de ios cónyuges sea aceptada por el juez.

Es este un trámite que está en mora de pasar al conocimiento de los notarios pues nada justifica acudir ante el juez para que dicte una sentencia donde con carácter de mero formalismo debe aceptar la reconciliación, pues ésta se basa en la voluntad de los

.esposos, de ahí que es preferible y ojala así se haga en futuras reformas, indicar que los esposos presentarán la manifestación de Jr reconciliación ante un notario, se protocoliza la misma, se anota ir en los registros civiles pertinentes y asunto concluido.
*r£;.

Cabe preguntarse si la sentencia que acepta la reconcilia- ¿v ción, además de poner fin a la suspensión de la vida en común, %■-.- :que restablece plenamente con todos sus derechos y obligacio- nes, también restituye la sociedad conyugal, que quedó disuelta al decretarse, dentro de proceso disputado, la separación de cuer- í|. pos, porque si ésta es de común acuerdo, los cónyuges pueden ¿ "dejar vigente la sociedad; en este caso ningún problema se pre- Sp ^senta, pero lo habría si optaran por la disolución de aquella, pues p-.. se requiere distinguir dos aspectos: el uno referente a los efectos lié la sentencia de separación de cuerpos frente a las relaciones ^ personales, y el segundo, las consecuencias de la misma frente a .las relaciones patrimoniales, si al decretarse la separación existe ^sociedad conyugal vigente.

Referente a lo primero, la sentencia que decreta la separa- Ji^Bión de cuerpos suspende esas relaciones y en cuanto al aspecto ^V.ʳpátrimonial, termina con la sociedad conyugal al quedar disuelta, '^'^salvo la excepción citada, o sea, cuando fue de común acuerdo y ..¿ir expresamente se estableció que la sociedad conyugal seguirá en f^vigor, circunstancia por cierto de rara aplicación.
áS'sar-

Cuando la sociedad conyugal termina por cualquier causa, ^sólo es posible crearla de nuevo mediante la existencia de la cau- "í||£eficiente y única que la genera: el matrimonio. Ciertamente, ^sociedad conyugal surge, en el sistema colombiano, en vir- y del matrimonio; ninguna otra circunstancia permite su naci

miento pues todo acuerdo de voluntades distinto al que se emite al celebrar el matrimonio carece de eficacia para hacer nacer a la vida jurídica una sociedad conyugal; podría, si mucho, establecerse otra sociedad, pero jamás la sociedad conyugal que es consecuencia, única y exclusivamente, de la celebración de un matrimonio.

Por tal razón, disuelta una sociedad conyugal no es posible su restablecimiento, así los cónyuges lo deseen, por cuanto únicamente el matrimonio determina su existencia.

En este orden de ideas concluyo que si se dicta sentencia de separación de cuerpos se ha disuelto la sociedad conyugal, y la reconciliación no la restablece, o sea, que ésta sólo viene a generar efectos personales, los patrimoniales quedan sin modificación alguna.

La única excepción que existía al respecto fue eliminada, al suprimir el decreto 2282 de 1989 en el numeral 2 del art. 625 la posibilidad de alegar en los procesos de liquidación de sociedades conyugales, y para aquellos eventos donde la reconciliación obre antes de la liquidación, la alternativa de presentar como excepción previa la reconciliación, aspecto expresamente excluido por la reforma mencionada.[52]

52 LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *La reforma del Código de Procedimiento Civil,* Edit. ABC, 1990, pág. 428, donde comenté al comparar las versiones del numeral 2 del art 625 que: "Se elimina la referencia a la reconciliación, supresión que tiene unas profundas consecuencias por cuanto queda eliminado el único caso que se conoce, donde no obstante estar disuelta la sociedad conyugal, si existió reconciliación antes de'esa liquidación, era viable impedir el trámite de la liquidación, *excepción que se había creado por vía puramente procesal*, de ahí lo

El divorcio tampoco constituye excepción a la regla, por cuanto disuelve la sociedad conyugal y termina el vínculo. Si dos personas que estuvieron casadas vuelven a contraer matrimonio, en ese momento, por cuanto se da la causa eficiente y única, nacerá la sociedad conyugal, una nueva sociedad conyugal, y no la prolongación de la que en época pretérita existió.

Si dos personas casadas se divorcian, y se disuelve y liquida su sociedad conyugal, los bienes que han adquirido en su primer matrimonio y que se les han adjudicado en la liquidación, se consideran para todos los efectos legales como bienes propios de cada uno, y sólo ingresarán a la nueva sociedad conyugal los bienes que se adquieran a partir del segundo matrimonio.

14.10. *El proceso de separación de bienes*

Al igual que en todo proceso de familia originado en el vínculo, matrimonial, este se aplica respecto de todo matrimonio que genere efectos civiles y conoce el juez de familia en primera instancia por estar adscritos al mismo en el numeral 1 del art. 22 del CGP los procesos contenciosos de separación de bienes, pues si es de común acuerdo los conoce en única instancia el mismo juez por así disponerlo el art. 31 del CGP.

De idéntica manera que en los otros procesos que tienen que ver con asuntos relacionados con el matrimonio, debe allegarse como anexo obligatorio el registro civil del matrimonio que dé cuenta de su celebración. Este proceso sólo es aconsejable si ."no se da acuerdo integral entre los cónyuges sobre la disolución

t|j'ertinente de la modificación porque no se trata de reformar el Código Civil, para]ió que no se tenían facultades".

y liquidación de la sociedad conyugal, pues si este existe, la separación de bienes de común acuerdo no requiere intervención judicial: sencillamente puede acudirse al sistema previsto en el art. 25, num. 5, de la ley Iª de 1976, es decir, a la disolución y liquidación por escritura pública, como sería lo lógico.

Por *acuerdo integral* se entiende que los cónyuges están conformes en disolver y en la forma como van a liquidar su sociedad. Si sólo coinciden en lo primero y no en lo segundo, el proceso será viable para poder llegar como consecuencia de la sentencia a la etapa de liquidación que fue en la que se presentó la ausencia de consenso.

En nada varía la situación si una vez presentada la demanda el cónyuge demandado se allana, pues tal circunstancia no significa común acuerdo sino, todo lo contrario, aceptación de las pretensiones de la demanda para poder llegar a la liquidación y, además, no exime de la condena en costas y tampoco impide que lograda la declaratoria de separación de bienes como consecuencia de la disolución, se prescinda de la tramitación respectiva y se liquide la sociedad mediante escritura pública si es que posteriormente los cónyuges logran el acuerdo.

Se acude al juez con el fin de que decrete la separación de bienes cuando no es posible ese acuerdo integral; en tal supuesto las causales de separación de bienes son las mismas que autorizan la separación de cuerpos, además de la mala situación financiera del cónyuge demandado, en forma que menoscabe los intereses del demandante en la sociedad conyugal (C. C., art. 200). Si las causales de separación de cuerpos son las mismas del divorcio,

se concluye que las de divorcio son comunes a los tres tipos de proceso y que son más numerosas las de la separación de bienes.

Aun cuando según el Código las causales de separación de bienes son las mismas de la separación de cuerpos, como ya se explicó, el mutuo acuerdo para obtener separación de bienes no implica obligatoriamente proceso ante juez porque el trámite en este caso se puede surtir ante notario, mediante la escritura correspondiente; si no obstante, las evidentes ventajas de celeri- dad y economía que representa la separación de bienes de mutuo acuerdo si se recurre al sistema notarial, los cónyuges lo quieren hacer de común acuerdo por la vía judicial, se acudirá al proceso

de jurisdicción voluntaria por asi indicarlo el art. 577 numeral 10 - del CGP..

Se podría pensar en la conveniencia de que no existiera este proceso de común acuerdo y que siempre la actuación en tales condiciones se diera ante notario, posición que no puede ser aceptada debido a que el trámite notarial a más de no ser obligatorio presenta un defecto y es el de que, tal como lo indica el numeral 5° del art. 1820 del C. C., “los cónyuges responderán solidaríais mente ante los acreedores con título anterior al del registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, aspecto que se obvia dentro del trámite judicial debido a que los Acreedores son emplazados y se debe formar por el partidor la || "hijuela de deudas, de manera que al hacerse la partición no existe p' ‘esa responsabilidad solidaria.

El trámite notarial, elevado a escritura pública, indudablemente es de los grandes logros de la ley Iª de 1976, que abolió la necesidad de acudir a procesos amañados en los que se alegaban

causales inexistentes, viéndose los cónyuges obligados a aceptar únicamente para poner término al aspecto patrimonial del matrimonio, cuando por diversos motivos deseaban esa separación.

Hoy es suficiente correr la escritura pública, indicando en ella los cónyuges su deseo de disolver la sociedad conyugal y liquidándola en el mismo instrumento, inventariando los bienes y las deudas y haciendo su distribución. Esta escritura debe registrarse cuando existen bienes sometidos a tal formalidad.

El num. 5 del art. 25 de la ley Iª de 1976, que reformó el art. 1820 del C. C., dispone que la sociedad conyugal también se disuelve por "mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación". Es requisito de la validez del acto que los cónyuges manifiesten con detalle cuál es el activo y cuál es pasivo del patrimonio de la sociedad conyugal, determinando cómo se va a repartir o al menos que señalen que no existe patrimonio. Debe tenerse presente que de los pasivos existentes hasta el momento de la fecha de la escritura pública, relaciónense o no y adjudiqúense o no, responderán solidariamente los esposos.

Conviene recordar que si la sociedad conyugal carece de patrimonio, es igualmente aconsejable acudir al sistema, pues de todas formas la sociedad se disuelve sin que haya que proceder a liquidar por ausencia de patrimonio (activos o pasivos), tal como ya se indicó.

Esta solución debe ser observada especialmente por aquellas parejas que han definido de hecho su situación personal y que

carecen de patrimonio, si desean evitar dolorosas sorpresas, pues luego de la separación de facto encuentran que los bienes adquiridos independientemente por cada uno de ellos siguen formando parte de la sociedad conyugal no disuelta. Para ello aconsejo que así no haya bienes ni pasivos, se acuda al sano, ágil y económico mecanismo del num. 5 del art. 25 de la ley Iª de 1976, plasmando en la escritura la decisión de disolver la sociedad conyugal y advirtiendo que no hay lugar a liquidar por carencia de patrimonio.

Disuelta y liquidada la sociedad conyugal por medio de escritura pública, los efectos del negocio jurídico en ella contenido son idénticos a los de la sentencia de disolución dictada en un proceso, por manera que si luego de ocurrido lo anterior un cónyuge pretende desconocer lo acordado e inicia un proceso de separación de bienes, perfectamente se le puede proponer la excepción de cosa juzgada o, sí se quiere, la de transacción, si asimilamos los efectos de la escritura a la de tal forma de zanjar controversias.

La importancia de este trámite es mayor si se considera que puede utilizársele para liquidar sociedades conyugales disueltas por divorcio o por separación de cuerpos judicialmente decretados, y también cuando se ha declarado la nulidad del matrimonio.

En efecto, cuando se decreta el divorcio o la separación de cuerpos, se disuelve la sociedad conyugal, y para su liquidación puede utilizarse el trámite previsto en el art. 523 del CGP, o correr la escritura pública referida.

Supongamos un proceso de divorcio, una separación de cuerpos o, inclusive, una separación de bienes en la cual no exis

te acuerdo, razón por la cual se acude a un proceso. Nada impide que una vez ejecutoriada la sentencia respectiva, ante la claridad de la situación, pueda llegarse al consenso respecto de la liquidación de la sociedad conyugal y en tal caso prescindir de los trámites dispendiosos del art. 523 y proceder a correr la escritura pública, sistema éste más económico y rápido.

Si un proceso de separación de bienes en el cual existió controversia sobre la existencia o no de la causal alegada por ei demandante, culmina con sentencia en que se decreta la separación de bienes, nada impide que para la liquidación, no obstante estar ejecutoriada la sentencia, se acuda a la escritura pública, pues si los cónyuges encuentran bases de acuerdo para tales efectos, la discordancia manifestada dentro del proceso no imposibilita que la liquidación pueda realizarse sin la intervención del juez, pues se trata ya de liquidar el patrimonio social aspecto sobre el cual es irrelevante lo surtido con anterioridad debido a que, independientemente de quien triunfó y cuál fue la índole de la causal alegada, activos y pasivos se dividen por mitad.

14.11. *Liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges*

Aun cuando esta clase de proceso no corresponde a los verbales sino a los de liquidación, lo estudio aquí por la íntima relación que tiene con la materia que se está tratando y por considerar que así se logra una visión más clara del tema, pues ya se ha visto que este trámite se convierte en muchos eventos en un complemento del de los procesos de nulidad, divorcio y separación, a más de que al igual que estos, el art. 22 numeral 3 adscribe en primera instancia a los jueces de familia el conocimiento de

este proceso y el art. 523 del CGP en sus dos primeros incisos indica que: "Cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes podrá promover la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial disuelta a causa de sentencia judicial, ante el juez que la profirió, para que se tramite en el mismo expediente. La demanda deberá contener una relación de activos y pasivos con indicación del valor estimado de los mismos.", agregando que: "Cuando la disolución haya sido declarada por sentencia proferida por autoridad religiosa, a la demanda también se acompañará copia de la misma."

En el último evento señala el parágrafo primero del art. 523 que: "Cuando se trate de la liquidación de sociedad conyugal disuelta por sentencia de nulidad proferida por autoridad religiosa, el juez deberá pronunciarse sobre su homologación en el auto que ordene el traslado de la demanda al demandado, disponer su inscripción en el registro civil de matrimonio y la expedición de copia del mismo con destino al expediente."

Las causas de disolución de la sociedad conyugal han sido reestructuradas por el art. 25 de la ley Iª de 1976, que modificó el art. 1820 del C. C., y son: la disolución del matrimonio (muerte, divorcio y nulidad de matrimonio); la separación de cuerpos, salvo si es temporal y los cónyuges solicitan que no se decrete; la sentencia de separación de bienes; y el mutuo acuerdo elevado a escritura pública, posibilidad que, como se vio, puede aplicarse respecto de la liquidación de sociedades disueltas por algunas de las causas anteriores, excepto por la muerte de uno de los cónyuges para cuya liquidación se acudirá siempre al proceso de sucesión.

Según el origen de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal, se establecen dos tramitaciones que varían únicamente en la parte inicial del proceso: si la sentencia es de autoridad religiosa, una vez homologada por el juez de familia tal como lo ordena el artículo 4º de la ley 25 de 1992, deberá presentarse al reparto de los jueces de familia una demanda, de la cual se da traslado al otro cónyuge por diez días salvo el caso de que presenten la demanda de común acuerdo como bien puede suceder, existiendo la posibilidad de proponer ciertas excepciones. En esta hipótesis es una actuación procesal autónoma.

Si se trata de sentencia de un juez de familia, no se requiere demanda sino solicitud de cualquiera de los cónyuges ante el mismo juez que dictó la sentencia para proseguir a continuación del fallo y en ei mismo expediente el trámite de la liquidación.

En todo caso, trátese de demanda o de simple solicitud, pues así la norma se refiera tan solo a la demanda se entiende que igual garantía obra para la solicitud que reemplaza a la demanda[53], "el juez ordenará correr traslado de la demanda por diez (10) días al otro cónyuge o compañero permanente mediante auto que se notificará por estado si aquélla ha sido formulada dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que causó la disolución; en caso contrario la notificación será personal."

53 Como el juez competente es el mismo que conoció del proceso en que se decretó la disolución, la petición se formulará ante él, sin necesidad de reunir los requisitos de la demanda, por expresa indicación del art. 523; el no ser indispensable presentar demanda, lo reitero, no obsta para que el auto admisorio de la solicitud de liquidación se notifique personalmente al otro cónyuge, tesis acertada si se considera que no existe plazo de caducidad para presentar esta petición de ahí que se establezcan dos formas de notificarlo según la oportunidad de la presentación de la solicitud.

Agrega la norma que: "El demandado sólo podrá proponer las excepciones previas contempladas en los numerales 1, 4, 5, 6 y 8 del artículo 100. También podrá alegar como excepciones la cosa juzgada, que el matrimonio o unión marital de hecho no estuvo sujeto al régimen de comunidad de bienes o que la sociedad conyugal o patrimonial ya fue liquidada, las cuales se tramitarán como previas. Podrá también objetar el inventario de bienes y deudas en la forma prevista para el proceso de sucesión."

Empero, si el demandado no presenta excepciones o si estas son negadas, se observan "las reglas establecidas para el emplazamiento, la diligencia de inventarios y avalúos, y la partición en el proceso de sucesión.", las que se explican con ocasión de tal procedo y a las mismas me remito.

Recuérdese que cuando el asunto concierne con aspectos puramente patrimoniales del matrimonio, el concepto de culpabilidad es de muy escasa importancia pues el ser responsable de la causal o causales que han determinado la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos, la de bienes o el divorcio (la noción se extiende a todos esos procesos), no acarrea sanción económica; de acuerdo con el balance que arroje la sociedad conyugal, se le adjudicará al responsable en idénticas condiciones a como se le debe cubrir *su* parte al inocente.

Insisto, en estos casos la culpabilidad, que puede ser importante para efectos de condena en costas, guarda de los hijos y •obligaciones alimentarias, pierde toda relevancia porque la buena .conducta no otorga derechos adicionales sobre ei haber social,[54]

54 Se trata de una circunstancia idéntica a la que se presenta en una sociedad comercial. Si uno de los socios observa mala conducta la misma en nada incide

de ahí que cualquiera de los cónyuges, independientemente de cuál haya demandado y obtenido sentencia favorable, podrá presentar la demanda (para lo que acompañará copia de la sentencia eclesiástica) o elevará la solicitud para que se adelante el trámite de la liquidación.

A partir del edicto emplazatorio el trámite es común para la liquidación de toda sociedad conyugal, es decir la promovida mediante demanda o la que admite la simple solicitud.

14.12. *Las funciones del defensor de familia y su incidencia en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos, de bienes y liquidación de sociedades conyugales.*

La ley 1098 de 2006 estableció nuevas e importantes funciones al defensor de familia y es así como en el art. 82 en sus numerales 8 y 9 señala que entre otras actividades, se adscriben al mismo: "8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente" y "9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal,

en los derechos y obligaciones patrimoniales que tiene respecto del haber de la sociedad.

la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos suce- sorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios."

La incidencia de las disposiciones transcritas es notable pues de manera nítida se ha creado un mecanismo adicional y no excluyente de los antes analizados para, por medio de la conciliación, evitar innecesarios procesos de custodia de los hijos, alimentos separación de cuerpos y de bienes y, tal vez lo más resaltable, "la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios".

En efecto, la herramienta muestra grandes beneficios y contribuye a la implementación del principio de la economía procesal debido a que es viable acudir al defensor de familia para obtener, salvo el caso de la muerte, la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal sin que sea menester un proceso en el cual la decisión conlleve directa o indirectamente esa consecuencia.

Es más, nada impide que si la sociedad conyugal quedó disuelta como consecuencia de una sentencia de divorcio, nulidad de matrimonio o separación de cuerpos, en vez de adelantar la etapa de liquidación por medio del trámite notarial ya explicado y la etapa de liquidación ante el juez igualmente estudiada, .se acuda al defensor de familia para que a través del sistema de la audiencia de conciliación se pueda cumplir esa finalidad, de

modo tal que con la determinación del defensor de familia que aprueba lo acordado, se generan plenos efectos, los propios de cosa juzgada, de manera que si como consecuencia de lo concillado existen transferencias o gravámenes sobre bienes sometidos a registro, será la copia del acta pertinente el instrumento que se llevará a las oficinas de registro para los fines de rigor y, de ser el caso adelantar las actuaciones de entrega de bienes si a ello hubiere lugar.

Un segundo aspecto, también de importancia, es precisar una posición frente al numeral 11 del art. 82 de la ley 1098 de 2006 que adscribe como función del defensor de familia: "11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los *derechos de* los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar', por cuanto es particularmente discutible lo atinente al alcance que se debe dar a la expresión **"e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos",** aspecto que igualmente bajo la vigencia del anterior Código del Menor presentó interpretaciones diversas[55].

Lo primero que dejo sentado es que una cosa es la posibilidad de intervención de un funcionario público y otra su citación forzosa, porque la facultad de intervenir autoriza para hacer presencia en el proceso cuando lo estime pertinente pero sin que sea menester citarlo, debido a que la citación es un paso adicional a

55 En la 8ª edición,de esta obra, 2005 a las páginas 292 a 295 se consigna la polémica existente que, infortunadamente, no eliminó la nueva regulación legal.

la intervención, dado que puede darse la primera posibilidad sin que sea menester realizar obligatoriamente la citación.

Para que haya citación forzosa de un funcionario público es necesario que la ley expresamente lo ordene; en ausencia de tal prescripción pero existiendo norma que faculta para intervenir, el autorizado comparecerá motu proprio al proceso, en cualquier estado del mismo cuando estime que es necesaria su presencia.

Si la citación es forzosa eventualmente su omisión puede estructurar una causal de nulidad, lo que jamás sucederá cuando tan solo está prevista la facultad de intervenir.

En este orden de ideas estimo que en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos y alimentos cuando no existen hijos menores de edad no tiene ninguna posibilidad de intervenir el defensor de familia; empero, en presencia de estos, es facultativo que lo haga apoyado en la norma que autoriza su intervención sin citación forzosa o sea el numeral 11 del art. 82 de la ley 1098 de 2006 que, además, no da pie para sostener que en todo asunto judicial donde esté de por medio el interés de un menor de edad se impone la intervención con citación forzosa del defensor de familia, pues reitero, *es* menester que una norma expresamente la imponga.

En la ley 1098 de 2006 en parte alguna se ha consagrado su intervención forzosa en forma general e indiscriminada, por la sola circunstancia de que en el respectivo proceso estén de por medio intereses de menores de edad, de ahí que no es menester su citación y menos ordenar que se le corra a dicho funcionario traslado de la demanda respectiva.

Adicionalmente, debe desterrarse la idea de que el defensor de familia tiene como tarea central intervenir en todo proceso donde están de por medio estas relaciones, pues a más de que no se le instituyó como reemplazo del ministerio público, basta estudiar sus importantes funciones para ver como su principal tarea la debe cumplir en el campo administrativo del derecho de familia, donde en numerosos aspectos reemplaza y hace inútil la intervención judicial, razón adicional por la cual no podemos recargar, por vía de laxas interpretaciones, su trabajo exigiendo su comparecencia obligatoria en todo tipo de procesos de familia donde de alguna manera estén de por medio derechos de menores.

Capítulo **IV**

DEL PROCESO VERBAL SUMARIO

"Mucho más beneficio para la paz podrá encontrarse en una onza de buen caudillaje y palabra honrada, que en una tonelada de leyes

Dwight Eisenhower

1. GENERALIDADES

Es el segundo de los procesos declarativos regulados en el CGP denominado *proceso verbal sumario*, que si bien es cierto tiene una estructura similar a la del proceso verbal antes estudiado, muestra una importante diferencia y es la de que por disposición del parágrafo primero del art. 390 “Los procesos verbales sumarios serán de única instancia”, de manera que no solamente los procesos contenciosos de mínima cuantía tienen esa característica, sino todos los enlistados taxativamente en la misma norma, debido a que también está destinado a tramitar ciertos asuntos en consideración a su naturaleza, es decir, sin que importe para nada la cuantía, sistema que cobija procesos diversos a los de mínima cuantía, incluso algunos de significativo valor.

Es así como desde ahora se deja sentada la base referente a que si un proceso tiene destinado el trámite del verbal sumario

por la naturaleza del asunto no interesa para nada cuál sea su cuantía, siempre se tramitará en instancia única.

Un ejemplo aclara la idea. De conformidad con el artículo 390 del CGP numeral 2º, por la naturaleza del asunto el proceso de alimentos se tramita como verbal sumario. Pone de presente lo anterior que será siempre actuación de única instancia sin que para nada interese cuál pueda ser la cuantía de las pretensiones, pues si se pide como cuota doscientos mil pesos mensuales, treinta millones o doscientos millones, siempre será proceso de única instancia.

Igualmente es pertinente resaltar que no todos los procesos verbales sumarios, por el hecho de ser tramitados en instancia única, son conocidos por los jueces civiles municipales, pues de acuerdo con la asignación de competencia por el factor objetivo en ocasiones pueden corresponder al juez de familia o al civil del circuito.

2. ASUNTOS ADSCRITOS AL TRÁMITE DEL PROCESO VERBAL SUMARIO

El art 390 del CGP señala que seguirán el trámite del proceso verbal sumario además de los asuntos contenciosos de mínima cuantía, los siguientes en consideración a su naturaleza:

1. Controversias sobre propiedad horizontal de que tratan los artículo 18 y 58 de la ley 675 de 2001.

La referida ley en el art. 18 se ocupa de las obligaciones de los propietarios respecto de los bienes de dominio privado, haciendo énfasis en el adecuado uso de los *mismos* y destaca la

de ejecutar las reparaciones de manera pronta para evitar que su ‘‘omisión pueda ocasionar peijuicios al edificio o conjunto o a los bienes que lo integran, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por las que deba responder.” , abstenerse de adelantar construcciones no autorizadas, de modo que este proceso es una solución para dirimir conflictos de esa índole, aun cuando lo mejor es acudir inicialmente a la autoridad policiva.

La remisión al art. 58 de la ley tiene mínima utilidad pues dicha norma se ocupa de señalar en esencia soluciones extraprocesales, “sin perjuicio de la competencia propia de las autoridades jurisdiccionales”.

2. Fijación, aumento, disminución, exoneración de alimentos[1] y restitución de pensiones alimenticias, cuando no hubieren sido señalados judicialmente, disposición a la cual se adiciona lo señalado en el parágrafo segundo del art. 390 en el sentido de que: “ Las peticiones de incremento, disminución y exoneración de alimentos se tramitarán ante el mismo juez y en el mismo expediente y se decidirán en audiencia, previa citación a la parte contraria, siempre y cuando el menor conserve el mismo domicilio.”

3. Las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en

1 La exoneración de alimentos, tema poco frecuente, se presenta cuando quien los está suministrando considera que ya no tiene esa obligación y demanda para que la sentencia determine que la misma cesa. Al respecto recomiendo la lectura de la sentencia de la Corte Constitucional T-3516725 del 24 de octubre de 2012 que señala unos interesantes derroteros con relación al punto.

éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

4. Los contemplados los artículos 913, 914, 916, 918, 931, 940 primer inciso, 1231, 1469 y 2026 del Código de Comercio.

El art. 913 se ocupa de la venta "sobre muestras o calidades definidas"; el 914 de las compras de géneros que no se tengan a la vista y de calidad no determinada; el 916 de las objeciones del comprador al recibo de los bienes; el 918 de la venta de cuerpos ciertos que resultaron inexistentes; el 931 se ocupa de las objeciones del comprador por defectos de calidad o cantidad; el 941 inciso primero se refiere a "cuando el comprador, al recibir la cosa, alega no ser esta de la especie o calidad convenida"; el 1231 se refiere al derecho del fiduciante y del beneficiario para que el fiduciario preste caución que garantice o que realice el inventario de los bienes; el art. 1469 se refiere a las diferencias entre copropietarios de naves en orden a la necesidad o no de su reparación y el art. 2026 pone de presente que la regulación por expertos o peritos a que se refiere la norma sigue el trámite del proceso verbal sumario.[2]

5. Lós relacionados con los derechos de autor previstos en el artículo 243 de la Ley 23 de 1982, norma que señala: " No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los jueces civiles municipales, conocerán, en una sola instancia y en juicio verbal

2 Destaco que los artículos del Código de Comercio 2027 referente a ia designación de los peritos que se refiere a su posesión. 2029 atinente a las tachas y recusación, 2030 que menciona lo concerniente con el dictamen, 2031 y 2032 que regulaban la sentencia y su apelación, fueron derogados por el art. 626 del CGP

las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios; por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163 de esta Ley."

6. Los de reposición, cancelación y reivindicación de títulos valores, que señala el trámite de proceso verbal sumario para tales actuaciones, que ya no se seguirán rigiendo por lo señalado en los artículos 802 a 811 del C. de Co[3]., tema del cual me ocuparé en detalle al analizar la disposición especial prevista en el art. 398 del CGP.

7. Los que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro.

8. Los de lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales.

9. Los que en leyes especiales se ordene tramitar por el proceso verbal sumario.

Destaco que varios de los procesos enlistados en el art. 390 tienen disposición adicional que asigna especiales previsiones

3 También el art. 626 del CGP derogó los siguientes artículos del C. De Co.: 804 que mencionaba el juez competente para conocer de este proceso, 805 que se referia a la demanda y su publicación, 806 que exigía al demandante prestar caución para suspender el cumplimiento de las obligaciones derivadas del título, 807 que mencionaba la suspensión e interrupción de la caducidad, 808 regulador del trámite del proceso, 809 referente a las medidas cuando se presenta oposición, 810 que se refería a la oposición de tercero a la cancelación, 811 atinente a la ejecución de la sentencia, 812 referido al pago de títulos vencidos, 813 y 814 que mencionaban el depósito total o parcial del importe del titulo, 815 que se mencionaba el decreto de cancelación del título no vencido y el 816 referente a la caducidad del nuevo título.

para su trámite. Empero, dentro de esas normas están incluidas algunos procesos que no se encuentran mencionadas en el art. 390, lo cual genera confusión.

En efecto, dentro del capítulo II que establece las disposiciones especiales del proceso verbal sumario, están el art. 394 destinado a la "Prestación, mejora y relevo de cauciones", el art. 395 asignado para la "Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo" y el art. 396 que se refiere a la "Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa", procesos que no menciona el art. 390 del CGP.

Destaco que el hecho de existir norma especial que ubique como proceso verbal sumario una determinada actuación, así no esté en la lista general, no permite interpretación diferente a la de que debe ser tramitada como tal, conclusión a la que se arriba si se tiene en cuenta que el mismo art. 390 del CGP en el numeral 8º señala que siguen este curso los asuntos que "en leyes especiales se ordene tramitar por eí proceso verbal sumario", de manera que en lo que concierne con la prestación mejora y relevo de cauciones y los conflictos originados con la patria potestad, este es el trámite a seguir y, por ende, serán actuaciones de única instancia.

Empero en lo que concierne con la inhabilitación y habilitación de persona con discapacidad mental, no es viable la misma conclusión debido a que existen otras normas que señalan lo contrario, es decir que se trata de proceso con dos instancias, contradicción que se debe resolver aplicando la solución más garantista, que, sin duda es la de que este proceso debe ser de dos instancias.

Al respecto me identifico con lo que el profesor Ramiro Bejaraño[4] comenta en el sentido de que: "en el caso del trámite de la inhabilitación y rehabilitación del incapaz relativo es clarísimo que el proceso es de dos instancias. En efecto, en primer término este proceso está enlistado dentro de los asuntos de que conoce en primera instancia el juez de familia, según lo previsto en el numeral 7 del artículo 22 del Código General del Proceso, y, adicionalmente, el inciso 2º del artículo 396 del mismo estatuto, prevé que el auto que decrete la inhabilidad provisional "será apelable en el efecto devolutivo; el que deniegue la inhabilitación lo será en el efecto diferido". Es decir, si el propio articulado previo que se tramita en primera instancia y además la apelabilidad de la decisión sobre la medida cautelar, es porque este proceso será de dos instancias y no de única. No tendría sentido sostener sería de única instancia en la decisión de fondo, pero de doble instancia respecto de la providencia que se pronuncia sobre la medida cautelar de la inhabilitación provisional. En consecuencia este es un proceso verbal sumario que sin embargo es de doble instancia."

Reitero, entonces, que no es que este proceso en su trámite se convierta en verbal. En absoluto, seguirá los pasos del verbal sumario, solo que tiene las dos instancias cualquiera de las providencias que dentro del mismo se profiera y que a la luz de las reglas generales de la procedibilidad de la apelación consagradas en el art. 321 del CGP permitan este recurso, aplicándose para su trámite, como lo advierte el profesor Bejarano, por analogía, las normas que regulan la segunda instancia en el proceso verbal "según lo previsto en el artículo 12 del Código General del Proceso."

4 BEJAJRANO Ramiro, Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos, Ed. Temis, Bogotá, 6ª edición, 2016, páginas 206 y 207.

3. TRÁMITE DEL PROCESO VERBAL SUMARIO

Los artículos 391 y 392 del CGP, son las disposiciones que se ocupan de indicar los pasos que deben ser observados para tramitar el proceso verbal sumario, extrayéndose de su lectura que los iniciales son similares a los de todo proceso declarativo verbal en lo que tiene que ver con demanda, notificación y traslados iniciales, con ciertas adiciones de rara utilización que adelante comento.

Ciertamente, lo que concierne con requisitos de la demanda, admisión de ella, traslado y contestación, se rige por los artículos 82 a 95 del CGP, con la advertencia carente de toda lógica procesal consignada en el inciso segundo del art. 391 en el sentido de que: "Sólo se exigirá la presentación de los anexos previstos en el artículo 84 cuando el juez los considere indispensables".

Si se recuerda que la norma mencionada es la que se refiere a los anexos de la demanda tales como poder, pruebas de existencia y representación, documentos en poder del demandante, a este le resulta imposible, a priori, determinar si en el criterio del juez pueden ser o no "indispensables", de ahí que siempre se van a presentar, pues no veo a un demandante absteniéndose de hacerlo sugiriéndole al juez que diga que no son indispensables.

Prevé este artículo que "La demanda también podrá presentarse verbalmente ante el secretario, caso en el cual se extenderá un acta que firmarán éste y el demandante. La demanda escrita que no cumpla con los requisitos legales, podrá ser corregida ante el secretario mediante acta."

Bien se observa que esta previsión, que si bien es pertinente aplicar en cualquier proceso verbal sumario, está destinada esencialmente para aquellos casos de quienes litigan en nombre propio y no son abogados, donde será deber del secretario prestar la colaboración del caso en orden a adecuar lo que el demandante pretende con los requisitos del libelo, de ahí la justificación de que el empleado del despacho le dé en el acta forma de demanda a lo que verbalmente solicita el querellante, reitero sin que interese para nada que este sea abogado y que actúa como apoderado o en nombre propio , para que cuando pase al juez se encuentre adecuado en lo que a aspectos formales concierne.

Cierto es que la disposición no determina que esta tarea secretarial sea sólo para quienes no son abogados, pero es de suponerse que frente a éstos no será necesario ejecutarla, dado que se presume que tales aspectos elementales los conoce el letrado.

Como las disposiciones sólo se justifican en cuanto a que tengan aplicación práctica, es lo cierto que esta previsión, desafortunada como varias del proceso verbal sumario,[5] rara es la aplicación que tiene debido a que usualmente el ciudadano, así sea de escasos recursos, acude a un abogado; de otra parte, ella ha dado lugar para que algunos secretarios cobren ilegalmente por la asesoría; esta ayuda así se haga como lo señala la ley, es decir

5 PARRA QUIJANO JAIRO, *Derecho procesal civil*, parte especial, t. II, 1995, págs. 202 y 203 coincide en formular duras críticas a este proceso y pone de presente que "Es cierto que se debe pregonar la independencia del derecho procesal, pero no tanto como cuando se redactan trámites procesales sin saber los • ¡asuntos del derecho material a los cuales va a servir"; advierte además, que si no se armoniza el proceso verbal sumario con la parte general "los procesos resultarían un verdadero desastre". Esta apreciación *si* bien esta predicada del derogado estatuto mantiene toda vigencia.

como una función propia del cargo y sin contraprestación alguna, ni siquiera se justifica para asuntos de mínima cuantía, con mayor razón no lo es para los restantes, por ser lo cierto que coloca al funcionario judicial en una posición parcializada, pues al fin y al cabo es él quien termina siendo el redactor de la demanda y dada la importancia del secretario dentro del despacho es humana la tendencia a tratar sacar avante "su demanda".

El término del traslado para que se conteste por escrito será de diez días, aun cuando debe advertirse que dentro de esta oportunidad los derechos que normalmente puede ejercitar el demandado en los procesos verbales se ven restringidos por lo consignado en el inciso final del art. 392 del CGP que señala: "En este proceso son inadmisibles la reforma de la demanda, la acumulación de procesos, los incidentes, el trámite de terminación del amparo de pobreza y la suspensión de proceso por causa diferente al común acuerdo. El amparo de pobreza y la recusación sólo podrán proponerse antes de que venza el término para contestar la demanda,"

Dentro del término anterior es posible proponer excepciones previas cuyo trámite señala el inciso séptimo del art. 391 al indicar que "Los hechos que configuren excepciones previas deberán ser alegados mediante recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda. De prosperar alguna que no implique la terminación del proceso, el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso pueda continuar; o, si fuere el caso, concederá al demandante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos so pena de que se revoque el auto,admisorio."

Lo anterior pone de presente que contrariamente a lo que es usual dentro del recurso de reposición, donde normalmente no se permite allegar pruebas diversas a las que tuvo el fallador para tomar la decisión recurrida, cuando se emplea para presentar una excepción previa dentro del proceso verbal sumario, nada impide que se adjunten las que sean necesarias para que se decida lo pertinente, pues tampoco puede perderse de vista que no existe un término probatorio dentro de este especial trámite, lo que evidencia la necesidad de adjuntar los medios de prueba con el recurso de reposición por el demandado y las que estime necesarias el demandante con el escrito donde descorre el traslado que se le debe dar de la reposición.

Si el demandado al contestar la demanda propone excepciones perentorias, el escrito se mantendrá en traslado por tres días a disposición del demandante para que pueda solicitar pruebas acerca de los hechos en que se fúndan aquellas, disposición idéntica a la del proceso verbal (en el que el traslado es por cinco días) en lo que a su concepción concierne, de ahí que me remito a lo comentado con ocasión del proceso verbal en lo que a este tema respecta.

En otra ilógica redacción, señala el inciso quinto del art. 391 del CGP que "El término para contestar la demanda será de diez (10) días. Si faltare algún requisito o documento, se ordenará, aún verbalmente, que se subsane o que se allegue dentro de los cinco (5) días siguientes."

Es esta una disposición sin pies ni cabeza, ni siquiera entra en el campo de "delirio procesal", pues es un galimatías expresión que según el DRAE significa: "Lenguaje oscuro por la im

propiedad de la frase o por la confusión de las ideas. Confusión desorden, lío.", y eso es lo predicable de este numeral.

El cuestionamiento es simple desde el punto de vista práctico, cómo puede actuar el juez "verbalmente" frente a la contestación de la demanda para ordenar que se subsane la misma o se allegue el documento faltante, si esto tan solo lo puede verificar

después de contestada la demanda.

Y si lo hace verbalmente en qué audiencia es que lo podrá hacer ¿ ¿? Cuándo vencen los cinco días ¿?

A los teóricos de escritorio artífices del exabrupto remito la solución sin que importe lo que opinen, pues se trata de hipótesis que nunca se dará.

Y prosiguiendo con la tónica de legislar a espaldas de la realidad, o mejor en contra de ella, adiciona la norma que "La contestación de la demanda se hará por escrito, pero podrá hacerse verbalmente ante el secretario, en cuyo caso se levantará un acta que firmará este y el demandado. Con la contestación deberán aportarse los documentos que se encuentren en poder del demandado y pedirse las pruebas que se pretenda hacer valer. "

Si para expedir una copia los secretarios pretextan exceso de trabajo, que no dirán cuando quien acude a ellos, insisto incluso abogados que apoderan, les piden que siente el acta para dictar la contestación, lo que además va en contravía de la orientación del CGP en el sentido de responsabilizar a las partes de cumplir

con actuaciones procesales antes de cargarlas a los funcionarios judiciales[6].

Surtidos los pasos antes señalados que, como el tiempo lo demostrará se cumplirán por escrito ante el absurdo práctico de las regulaciones a la oralidad pura antes señaladas, indica el art. 392 del CGP que "el juez en una sola audiencia practicará las actividades previstas en los artículos 372 y 373 de este código, en lo pertinente. En el mismo auto en el que el juez cite a la audiencia decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere.", es decir se aplica lo ya explicado con relación al proceso verbal solo que en audiencia única, como también ha debido ocurrir en este.

Se establece la ilógica limitación acerca de que "No podrán decretarse más de dos testimonios por cada hecho, ni las partes podrán formular más de diez (10) preguntas a su contraparte en los interrogatorios.", pues se partió de la errada idea de que en este proceso tan solo se ventilan asuntos de poca **significación,** tal vez por estimarse que todos son de mínima cuantía, lo que es un error grave tal como antes lo expliqué y se adiciona que " Para ,1a exhibición de los documentos que se solicite el juez librará oficio ordenando que le sean enviados en copia. Para establecer los hechos que puedan ser objeto de inspección judicial que deba realizarse fuera del juzgado, las partes deberán presentar dictaminen pericial.", lo que tampoco es del todo atinado pues existen eventos en los cuales la prueba de inspección judicial no es po-
4S|sible suplirla con la pericial, aun cuando en la mayoría de los

---

La regulación del proceso verbal sumario es el principado de los delirios ^Jpfocesales. La monarquía está en la del proceso monitorio del que me ocupo adelante.

casos si es pertinente hacerlo, de modo que el juez puede en esos eventos excepcionales decretar la inspección judicial de oficio si lo estima necesario[7].

Al cúmulo de eirores se adiciona la contradicción de lo señalado en el art. 391 acerca de que no podrán las partes formular más de diez (10) preguntas a su contraparte en los interrogatorios.", con lo señalado en el art. 198 del CGP acerca de que el interrogatorio de parte puede ser no solo a la contraparte sino a la misma parte, tal como atrás se explicó con detalle, de manera que por ser la primera norma especial prima sobre lo indicado en el art. 391 y se debe entender que la reducción de las diez preguntas no es solo para el interrogatorio a la contraparte sino a la misma parte *si* así se solicitó.

4. DISPOSICIONES ESPECIAJLES PARA ALGUNOS PROCESOS VERBALES SUMARIOS

4.1. *Lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales*

Señala el art. 393 que "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 984 del Código Civil, la persona que explote económicamente un predio **rural que** hubiere sido privadá'de hecho, total o parcialmente, de la tenencia material del mismo, om haya mediado su consentimiento expreso o tácito u orden de autoridad

7 Si bien formé parte de la comisión redactora del proyecto de CGP, tal como lo digo en la presentación de mi obra de la parte general Dupre Editores, Bogotá, 2016, eso no significa que comparta todo lo aprobado, pues en aspectos discutidos y este lo fue, primó tomar partido por lo que decidiera la mayoría. Por eso solo que queda la enorme satisfacción de los vencidos cuando el tiempo les da la razón indicar: SE LOS *DIJE* !!.».

competente, ni exista otra causa que lo justifique, podrá pedir al respectivo juez agrario que efectúe el lanzamiento del ocupante."

Considero que esta norma no tiene aplicación debido a que concretamente se refiere al lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales que estaba prolijamente desarrollado en el decreto 2303 de 1989, cuyos artículos 98 a 111 se ocupaban del tema.

Si se tiene en cuenta que el referido decreto 2309 fue expresamente derogado por el art. 626 del CGP, la disposición legal cae en el vacío.

Empero, estimo que como el art. 984 del Código Civil que señala en el inciso primero: "Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto no~one probar más que «Jespojo violenio, m se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses.", otorga la protección adecuada para casos que antes estaban contemplados dentro del lanzamiento por ocupación de hecho, se podrá acudir al proceso de restitución de tenencia bajo los parámetros propios del proceso verbal sumario en única instancia, sin peijuicio de intentar la acción policiva.

4.2. *Prestación, mejora y relevo de cauciones y **garantías***

El art. 394 del CGP señala para este proceso verbal sumario que: "Cuando la sentencia ordene la prestación, el relevo o

la mejora de una caución, personal o real, el juez prevendrá al demandado para que cumpla lo dispuesto dentro del término que señale. En caso de incumplimiento se condenará al demandado a pagar diez (10) salarios mínimos mensuales a favor del demandante y a indemnizarle los peijuicios por el incumplimiento de la obligación de hacer."

La previsión especial es para la hipótesis de que la sentencia sea estimatoria de la demanda y disponga la prestación, la mejora o el relevo de la correspondiente caución, proceso de escasa utilización, por ser de rara ocurrencia.

Indica el art. 394 que el juez en la sentencia señalará al demandado un plazo para que preste la caución, la releve o la mejore y caso de que así no suceda: "Se condenará al demandado a pagar diez salarios mínimos mensuales a favor del demandante", o sea que se trata de condena única y no es posible entender, afortunadamente, que es por cada mes de mora del demandado en cumplir con la orden ae\ juez que se causa la suma que este señale, condena puede imponerse desa* u, sentencia misma, condicionada a que no se cumpla con la obligación d«ntro del plazo otorgado.

Este sistema releva al juez, en la hipótesis de que el demandado no cumpla, que deba el demandante presentar petición para que se imponga la condena ya que le bastará señalar que no se ha observado lo dispuesto por el juez para adelantar el correspondiente proceso de ejecución en busca de que se pague la sanción.

4.3 *Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo*

Ante todo debo poner de presente que en esencia se trata de dos procesos diferentes, pues uno es el que toca con la patria potestad y otro con la remoción del guardador y es así como al respecto se presentan regulaciones confusas en materia de asignación de la competencia, debido a que el art. 21 del CGP en el numeral 9º asigna a los jueces de familia en única instancia el conocimiento de "las controversias que se susciten entre padres o cónyuges, o entre aquellos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad y los litigios de igual naturaleza en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos."

Se observa que las controversias atinentes al ejercicio de la patria potestad tienen que ver con pérdida, suspensión y restablecimiento de la patria potestad pues no veo que otro alcance tenga la norma; empero, el art. 22 del CGP en el numeral 4º asigna a los jueces de familia en primera instancia el conocimiento de ios pro- ¡ ;:cesos referentes a "la pérdida, suspensión y rehabilitación de la ¡ ¿patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos", con lo que es palpable la falta de armonía entre las dos normas, / de ahí que es menester sentar posición respecto a cuál debe ser la =aplicable, pues si bien las dos apuntan a que el proceso es verbal ¿ ¿sumario, tema claramente establecido, en un caso de de única y en el otro de primera instancia.

L..; Tomo partido por la interpretación garantista es decir que ¿este proceso se conoce en primera instancia por los jueces de familia, interpretación que también predico del proceso de remo-

ción de guardador en consideración a que el numeral 5º del art. 22 señala que el juez de familia conoce en primera instancia "De . la designación y remoción y determinación de la responsabilidad de los guardadores".

En conclusión, estos procesos se tramitan como verbales sumarios pero tienen dos instancias.

Destaco que el parágrafo 2º del art. 396 dispone que: "Cuando la demanda la promueva el mismo inhabilitado el proceso será de jurisdicción voluntaria.", de manera que para este raro evento de que sea el mismo "presunto" inhabilitado quien demande, en un acto de "lucidez" que de haberla tenido posiblemente no hubiera dado lugar al proceso, el trámite, no la competencia, varía. Oh j j ¡ los delirios procesales ¡ ¡ ¡ ¡ ¡.

El art. 395 dispone en el inciso primero que: "Cuando el juez haya de promover de oficio un proceso sobre privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad, o remoción del guardador, dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, de cuyo contenido dará traslado a la persona contra quien haya de seguirse el proceso, en la forma indicada en el artículo 91."

Esta norma tiene, como aspecto de particular importancia, la característica de marcar un derrotero legal acerca de la forma como debe actuar el juez civil o de familia en todos aquellos casos en los cuales les está permitido proceder de manera oficiosa, por cuanto los eventos en ella contemplados, a más de otros señalados por disposiciones especiales, autorizan para proceder aún de oficio.

En efecto, se debe tener presente que el artículo 315 del C. C., se refiere a la emancipación judicial y destaca que en los casos allí previstos "podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio".

Siempre que el juez civil o de familia va a proceder de manera oficiosa, de idéntica forma a como lo haría el fiscal en el campo penal, debe proferir un auto "que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone", que no es la de privar o suspender en el ejercicio de la patria potestad o remover al guardador, como se pudiera pensar, porque tal actitud implicaría prejuzgamiento, sino verificar si los hechos de que ha tenido conocimiento son ciertos y ameritan proceder en la forma indicada, por cuanto de la misma manera que en materia penal se adelanta el proceso en orden a precisar si existió violación del estatuto punitivo, igualmente el juez de familia la llevará a cabo para determinar si existió incumplimiento en los deberes del padre o guardador y, de así ocurrir, procederá de conformidad.

De acuerdo con el inciso segundo: "Quien formule demanda con uno de los propósitos señalados en el inciso anterior o para la privación de la administración de los bienes del hijo, indicará el nombre de los parientes que deban ser oídos de acuerdo con el artículo 61 del Código Civil, los cuales deberán ser citados por aviso *o* mediante emplazamiento en la forma señalada en este código."

Naturalmente, como estos procesos igualmente pueden ser promovidos a petición de parte y es lo más frecuente que así suceda, en esta posibilidad se exige como requisito adicional en la Remanda, si se conocen, indicar los nombres de los parientes que,

de acuerdo con el art. 61 del C. C., pueden ser *oídos,* señalando la habitación o lugar de trabajo de ellos, o aseverando que se ignoran, sin que jamás esa circunstancia permita suponer que ellos tienen la calidad de demandados.

Si se dan las direcciones, la citación de los parientes se surte mediante aviso, pero si se ignora su localización, incluso si se desconoce si existen, la citación se hará por medio de emplazamiento.

Se observa que el requisito de la citación queda cumplido por el hecho de surtir la notificación por aviso o realizar el emplazamiento, sin que sea necesaria ninguna otra formalidad, pues se trata de hacer un llamado a esos parientes para que, si lo tienen a bien, concurran, y no para notificarles a ellos la existencia del proceso, de ahí que no proceda designarles curador *ni tampoco dar un plazo perentorio para su comparecencia* porque este emplazamiento no tiene los fines propios de la notificación del auto admisorio de la demanda.

El auto de iniciación del proceso o el admisorio de la demanda, se notificará en la forma indicada para el admisorio de toda demanda lo cual pone de presente que deberá serlo de manera personal, pues es equivalente al que admite la demanda y ordena dar traslado de ella, de donde se infiere que a quien se notifica debe contar con el mismo plazo que para responder la demanda dentro del proceso verbal sumario existe, o sea diez días, para manifestar lo que a bien tenga frente al auto del juez, acompañar pruebas y solicitar las que estime necesarias, luego de lo cual el proceso seguirá el trámite propio de todo verbal sumario, pues lo único que varía es la etapa correspondiente a su iniciación dado que no existe, en la hipótesis de la actuación de oficio, demanda.

Finalmente, el parágrafo de esta norma advierte que: "Cuando se prive al padre o madre de la administración de los bienes del hijo, una vez ejecutoriada la sentencia el juez proveerá el curador adjunto mediante incidente, salvo que el otro padre o madre conserve la representación legal."

4.4. *Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa*

Ante todo, una necesaria precisión y es la de que este proceso concierne con lo señalado en art. 32 de la ley 1306 de 2009 "por la cual se dictan normas para la protección de personas con , discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados", cuyo artículo 32 dispone que "las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio podrán ser inhabilitados para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aún por el mismo afectado."

Uno de los aspectos que se desarrollan en esta disposición . es lo que en terminología anterior, pero para referirse al mismo concepto, se denominaba prodigalidad, respecto de la cual la Corte Suprema de Justicia[8] se ha referido y define al *pródigo* en frase impregnada de gran sentido jurídico que, por breve, es doblemente bella, como: "El que no tiene fin ni medida en sus gastos, : y que disipa todo su patrimonio con loca profusión" y, adiciona

8 39 Sentencia de octubre 27 de 1938, "G. J." t. XLVU, pág. *268.*

en la misma sentencia que: “La prodigalidad es así una especie de desequilibrio mental particularizado por una pasión desbordada y morbosa como la que se tiene por el juego, la embriaguez, el boato, los litigios, etc., que se diferencia radicalmente de la imbecilidad o idiotismo y de la demencia, establecidos también por la ley como fuente de interdicción judicial, pues al paso que el pródigo obra en sus actos voluntaria y conscientemente, pero bajo el imperio de determinado desvarío pasional, el idiota o el demente son por el contrario débiles mentales cuya voluntad y juicio sufren eclipses en mayor o menor grado”.

Para determinar la competencia en ese proceso se debe tener presente que por disposición del art. 22 numeral 7º del CGP la asigna al juez de familia en primera instancia el señalar que conoce “De la interdicción de personas con discapacidad mental absoluta, de la inhabilitación de personas con discapacidad mental relativa, y de su rehabilitación, así como de las autorizaciones de internación o libertad de personas con discapacidad mental absoluta.”, y lo será en primera instancia el juez de familia del domicilio del demandado, tema antes explicado.

Es eí art. 396 la disposición especial que advierte que: “El proceso de inhabilitación se seguirá con audiencia de la persona con presunta discapacidad mental relativa o inhábil negocial. En la demanda podrá pedirse la inhabilitación provisional, y la solicitud se decidirá en el auto admisorio de la demanda.”, pero adiciona en el parágrafo tercero que: “ En lo pertinente, las normas procesales contenidas en la ley 1306 de 2009 se aplicarán a los procesos de inhabilitación.”

La demanda la puede presentar cualquiera de las personas mencionadas en el art. 532 del C. C., a saber: el cónyuge, cualquiera de sus consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, sus padres, sus hijos y hermanos extramatrimoniales, y aun el ministerio público.

El artículo 532 del C. C., dispone que puede promover el proceso de interdicción el cónyuge no divorciado del supuesto disipador, aspecto que requiere de una precisión.

Bien se sabe que antes de la reforma del decreto 2820 de 1974, el divorcio estipulado en el Código Civil equivalía a lo que hoy es la separación de cuerpos, por cuanto tal “divorcio” no ponía fin al vínculo matrimonial. A partir de la ley Iª de 1976, cuando la separación de cuerpos y el divorcio existen como figuras claramente diferenciadas, resulta claro que no podrán promover el proceso ni el cónyuge divorciado ni el separado de cuerpos por cuanto se carecería de interés jurídico para accionar.

Esta interpretación surge a la luz de lo ordenado por el num. 1 del art. 51 del decreto 2820 de 1974, según el cual se deferirá la curaduría del interdicto por prodigalidad al “cónyuge, siempre que no esté divorciado ni separado de cuerpos”, es más, la norma agrega que tampoco al separado de bienes, salvo que esa separación haya sido realizada de mutuo acuerdo, caso en el cual sí podrá ser designado como curador del interdicto.

Sin embargo, siempre que se pueda tener interés en la interdicción de un disipador y se carezca de la expresa aptitud legal para formular demanda, el interesado puede dirigirse al agente del ministerio público para que éste, como representante y defen

sor de los intereses sociales en general, promueva el proceso de interdicción. En consecuencia, cualquier persona puede buscar, así sea indirectamente, que se separe de la administración de sus bienes (objeto básico del juicio) al presunto pródigo, informando al ministerio público para que promueva la acción.

El presunto disipador es plenamente capaz mientras no se declare lo contrario y podrá designar su apoderado y realizar todos los actos propios de una persona completamente hábil, como hasta ese momento lo es; al señalar el art. 396 del CGP que el proceso se seguirá con audiencia de la persona con presunta discapacidad mental relativa o inhábil negocial, como lo es el supuesto disipador, debe entenderse que éste tiene la calidad de demandado y todas las prerrogativas inherentes a dicha situación procesal.

Probatoriamente, como lo dice el art. 534 del Código Civil, deberá acreditarse la disipación mediante "hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia", que se manifiesta en una notable pérdida del activo patrimonial que pone en peligro la estabilidad económica del presunto pródigo y de su familia, de ahí que será en relación con cada caso concreto que debe ser analizada la eventual prodigalidad, pues lo que puede ser calificado de malbaratamiento de sus bienes para uno, puede ser un simple acto de generosidad para otro.

El artículo 396 del CGP indica que: "en la demanda podrá pedirse la inhabilitación provisional y la solicitud se decidirá en el auto admisorio de la demanda", lo que no impide que dicha petición se presente posteriormente en cualquier momento; no veo obstáculo alguno para que esta medida preventiva pues no de otra cosa se trata, pueda tomarse en cualquier estado del proceso

antes del fallo de primera instancia a petición del demandante, pues sería ilógico que si en la demanda no se solicitó la interdicción provisional, no se pudiera realizar posteriormente si las circunstancias así lo exigen, aun cuando es lógico asumir que debe realizarse la solicitud desde un primer momento.

De otra parte, si la citada norma desarrolla lo previsto en el art. 535 del C. C., se llega a la inequívoca conclusión de que la interdicción provisional se puede solicitar y tramitar en cualquier estado del proceso, desde la presentación de la demanda hasta antes de la sentencia de primera instancia. Según el art. 535 del C. C., "mientras se decide la causa podrá el juez o prefecto" decretar la interdicción provisional; de suerte que esta disposición no establece límite alguno, pues "mientras se decide la causa" significa curso del proceso, sin que pueda limitarse a la oportunidad de presentación de la demanda.

Como es la constante en la regulación de este proceso, prosiguen graves inconsistencias pues se advierte en el numeral Iº que la solicitud de inhabilidad "se decidirá en el auto admisorio de la demanda", para, a renglón seguido adicionar que: "Admitida la demanda, el juez decretará las pruebas que estime convenientes y dispondrá que se practique el examen sicológico u ocupacional del presunto inhábil por un equipo interdisciplinario. En el auto que decrete la inhabilitación provisional se nombrará el consejero interino."

Al rompe se advierte que si las pruebas que se deben practicar y el obligatorio examen sicológico u ocupacional, son para ilustrar el criterio del juez, mal puede este en el auto admisorio de la demanda decretar la inhabilidad si no cuenta con ningún

medio idóneo de convicción que le permita sustentar la decisión, que conlleva además designar el consejero provisional.

También en un paso igualmente carente de sentido adecuado de la aplicación del principio de la economía procesal, se indica que en la sentencia que decreta la inhabilitación "la provisión de consejero se hará en el mismo proceso por el procedimiento señalado para la guarda", cuando lo aconsejable hubiera sido mantener el designado de manera provisional que se supone reúne los requisitos para desempeñar la función.

Empero y así la norma nada disponga, considero que ante casos urgentes de decretar la inhabilitación provisional, es viable que con la demanda se adjunten pruebas, al menos sumarias, que evidencien la necesidad y que el juez así lo ordene en el auto admisorio de la demanda.[9]

Decretada la inhabilitación en la sentencia, la provisión de consejero se hará en el mismo proceso por el procedimiento señalado para la guarda y una vez entre en funciones el consejero designado debe cumplir las previsiones del parágrafo primero del art. 396 del CGP, a saber: "hará un inventario de los bienes que recibe en administración, previo avalúo hecho por perito.", aspecto sobre el que surgen nuevos interrogantes, el primero de los cuales es para qué el avalúo si no se trata de vender bienes; empero, aceptando en gracia de discusión que fuere menester el

9 El art. 36 de la ley 13 06 dispone: "Inhabilitación provisional: Mientras se decide la causa, el Juez de Familia podrá decretar la inhabilitación provisional. Dicha inhabilitación se limitará a ordenar que todos los actos de enajenación patrimonial cuyo valor supere los quince (15) salarios mínimos legales mensuales sea autorizado por un Consejero legítimo o dativo designado en el mismo acto de inhabilitación."

mismo, la pregunta es quien designa el perito avaluador si el consejero o el juez, pues la norma nada indica, de ahí que me inclino porque esa designación, la haga el consejero como parte de sus funciones e informe del resultado al proceso.

La sentencia que decreta la interdicción debe registrarse y publicarse conforme lo indica el art. 536 del C. C., a fin de dar suficiente publicidad a la determinación y asegurar que no se asalte la buena fe de los terceros que contraten con el incapaz relativo y recuerdo que el parágrafo tercero del art. 396 indica que además en este proceso se aplican "las normas procesales contenidas en la ley 1306 de 2009", abierta remisión que sigue creando problemas interpretativos, el primero: cuáles son "las normas procesales" de la referida ley ¿?, lo que es tanto más incierto si se considera que el art. 626 del CGP derogó expresamente todas las normas de la sección tercera de la ley 1306 de 2009 intituladas "Procedimiento", como lo eran los artículos 40 a 45.

5. REHABILITACIÓN DEL INHABILITADO

Un inhabilitado declarado, es decir, un incapaz relativo, bien puede considerar que las causas que dieron origen a su conducta han desaparecido y que está en condiciones de administrar normalmente sus bienes, en suma, que no se justifica mantener la inhabilitación.

Ante el mismo juez que decretó su inhabilitación puede promover ei cese de la misma, competencia que surge de lo señalado en el art. 46 de la ley 1306 de 2009 en el que se indica: "Será competente para conocer de todas las causas relacionadas con la capacidad o asuntos personales del interdicto, el Juez que

haya tramitado el proceso de interdicción. Cuando sea necesario adelantar un proceso por cuestiones patrimoniales del pupilo, responsabilidad civil o por cambio de domicilio ante un Juez distinto del que declaró la interdicción, deberá solicitarse la copia del expediente para dar curso a la actuación.

En todo caso, el Juez que tramitó el proceso de interdicción conservará el original del mismo en su archivo y a este se anexarán copias de la actuación surtida en cualquier otro Despacho Judicial."

En este orden de ideas se tiene que bien auxiliado por su consejero o invocando el art. 55 del CGP, puede solicitar al juez se le designe un apoderado especial o se ratifique el designado por él para iniciar el proceso verbal tendiente a obtener su rehabilitación, demostrando en la etapa probatoria que las circunstancias que dieron lugar a su interdicción desaparecieron y que, por consiguiente, no se justifica que continúe en calidad de incapaz relativo.

De otra parte, en este proceso no puede hablarse propiamente de demandado (es obvio que esta calidad no puede predicarse de quienes solicitaron la inhabilitación); no obstante creo que el auto **admisorio** de la demanda y el respectivo traslado deben ser notificados a quienes lo promovieron como demandantes, pues su intervención puede contribuir al acierto de la determinación que se debe tomar y, en todo caso, a quien desempeña el cargo del consejero del interdicto, salvo sí éventualmente este patrocina la demanda por estimar que su pupilo debe ser rehabilitado.

Bien se comprende que la sentencia que se dicta en estos procesos es de las'previstas en el art. 304 numeral 2o del CGP.,

pues no hace tránsito a cosa juzgada material, porque siempre deciden una situación susceptible de modificación posterior. El hecho de la inhabilitación no impide adelantar el proceso de rehabilitación, y el triunfo de la pretensión en este último tampoco obsta para que, si las circunstancias, lo requieren, pueda iniciarse un nuevo proceso, tal como lo permite el art. 38 de la ley 1306 al indicar que: "El Juez decretará la rehabilitación del inhabilitado a solicitud de éste o de su consejero, previas las evaluaciones técnicas sobre su comportamiento. Entre dos (2) solicitudes de rehabilitación deberán transcurrir cuando menos seis (6) meses.", frase esta última que pone de presente que si se niega la rehabilitación no se pierde ei derecho a volverla a demandar, pero no antes de seis meses en cada oportunidad.

6. DISPOSICIONES ESPECIALES PARAELPROCESO DE ALIMENTOS

6.1. *Aspectos generales*

Los vínculos de consanguinidad dentro de los grados señalados por el art. 411 del C. C., la calidad de cónyuge, el parentesco civil (adopción) y haber sido donatario de bienes considerables, dadas determinadas circunstancias de insolvencia económica, son relaciones jurídicas que determinan la obligación de suministrar alimentos a quien requiere urgente e indispensable ayuda que, por otra parte, siempre tiene características provisionales (no interesa que pueda prolongarse por un tiempo largo), por cuanto las condiciones económicas del alimentante o del alimentario pueden variar, extinguiendo o modificando la obligación de suministrar alimentos; es más, incluso puede darse la hipótesis de que se reviva la obligación cuando el juez declaró que no había lugar a

imponer los alimentos debido a que no estaba acreditada la necesidad de ellos y que, posteriormente surja la misma y pueda imponerse una cuota alimentaria.

Si no hay acuerdo directo entre quien debe recibir los alimentos y quien debe suministrarlos (alimentante y alimentario), el CGP tiene señalados diversos medios para obtener el cumplimiento coercitivo de esta obligación, permitiendo que se solicite en ciertos procesos de familia (divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos) como actuación accesoria, o que se adelante un proceso destinado exclusivamente para definir si es del caso imponer dicha obligación, que es precisamente el proceso de alimentos que explicaré a continuación.

El proceso de alimentos está previsto, tal como lo destaca el numeral 2 del art. 390 del CGP, para que se realice por el juez la "fijación, aumento, disminución, exoneración de alimentos y restitución de pensiones alimenticias cuando no hubieren sido se-' ñalados judicialmente", no solamente a solicitud de quien tiene derecho a que se le suministren, como usualmente acontece, sino también por petición del obligado a prestarlos, pues el concepto de demanda para que se haga fijación de cuota de alimentos, se entiende predicado tanto de quien los debe pagar como de quien los va a recibir, aspecto éste de gran importancia, pues se acaba con el sistema extorsivo que algunas personas[10] empleaban para pedir extrajudicialmente sumas exorbitantes bajo la amenaza de

10 No resulta extraño ver como el proceso de alimentos en ocasiones se utiliza más que *como* un medio de obtener legitima ayuda para la subsistencia propia y de los hijos, como una herramienta para molestar al cónyuge que dejó de vivir con el otro, de ahí que ,oo se acepten sus ofertas directas así sean adecuadas y se prefiera la vía de la confrontación judicial.

que si no se accedía a sus pretensiones se acudiría a la justicia y se embargarían bienes del obligado a prestarlos, con el perjuicio que tales medidas conllevan, impulsadas las más de las veces por el deseo de retaliación y de mortificar al otro cónyuge, que de obtener una suma equitativa, de ahí que el obligado puede tomar la iniciativa, pedir que el juez haga la fijación y evitar esos peijuicios, facultad que se desprende de manera inequívoca del art. 397, parágrafo primero, donde se advierte que: "Cuando el demandante ofrezca pagar alimentos y solicite su fijación, se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en este artículo".

Demandar alimentos o suscribir el acuerdo de que trata el art. 24 de la ley Iª de 1976 es conducta de capital importancia. Dado que los alimentos responden a una necesidad inmediata, si- quien tiene derecho a ellos no los solicita o no firma el acuerdo, no puede pedir en la demanda la fijación retroactiva de sumas por tal concepto, pues el derecho sólo se causa desde el momento en que se da alguno de los dos eventos citados y además, cuando se acude al defensor de familia en busca de una conciliación para fijar la cuota alimentaria (Art. 82, numeral 9 ley 1098 de 2006)[11].

La razón es evidente. Si el tiempo transcurrió y no fueron solicitados los alimentos, quiere decir que la persona tuvo otros medios de subsistencia que no hicieron necesario acudir a la forma coactiva que comento.

Según el art. 421 del C. C.: "Los alimentos se deben desde la primera demanda", de modo que una vez solicitados bajo cualquiera de las modalidades antes referidas, es posible, si no se

11 En este evento, caso de no lograrse la conciliación el defensor de familia tiene el poder de "fijar una cuota provisional de alimentos" (Art. 82, num. 13)

pagan, acumular las mesadas no cubiertas pues en este caso una vez fijados ya existe un crédito cierto en favor del alimentario y si no se pagan van incrementando las sumas no atendidas; tan evidente es lo anterior que el art. 426 del C. C. habla, además, de la posibilidad de transmitir por causa de muerte el derecho de demandar las mesadas, entendiéndose que se refiere a las causadas luego de la solicitud o del pacto (éste surte los mismos efectos de la demanda).

Un ejemplo: si María deja pasar ocho meses y no demanda alimentos a los que tiene derecho o no celebra un pacto privado al respecto, cuando los pida no podrá solicitar que se señalen las sumas para esos ocho meses que transcurrieron. Por el contrario, si los solicitó oportunamente y han transcurrido ocho o más meses y no se han pagado las mesadas decretadas, su activo patrimonial se habrá acrecentado con todas las sumas causadas y no canceladas.

Debe, entonces, ser desterrado el malentendido, muy difundido en el país, atinente a que si no se demandan los alimentos ni se ha celebrado pacto al respecto, dejar pasar el tiempo conlleva un ahorro, pues el lapso transcurrido sin haberlos solicitado presume que hasta tanto no se hizo no eran necesarios y precluyó la posibilidad de solicitarlos con carácter retroactivo.

6.2. *La competencia para conocer del proceso de alimentos y sus trámites*

La competencia para conocer del proceso de alimentos la tiene en todos los casos, sin excepción alguna, la jurisdicción de familia y serán los llamados a adelantar este proceso verbal

sumario en única instancia los jueces, de familia, o ios civiles municipales si en el lugar no tiene su sede un juez de familia; se destaca además que por el factor territorial conocerá el juez del domicilio del menor cuando se pidan alimentos para un menor de edad[12] y caso de que así no ocurra será el juez del domicilio del demandado o. el del domicilio común anterior si el demandante lo conserva.

Debe ser reprobada la práctica que he conocido por parte de algunos jueces de familia que adelantan el proceso de alimentos de menores de edad quienes luego de iniciado el mismo se enteran del cambio de domicilio del menor y de inmediato disponen que el proceso pase por competencia al juez de familia o civil municipal donde se asentó el nuevo domicilio, desconociendo la importante regla de la *perpetuatio jurisdictionis* que para este evento no tiene excepción prevista, de modo que una vez iniciado ante el juez que en ese momento es el competente, terminará la actuación, pues lo contrario sería establecer un sistema, a más de ilegal, notoriamente perturbador del orden del proceso. De la misma manera que cuando se inicia un proceso ante el juez del domicilio del demandado, si éste lo altera no varía la competencia, en el proceso de alimentos igual debe acontecer.

12 El art, 24 de la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia señala: "Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto."

De especial interés es destacar que los procesos de alimentos se tramitan usualmente para pedirlos respecto de menores de edad, pero no son los únicos. Siempre que se adelante un proceso pidiendo alimentos, la competencia la tienen los jueces de familia o los civiles municipales, según lo ya explicado, trátese o no de menores de edad y en todos los casos la vía será la del proceso verbal sumario.

La única diferencia está en que cuando se trata de procesos de alimentos para un menor de edad se aplicará como factor territorial no el fuero general, juez del domicilio del demandado, sino juez del lugar del domicilio del menor.[13]

6.3. *Los alimentos provisionales*

Dispone el art. 397 en el numeral 1 que: "1. Desde la presentación de la demanda el juez ordenará que se den alimentos provisionales, siempre que el demandante acompañe prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado. Para la fijación de alimentos provisionales por un valor superior a un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv), también deberá estar acreditada la cuantía de las necesidades del alimentario.", norma que requiere de una especial previsión, debido a que se deja sentado que en todo caso es menester para efectos de pedir alimentos provisionales que se demuestre al menos sumariamente la capacidad económica del demandado, lo que es suficiente para obtener una fijación de cuota mensual hasta de un salario mínimo.

13 El CGP al derogar los artículos 139 a 147 de la ley 2737 de 1989, mantenidos como vigentes 'en el art. 217 la ley 1098 de 2006 eliminó la dualidad de procedimientos para el proceso de alimentos en tratándose de menores de edad.

Empero, si se pide una cantidad mayor, además, es necesario demostrar de igual manera, es decir con prueba al menos sumaria, la cuantía de las necesidades del alimentario.

En estricto sentido, la fijación de los alimentos siempre es provisional por cuanto la carga de la obligación alimentaria depende, de una parte, de la falta de capacidad económica del favorecido con los alimentos y, de otra, de la correlativa prosperidad del alimentante; en consecuencia, si varía la situación económica de alguno de los dos, la suma señalada puede ser disminuida o aumentada o, inclusive, eliminarse completamente, todo ello sin peijuicio de que la obligación suija de nuevo, por ello, la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada material.

Por este motivo, la expresión "alimentos provisionales" se refiere a aquella suma que puede señalar el juez a petición de parte antes de la sentencia, como lo autoriza el art. 397 num. 1; en efecto, al demandante le basta acreditar sumariamente la capacidad económica del demandado (recordemos que prueba sumaria no es la deficiente ni la incompleta, sino aquella que conduce al juez al cabal convencimiento de la existencia de un hecho, pero que aún no ha sido controvertida) para obtener que se fije una suma provisional como cuota de alimentos. Esta disposición me parece útil, pues si se considera el carácter urgente de las necesidades de quien demanda los alimentos, se ve claramente que el alimentario podría sufrir graves peijuicios si fuere preciso esperar hasta la sentencia.

Es equitativo que desde que se presenta la demanda se pueda solicitar la fijación de una cuota y que desde ese mismo momento suija la obligación de pagarla por parte del alimentante,

proceder que encuentra sustento en el art. 417 del C. C., que señala: "Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez o prefecto ordenar, que se den provisionalmente desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible, sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria".[14]

Si por cualquier motivo el demandado no cumple la obligación de pagar la mensualidad fijada de manera provisional, se podrá dentro del mismo expediente, y en cuaderno separado, cobrar las mensualidades atrasadas (y las que se vayan causando) por la vía propia del proceso ejecutivo que igualmente seguirá el trámite de única instancia.

Ahora bien, ejecutoriado el auto que ordena los alimentos provisionales ¿podrá modificarse dentro del proceso si se comprueba que la capacidad económica del demandado ha variado o si al controvertirse la prueba, ésta no evidencia lo que inicial- mente mostraba?

Supongamos que se allega una certificación según la cual el demandado devenga un sueldo alto. Si éste comprueba que, así la certificación sea cierta, ha perdido su empleo y que, por tanto, ya no cuenta con esa fuente de ingresos, o el demandante allega pruebas adicionales acerca de una mayor capacidad económica

34 El artículo 26 de la ley 446 de 1998, en su parágrafo 3º. señala que "En asuntos de familia al obligado a suministrar alimentos se le considerarán sus otras obligaciones alimentarias legales y sus ingresos reales para la tasación", lo cual constituye un criterio adicional en orden a realizar la fijación de la suma que corresponda a los alimentos tanto provisionales como definitivos.

del demandado, ¿podrá variar el juez, a petición de parte el alcance de su auto, bien sea para reducir o para aumentar la cifra?

Estimo que sí, pues de lo contrario se podrían cometer graves injusticias, bien en contra del demandante o del demandado.

• Es mi parecer que en cualquier estado del proceso y considerando que esa cifra es provisional, puede ser objeto de modificación y , que no debe esperarse a la sentencia para hacer la alteración, pues por la duración del proceso resulta inequitativo que la decisión . del juez sea inmodificable hasta el momento de dictar sentencia, máxime si el numeral 3 del art. 397 le permite al juez decretar pruebas de oficio en orden a establecer la capacidad económica del demandado al indicar que: "3. El juez, aún de oficio, decretará las pruebas necesarias para establecer la capacidad económica ¿del demandado y las necesidades del demandante, si las partes no das hubieren aportado."

v ■

En otros términos, el obligado a prestar alimentos provisio- . nales puede controvertir el monto de la súma fijada y de existir fundamento plausible, el juez la puede modificar aún antes de la ₜsentencia sobre el soporte de una prueba al menos sumaria del hecho que amerita nueva tasación.

Para el cobro de estos alimentos provisionales, caso de que no se paguen los mismos oportunamente, el numeral 2 del art. 397 señala que "se adelantará en el mismo expediente. De pro- ,moverse proceso ejecutivo, no será admisible la intervención de ..terceros acreedores.

6.4. *La sentencia en el proceso de alimentos*

Lo normal es que la sentencia se limite a señalar cuál es el . monto de la cantidad periódica que el demandado debe suministrar como alimentos en favor de los demandantes, suma que puede coincidir o no con la señalada como alimentos provisionales, si existió decreto en tal sentido.

La fijación no es permanente ni definitiva, pues ya se dijo que este fallo no hace tránsito a cosa juzgada material y que, por lo mismo, es susceptible de modificación en cualquier momento en que se demuestre alteración en las condiciones económicas.

En suma, fijada en la sentencia una cantidad para prestar como alimentos, puede solicitarse, ante el mismo juez que la dictó su modificación en cualquier sentido, petición que deberá adelantarse ante el mismo juez y que puede tramitarse todas las veces que las circunstancias lo requieran, de ahí que rechazo por ir en contra de la lógica jurídica, auspiciar la litigiosidad y violar el principio de la economía procesal, la interpretación que basada en la más recalcitrante exégesis señala que debe de nuevo formularse una demanda por el interesado, someterse la misma al reparto y decidirse por el juez a quien le corresponda.

En la sentencia el juez puede pronunciarse también acerca de las seguridades que el demandado debe dar para el cumplimiento de la obligación que se le impone, de ahí que en el numeral 4 del art. 397 se disponga que: "La sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta lo satisfaga; en tal caso, si el demandado no cumple la orden en el curso de los diez (10) días siguientes, el

demandante podrá ejecutar la sentencia en la forma establecida en el artículo 306.", y si en este caso el demandado no cumple la orden de constituir el capital el demandante podrá pedir al juez, en el mismo expediente el trámite del proceso ejecutivo correspondiente, de modo que basta presentar solicitud en tal sentido, no demanda, tal como lo dispone el art. 306, pues el juez no puede limitarse a embargar, secuestrar, avaluar y rematar los bienes prescindiendo de los demás pasos del proceso ejecutivo, porque la remisión que hace el art. 306 es integral y no sólo para los pasos mencionados; de no ser así, se privaría al demandado de la posibilidad de proponer la excepción de cumplimiento de la obligación, expresamente prevista como la única procedente en el num. 5º de la misma norma; de ahí que en este proceso también debe darse la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, en caso de no prosperar la excepción propuesta, o el auto que lo mismo dispone en el evento de que no se haya presentado ninguna.

Ahora bien, requiere detenido análisis la prohibición a terceros acreedores de intervenir en este proceso mencionada en el numeral 2º del art. 397 ai indicar que: "De promoverse proceso ejecutivo, no será admisible la intervención de terceros acreedores."

Tratándose de acreedores quirografarios, la limitación es atinada por cuanto los créditos provenientes de alimentos son considerados como privilegiados de primera clase, pero no lo es en relación a los acreedores prendarios o hipotecarios, quienes pueden hacer valer sus derechos en este proceso, aun frente a los créditos provenientes de alimentos, camino que se les cierra con lo previsto en el numeral transcrito.

En verdad, el art. 33 de la ley 75 de 1968 adicionó el art. 2495 del C. C., incluyendo dentro de los créditos privilegiados de primera clase "los alimentos señalados judicialmente en favor de menores"; a su vez, debe tenerse presente que el art. 2500 del C. C., preceptúa que: "Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor". En consecuencia, los acreedores hipotecarios no pueden, al prohibirse toda intervención de terceros, defender sus derechos para lograr que previamente al remate se determine la inexistencia de otros bienes, si se embarga y secuestra un bien sujeto al gravamen. Esta situación, injusta por demás, debe modificarse prontamente.

Adiciona el numeral 4 del art. 397 que "Ejecutoriada la sentencia, el demandado podrá obtener el levantamiento de las medidas cautelares que hubieren sido practicadas, si presta garantía suficiente, del pago de alimentos por los próximos dos (2) años.", lo que estimo de hecho se da cuando se constituye el capital cuya renta permite pagar los alimentos, pero destaco que la norma no se refiere únicamente a ese caso, pues siempre que existan cautelas para garantizar el pago, puede darse la aplicación de la garantía sustituía que aquí se contempla y que no es exclusivamente la constitución del capital.

6.5. *El pacto sobre alimentos*

Puede acontecer que los cónyuges, en desarrollo de lo establecido en el art. 24 de la ley Iª de 1976 (que modificó el art. 423 del C. C.) celebren negocios jurídicos relacionados con la forma como se atenderá la obligación alimentaria, no sólo entre sí, sino respecto de sus descendientes, pues en su inc. 3º la disposi

ción prescribe que: "Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas; pero a solicitud de parte podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron, previos los trámites establecidos en el art. 137 del Código de Procedimiento Civil".

Surgen entonces estos dos interrogantes: ¿qué sucede si uno de ellos desconoce las obligaciones que emanan del acuerdo? y ¿cómo se pueden variar dichas condiciones?

En cuanto a lo primero no existe problema alguno, dado que el acuerdo precisa claramente las obligaciones, lo adecuado es acudir al proceso ejecutivo para hacer cumplir coercitivamente las obligaciones incumplidas pues dicho convenio usualmente se acomoda a lo preceptuado en el art. 422 del CGP. respecto de exigencias para que exista un título ejecutivo.

En cuanto a lo segundo, es menester señalar que no hay posibilidad distinta a la de adelantar un proceso verbal sumario autónomo, encaminado a modificar la cuota alimentaria pactada de común acuerdo, porque se trata de un evento en el cual no •existió previa actuación judicial, y lo que se busca es, aumentar, .disminuir o incluso suprimir la cuota.

% DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL PROCESO DE REPOSICIÓN, CANCELACION Y REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS VALORES

£' Se trata de un proceso de aquellos que no está enlistado como verbal sumario pero que tiene norma especial lo que lo

ubica, como antes se expresó, en tal calidad y por eso se tramita en única instancia.

Se destina como norma especial a observar dentro del trámite de este proceso verbal sumario, el artículo 398 del CGP., norma que recoge lo que estaba consignado en los derogados artículos 802, 803, 804, 806, 807, 812 y 816 a 821 del C. de Co.

La competencia para conocer de este proceso se determina en el juez civil municipal o en el del circuito de acuerdo con la cuantía, y lo será a elección del demandante el juez del domicilio del demandado o el del lugar en donde se deban cumplir las obligaciones que el título imponga, lo que está en estricta relación con los numerales 1 y 3 del art. 28 del C. de P. C.

El inciso primero del art. 398 del CGP señala inicialmente un trámite extraprocesal, cuyo cumplimiento no es obligatorio para poder demandar, en el cual quien "haya sufrido el extravío, pérdida, hurto, deterioro o la destrucción total o parcial de un título valor, podrá solicitar la cancelación y, en su caso, la reposición, comunicando al emisor, aceptante o girador la pérdida, hurto, deterioro o destrucción, mediante escrito acompañado de las constancias y pruebas pertinentes y, en su caso, devolviendo el título deteriorado o parcialmente destruido al principal obligado.", es decir se regula una actividad que se cumple de manera directa, sin intervención alguna de autoridad judicial entre el solicitante y el emisor, aceptante o girador, comunicación que debe ser escrita de ahí que puede ser hecha a través de correo electrónico considerando que el art. **6** de la ley 527 de 1999 señala en el art. **6** que: "Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos,

si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta" y adiciona que: "Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito."

Además debe publicar "un aviso informando sobre el extravío, hurto o destrucción total o parcial del título en un diario de circulación nacional y sobre la petición de cancelación y reposición, en el que se incluirán todos los datos necesarios para la completa identificación del título, incluyendo el nombre del emisor, aceptante o girador y la dirección donde éste recibirá notificación."

Si transcurren diez días desde la fecha de publicación del aviso y "no se presenta oposición de terceros comunicada por escrito ante la entidad o persona emisora, aceptante o giradora, ésta podrá tener por cancelado el título y, si es del caso, pagarlo o reponer el documento."

De así suceder el emisor queda liberado de toda responsabilidad pues agrega la norma que "el título extraviado, hurtado, deteriorado o destruido carecerá de valor y la entidad o persona emisora, aceptante o giradora estará legalmente facultada para reponerlo o cancelarlo. Cualquier reclamación de terceros vencido el término de diez (**10**) días del inciso anterior, deberá dirigirse directamente ante la persona que obtuvo la cancelación, reposición o pago."

Empero, si "se presenta oposición de terceros o si el emisor, *py* aceptante o girador del título se niega a cancelarlo o a reponerlo

por cualquier causa, el interesado deberá presentar la demanda ante el juez competente."

Finaliza la regulación del trámite exíraprocesal con la advertencia de que: "En ningún caso el trámite previsto en los incisos anteriores constituye presupuesto de procedibilidad. El interesado podrá presentar la demanda directamente ante el juez.", lo que permite augurar que posiblemente seguirá siendo el sistema judicial el más empleado debido a la inexplicable desconfianza que en el medio colombiano existe con relación a los trámites directos.

Si se decide presentar demanda solicitando la reposición, cancelación o reivindicación de títulos valores "deberá contener los datos necesarios para la completa identificación del documento. Si se trata de reposición y cancelación del título se acompañará de un extracto de la demanda que contenga los mencionados datos y el nombre de las partes. En el auto admisorio se ordenará la publicación por una vez de dicho extracto en un diario de circulación nacional, con identificación del juzgado de conocimiento.."

En efecto, adicionalmente, si versa el proceso sobre cancelación o reposición del título debe acompañarse como anexo un extracto de la demanda que contenga los mencionados datos y el nombre de las partes, con el objeto de que el juez ordene la publicación del mismo en diario de amplia circulación nacional, aspecto que se resalta porque variando el criterio de la mayoría de los emplazamientos, que exigen diario de amplia circulación en el lugar, en este caso deberá ser en todo el país, de ahí que pocos serán los medios periodísticos a los que se puede acudir para este emplazamiento, que está destinado a terceros indeterminados, pues el demandado será vinculado al proceso por los

medios conocidos y dispondrá del plazo de diez días para contestar la demanda.

Surtido el traslado de la demanda y vencidos diez días luego de efectuada la publicación, si no existe oposición, se dicta sentencia acogiendo las pretensiones de aquella, "a menos que el juez considere conveniente decretar pruebas de oficio", indica el inciso octavo del art. 398, al cual debe hacerse una precisión, y es que tan sólo se refiere a las hipótesis de la *cancelación* o la *reposición,* cuando es lo cierto que tal conducta debe ser observada cualquiera que sea la índole de las pretensiones.

Por último y en atención a que he conocido de varios casos en los cuales un título de los susceptibles de ser repuestos por el trámite especial que aquí se analiza, se pierde o destruye cuando ya forma parte de un expediente, si así sucede no puede emplearse este proceso sino el trámite de la reconstrucción del expediente, previsto para casos de pérdida total o parcial, a la luz del art. 126 del CGP, porque el extravío o deterioro ya no se dan en poder de su tenedor sino que, se trató de un documento que al integrar el expediente queda bajo la responsabilidad del juez.

Resalto que constituye una exageración todo este dilatado trámite, que tal vez se justificaría si tratara de títulos ai portador; empero, siendo las más de las veces nominativos bien puede suprimirse la intervención del juez en la mayoría de los casos y permitir la cancelación y reposición, mediante tramite extrajudicial mencionado pero haciéndolo obligatorio, de modo qué únicamente en casos de excepción se deba adelantar este proceso.

Es necesario precisar el alcance del inciso décimo del art. 398 al indicar que: "El procedimiento de cancelación o de reposición interrumpe la prescripción y suspende los términos de caducidad.", para advertir que esos efectos se generan, dado que la norma no distingue, en los dos eventos contemplados en el art. 397 o sea el judicial y el extrajudicial, de modo que la simple presentación de la solicitud escrita genera esos efectos, independientemente de que posteriormente sea necesario presentar la demanda.

En caso de oposición del demandado si se "llegare a probarse que dichos demandados sí habían suscrito el título o se acreditaren los hechos fundamentales de la demanda, el juez decretará la cancelación o reposición pedida.", y si el título ya estuviere vencido o venciere durante el procedimiento, el actor podrá pedir al juez que ordene a los signatarios que depositen, a disposición del juzgado, el importe del título.", pues no puede ser motivo para la posposición del pago el hecho de que exista una eventual disputa sobre la titularidad del mismo, debido a que es evento extraño al deudor, de manera que, agrega la norma "Si los obligados se negaren a realizar el pago, quien obtuvo la cancelación podrá legitimarse con la copia de la sentencia, para exigir las prestaciones derivadas del título."

CAPÍTULO V

PROCESOS DECLARATIVOS ESPECIALES

"La doctrina jurídica que sea consdentec
lidad, no puede olvidar nunca los fines
prácticos a que está necesariamente
preordenada la obra del jurista: no solamente la del abogado y la del juez, sino
también la del jurista científico

Piero Calamandrei.

Bajo la denominación de "Procesos declarativos especiales" se regula el trámite de los procesos de expropiación, deslinde y amojonamiento, divisorios y monitorio, de los que tan solo gozan del carácter de actuaciones declarativas el de deslinde y amojonamiento y el monitorio, pues de los dos restantes es de carácter ejecutivo el de expropiación y de liquidación el divisorio, como al iniciar el estudio de ellos lo preciso con más detalle.

EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN

Generalidades

Conforme lo explique al estudiar las diferentes clases de procesos, el Código General incurrió en un error de ubicación al referirse en el título III a ciertos procesos declarativos e incluir

dentro de estos al de expropiación, pues la naturaleza jurídica de la expropiación consulta el concepto de proceso de ejecución.

Ubicar la expropiación como un proceso declarativo, es desconocer la esencia del proceso de cognición, por medio del cual se procura, mediante una amplia actividad probatoria, establecer la existencia de un derecho cuya existencia se discute o es incierta, para que el juez lo declare; es decir, todo lo contrario de lo que sucede con la expropiación, que parte de la base de un derecho cierto y, lo más sobresaliente, indiscutible, tanto así que este proceso no admite excepciones de ninguna índole.

Su esencia es ejecutar, hacer cumplir la orden de expropiación, por lo cual insisto en sostener éste es un proceso de ejecución y no de declaración.

No obstante lo anterior, siguiendo la pauta de explicar los procesos en el orden en que los consagra el Código, procedo a su análisis, advirtiendo que el error de ubicación no conlleva que dicho calificativo por esa sola razón deba predicarse de la regulación.

1.2. *Objeto del proceso de expropiación*

Prevista la expropiación en el art. 58 de la Constitución Política, que desarrolla el concepto de función social de la propiedad, se concretó en el inciso cuarto así: "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a

•V
■ posterior acción contencioso-administrativa, incluso respecto • del precio".

'■f'c La expropiación encuentra en el proceso que lleva su nom- í bre el medio para asegurar la efectividad de la orden de transferir a más del dominio, la posesión material en favor de la entidad r- que la decreta y garantizar a los titulares de derechos sobre el ^ bien expropiado la indemnización de los peijuicios económicos " "que sufrieren.

r: El proceso de expropiación regulado en el art. 399 del CGP. ~ sirve como instrumento procesal para dar cumplimiento, de ma- - 'néra judicial, a la orden administrativa que la decretó; no importa *f* la autoridad de donde provenga, a él debe acudirse, salvo norma f expresa que señale otro trámite especial, tal como sucede, por f ejemplo, con lo previsto en la ley de 9ª de 1989 denominada ley f de Reforma Urbana y la ley 388 de 1997.

Ciertamente, es de advertir que son numerosas las disposiciones que se encargan de regular asuntos concernientes con -fia expropiación; así, por ejemplo, la ley 9ª de 1989 modificada ; por la ley 388 de 1997 permite la expropiación para efectos de ? desarrollo de actividades de vivienda de interés social y además ¿señala algunas pautas de reforma al sistema procesal;[1] la ley 56 ¿fe 1981 permite la expropiación para adelantar obras públicas de /jehergía y agua, adicionando algunos requisitos para al proceso;

Uf.. Ramiro BEJAJRANO GUZMÁN, en su obra Procesos declarativos, arbitra- |%y ejecutivos, Te mis. Bogotá, 2016, 6ª edición, págs. 337 y 338, advierte que *m* a intervención judicial no es predicable de la expropiación administrativa de inmuebles, reglamentada y desarrollada en los artículos 63 a 72 de la ley 388 de ||997, ni de ninguna otra forma administrativa de expropiación. Como su nombre *aindica en tal supuesto, la expropiación es administrativa solamente."**

el decreto 919 de 1989 permite la expropiación para efectos de atender desastres, la ley 160 de 1994 regula lo atinente a la expropiación con fines de reforma agraria, la cual se adelanta ante la justicia contencioso administrativa y la ley 685 de 2001 se refiere a la expropiación con fines mineros, multiplicidad de normas que el país está en mora de agrupar en un estatuto unitario para efectos de eliminar el caos legislativo que impera en la materia, pues, como tantas veces lo he resaltado en el curso de esta obra, no resistió ei legislador de tumo a la tentación de intentar en cada caso regulaciones procesales, olvidándose que se contaba con un sistema dentro del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso que, con algunos ajustes, dado lo ya anotado, permite desarrollar adecuadamente todos los procesos de expropiación, sin importar cuál sea el funcionario competente.

Conviene advertir que el proceso de expropiación puede versar tanto respecto de bienes muebles como de inmuebles; se debe terminar con el malentendido que existe sobre este proceso y también sobre el de pertenencia, que lleva a creer que sólo se dan para los bienes inmuebles. Que la gran mayoría de estos procesos se refiera a bienes inmuebles no significa que sólo pueden recaer sobre ellos, así, por ejemplo, si el gobierno decidiera expropiar los buses destinados al transporte público, igualmente se acudiría, de ser necesario, al proceso cuyo estudio inicio, aspecto que no tiene nada de novedoso, pues viene de la Constitución de 1886, de ahí el inexplicable alboroto que se creó en tomo a la Constitución de 1991 sobre el tema, por estimarse erradamente que con base en ésta se podían expropiar muebles, ignorando que la posibilidad era idéntica en la Carta derogada.

La competencia para conocer del proceso de expropiación de acuerdo con el art. 19, num. 5 del CGP, la tiene en primera instancia el juez civil del Circuito, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa, de modo que nada importa la cuantía o la índole de los bienes objeto de la expropiación, por cuanto en este caso el factor objetivo para radicar la competencia atiende exclusivamente a la naturaleza del asunto.

Respecto a la competencia territorial, le corresponde conocer al juez del lugar donde se encuentra ubicado el bien, fuero real exclusivo, de acuerdo con lo señalado en el art. 28 numeral 7 del CGP; el domicilio del demandado no tiene ninguna incidencia en este proceso y el demandante será siempre una persona jurídica de derecho público, pues son las únicas autorizadas para decretar expropiaciones por motivos de utilidad pública o interés social tal como lo prevé la C. P. en el art. 58.

La Corte Constitucional[2] confirma esta apreciación cuando destaca que “la expropiación puede ser entonces definida como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”, adicionando la entidad que todo el desarrollo de la expropiación muestra tres etapas donde intervienen todas las ramas del poder público, pues “el legislador fija los motivos de utilidad pública o interés común; la administración declara para un caso concreto los motivos de interés público y gestiona la expropiación; el juez controla el cumplimiento de las

2 Corte Constitucional, sentencia T-124 de marzo 24 de 1994, ponente Dr. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

formalidades y fija la indemnización, mediante el procedimiento de expropiación".

La resolución que decreta la expropiación debe estar debidamente ejecutoriada, esto es, la vía gubernativa agotada, bien porque no se interpusieron recursos o porque si lo fueron se decidieron; de modo que si el acto administrativo se encuentra acusado ante la justicia contencioso administrativa, no hay razón válida para inadmitir la demanda, ni suspender el curso del proceso.

Cuestión diferente es que en este caso puede estructurarse la prejudicialidad de proceso contencioso administrativo a proceso civil, prevista por el art. 161, numeral Iº del CGP., que determina la suspensión de la sentencia mas no del proceso, dado que la norma señala que cuando la decisión que deba tomarse en la sentencia dependa "necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o demanda de reconvención".

El art. **88** del CPACA señala: *"Presunción de legalidad del acto administrativo*. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.", y el 89 adiciona que: "Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional",'disposiciones que podrían, en principio, dar

tiase para pensar que no es viable suspender la sentencia dentro Jf'del proceso de expropiación, lo cual no es aceptable, es decir, de f'darse los requisitos para que obre la prejudicialidad, se debe suspender la sentencia, por ser la prejudicialidad un evento de contenido procesal que no queda cobijado por la norma en mención.

. Creo que las normas citadas permiten dar inicio a los actos ^necesarios para el cumplimiento, *como* lo es, en el caso de la resolución de expropiación, la presentación de la correspondiente ||'demanda, la entrega anticipada y el adelantamiento del proceso t ¿asta dejarlo en estado de dictar sentencia, pues, lo reitero, *lapre-0?.judicialidad* es de contenido eminentemente procesal y, por ende, ^ mal puede entenderse que el CPACA, estableció una excepción 3 al num. Iº del art. 161 del CGP, de modo que es potestad del juez 'S'ivii determinar si es del caso suspender o no el fallo, aplicando % los criterios señalados en esta última norma.

Fl.3. *Tramite del proceso de expropiación*

La demanda debe dirigirse siempre contra personas deter- Iftminadas, que serán las titulares de los derechos reales principa- Síes constituidos sobre el bien, y si éstos se encuentran en litigio, p|tainbién contra las partes en el respectivo proceso (art. **399**, num. ^4? CGP), aspecto éste último que versa sobre la posibilidad de ^¡demandas inscritas cuando se discuten derechos reales sobre bie- 3£~nes sujetos a registro, de modo que será del certificado del regis- fjífjádor cuando se trata de bienes sometidos a dicha formalidad, gg?omo sucede con los inmuebles, que se sabrán los nombres de las ^personas contra las cuales debe dirigirse la demanda en calidad •^derdemandados, que lo serán tanto demandantes como demanda-

dos, debido a que la disposición menciona a “todas las partes del respectivo proceso”.

Si en el certificado consta a más de la titularidad de derechos reales principales, la existencia de contratos de arrendamiento por escritura pública, o la de prendas o hipotecas sobre el bien, la demanda debe dirigirse también contra esas personas en calidad de demandadas por ser éste un claro evento de litisconsorcio necesario por disposición de la ley, de modo que si desde un principio, como sería lo ideal, no se cita a tales personas, no es posible dictar sentencia de fondo y debe previamente integrarse el contradictorio como lo indica el art. 61 del CGP.

El numeral 2º del art. 399 consagra la útil disposición que obliga a las entidades en cuyo favor se decretó la expropiación a presentar de manera pronta la demanda al indicar que: “La demanda de expropiación deberá ser presentada dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en la cual quedare en firme la resolución que ordenare la expropiación, so pena de que dicha resolución y las inscripciones que se hubieren efectuado en las oficinas de registro de instrumentos públicos pierdan fuerza ejecutoria, sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo alguno. El registrador deberá cancelar las inscripciones correspondientes, a solicitud de cualquier persona, previa constatación del hecho.”

La disposición es de una evidente importancia debido a que deja sin efectos, por ministerio de la ley, la resolución de expropiación ejecutoriada, si la entidad en cuyo favor se emitió no procede prontamente a la presentación de la correspondiente demanda en orden al cumplimiento de la orden respectiva, de modo que corresponde al juez analizar de oficio si se ha demandado

deBtro del término de ley, pues de no ser así deberá rechazar de plano la demanda.

Ei alcance de la expresión “so pena de que dicha resolución ' # Jas inscripciones que se hubieren efectuado en las oficinas de registro de instrumentos públicos pierdan fuerza ejecutoria, sin -^^«¿^-necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo alguno”, evidencia que como objetiva sanción a la entidad en cuyo favor ^ se decretó la expropiación o, mejor si se quiere, poder ejercer al- ■■ gnna actividad propia de ella que requería de la expropiación, no **nresenta dftrítrn rUI** [illegible] la disposición la demanda para iniciar el proceso de expropiación y si en un futuro se requiere de esta herramienta debe ser adelantados todos los pasos.

. . . Se pone así fin al abuso de algunas entidades públicas, más exactamente de funcionarios de ellas, que estaban empleando la herramienta de decretar expropiaciones sin tener claro el objeto de la misma y en no pocas veces como otro mecanismo de corrupción en orden a lograr indebidas prebendas.

■ Con la demanda debe adjuntarse como anexo obligatorio g|jí copia de la resolución que decreta la expropiación y agrega la Itenorma “un avalúo de los bienes objeto de ella” , expresión que *.0:* en mi sentir implica un dictamen pericial del valor comercial de Ij^^djchos bienes y no simplemente el avalúo catastral, debido a que If^l^eLíart. 26 del CGP no establece ninguna indicación especial en lo llfe-que con avalúo catastral concierne porque para efectos de radica- ¡I|||ei<5n de la competencia dicho factor no se tiene en cuenta.

Si se trata de bienes sujetos a registro, debe adjuntarse además un certificado acerca de la propiedad y los derechos reales constituidos sobre ellos, por un período de diez (10) anos, si fuere posible, condición esta última que pone en evidencia que no es requisito perentorio presentar ese anexo cuando no es viable su obtención, aun cuando se trata de un caso de rara ocurrencia.

Admitida la demanda, por disposición del art. 399 se dará traslado al demandado por el término de tres días, traslado sui generis pues aquel usualmente tiene por objeto que pueda ejercer una de las varias alternativas que se le confieren (contestar la demanda, proponer excepciones previas, reconvenir, denunciar el pleito, etc.), que en este proceso no existen, pues según dicha norma "no podrá proponer excepciones de ninguna clase"; por lo tanto, para qué se contesta la demanda, si no se pueden proponer las excepciones perentorias ni las previas, regulación que se expüca si se recuerda que todos los aspectos atinentes a la defensa de fondo debieron ocurrir con anterioridad, en la etapa gubernativa.

En efecto, como se parte de la firmeza del acto que decreta la expropiación, el legislador presume que todos los medios legítimos de defensa tendientes a evitar que se decrete han debido agotarse en esa etapa anterior a la jurisdiccional, o aun en la con- tenci oso-administrativa que puede ser coetánea con la actuación del proceso de expropiación dado lo antes explicado acerca del cumplimiento de los actos administrativos que han agotado la vía gubernativa, pero no ante el juez civil que lo adelanta, quien está limitado a darle efectividad y ejecutar la orden.

La expresión empleada por el numeral 5º del art. 399 en ¿su parte final, atinente a que: "En todo caso el juez adoptará los correctivos necesarios para subsanar los defectos formales de la Ifdemanda", lo que evidencia que si el juez observa que la demanda ?presenta irregularidades de tal índole que usualmente permiten ^¡¿admitirla así debe hacerlo y otorgará el plazo de ley para que se l¡|dqnijan so pena de rechazo de la misma, pues en este proceso se llaplica el artículo 90 del CGP, que es la disposición que señala los prcórrectivos para subsanar los defectos formales de la demanda. ífyh* *r*

La notificación del auto admisorio de la demanda tiene esí^peciales características, debido a que si "Transcurridos dos (2) fgtldias sin que el auto admisorio de la demanda se hubiere podido §f!| hptificar a los demandados, el juez los emplazará en los términos " ¿establecidos en este código; copia del emplazamiento se fijará en ¿la-puerta de acceso al inmueble objeto de la expropiación o del l^bien en que se encuentren los muebles.", lo que implica que se ' acuda al art. 108 del CGP que deberá aplicarse en su integridad.

Los dos días de que habla el art. 399 num. 5º se cuentan partir del día hábil siguiente al en que se notificó por estado pjal demandante el auto que ordena dar traslado de la demanda al ¡^demandado, sin que importe para nada que se hayan hecho diligencias en orden a tratar de surtir la notificación personal, basta ^¿vencimiento del término[3].

Si se trata de expropiación basada en la ley de Reforma Urbana, existe ñor ^iÉlfímá'adicional que regula la notificación de la sentencia; en efecto, el art. 31 de la pf 9ª de 1989 señala que: "Cuando en el proceso de expropiación no hubiere sido [posible la notificación personal de la demanda a alguno o aigunos de los demanfdps, la parte resolutiva de la sentencia será publicada en un periódico de amplia

En este aspecto, coincido con el criterio de HERNANDO MORALES [4] cuando afirma, en interpretación que mantiene vigencia, que "como se ha dicho otras veces para acudir a esta clase de notificación, basta que no se pueda notificar el auto admisorio al demandado en los dos días siguientes a su fecha", pues cuando el Código quiere que se hagan diligencias antes de proceder a emplazamientos, expresamente lo dice y en el presente caso no lo hace; tómese en cuenta, además, que la celeridad que el Código imprime al proceso de expropiación impone esta interpretación.

1.3.1. *La entrega anticipada del bien expropiado*

Debido al carácter urgente que usualmente tiene la entidad que decreta la expropiación de lograr la posesión del bien y reiterando que siempre debe ser visto en estos casos la prevalen- cia del interés público y común sobre el particular, el numeral 4 del art. 399 del CGP dispone que: "Desde la presentación de la demanda, a solicitud de la entidad demandante, se decretará la entrega anticipada del bien, siempre que aquélla consigne a órdenes del juzgado el valor establecido en el avalúo aportado. Si en la diligencia el demandado demuestra que el bien objeto de la expropiación está destinado exclusivamente a su vivienda, y no se presenta oposición, eí juez ordenará entregarle previamente el dinero consignado, siempre que no exista gravamen hipotecario,

correr al día siguiente de dicha publicación", de modo que en los procesos basados en esta ley y cuando se da el requisito indicado que no es otro diverso a que esté actuando un curador, a más de la notificación por edicto debe cumplirse la solemnidad adicional de la publicación.

4 MORALES MOLINA Hernando, *Curso de derecho procesal civil,* Parte especial, 6ª ed., Bogotá, Edit. .ABC, 1973, pág. 114.

embargos, ni demandas registradas.", disposición que requiere de varias precisiones.

Inicialmente destaco que para la entrega anticipada se requiere de solicitud de la parte demandante, es esta quien a su arbitrio y según sus necesidades determinará si acude a esta útil herramienta, para lo cual le basta que deposite el valor del avalúo del bien, sin que exista plazo precíusivo para pedirla, salvo la duración misma del proceso, de manera que lo puede hacer a partir de la presentación de la demanda y siempre con base en el avalúo que es anexo obligado de la demanda, de manera que es viable que el juez, en el mismo auto admisorio de la demanda pueda decretar y señalar fecha para la diligencia de entrega anticipada, aún sin estar notificado el demandado. Es más con ocasión de esta diligencia, si antes no se hizo, puede ser efectuada esa notificación si el demandado está presente.

Cuando el bien a expropiar está destinado a vivienda del demandado señala la norma que si "no se presenta oposición, el juez ordenará entregarle previamente el dinero consignado", expresión que requiere de una precisa delimitación en cuanto a cuál es el alcance la posible "oposición", pues ya he destacado que en este proceso no está permitida la misma en el sentido de enfocarla para que no haya entrega, de manera que entiendo que su alcance concierne exclusivamente con oposición al monto del avalúo, es decir que previamente se surta el trámite de que trata el numeral 6º del art. 399 del CGP en el sentido de que: "Cuando el demandado esté en desacuerdo con el avalúo o considere que hay lugar a indemnización por conceptos no incluidos en él o por un ■mayor valor, deberá aportar un dictamen pericial elaborado por

Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o por una lonja de propiedad raíz, del cual se le correrá traslado al demandante por tres (3) días. Si no se presenta el avalúo, se rechazará de plano la objeción formulada."

Grande es el vacío que genera la disposición debido a que no existe plazo señalado en la ley para que se presente el dictamen pericial sustento de la oposición y resultaría un absurdo hermenéutico aseverar que lo debe ser dentro del término del traslado que es de tres días[5], como también lo sería afirmar que se puede presentar en cualquier momento, de modo que considero que es este un vacío que se puede llenar por vía de la analogía haciendo el juez uso del poder que le otorga el numeral **6**º del art. 42 en concordancia con el art. 12 del CGP que dispone: "Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de éstas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.", de modo que debe el juez otorgar al objetante un plazo judicial para efectos de que pueda presentar el avalúo, considerando que el numeral *T* de la disposición adiciona que: "A petición de la parte interesada y sin necesidad de orden judicial, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) rendirá las experticias que se le soliciten, para lo cual el solicitante deberá acreditar la oferta formal de compra que haya realizado la entidad. El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas a que haya lugar.".

5 Y aún más ilógico pues iría en contra de la ostensible realidad, pretender que en ese plazo se aporte la experticia si esta tiene que provenir de uno de los más paquidérmicos entes burocráticos con que cuenta el país, el IGAC.

De conformidad con el numeral 7o del art. 399 "vencido el traslado de la demanda al demandado o del avalúo al. deman- |. dante, según el caso, el juez convocará a audiencia en la que in- S terrogará a los peritos que hayan elaborado los avalúos y dictará •Y la sentencia. En la sentencia se resolverá sobre la expropiación, y —N-- >?' si la decreta ordenará cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre el bien, y determinará el valor de la indemnización que corresponda.", disposición que debe ser % entendida, cuando se refiere a que interrogará a los peritos no en 'Y el sentido de que deben intervenir dos peritos en cada dictamen, *S*- sino al perito que rinde la experticia presentada por cada parte, caso de que el demandado haya objetado el inicial dictamen.

'Uy ■

Como puede suceder que el demandado esté de acuerdo ¿Y con el avalúo presentado como anexo a la demanda, considero que en esta hipótesis está de sobra la citación al experto pues las dos partes coinciden en ei valor a pagar, salvo, claro está, que el ¿ juez advierta que pueda tratarse de una maniobra fraudulenta de Y las partes.

Prosigue el numeral **8**º del art. 399 indicando que "El de- Y mandante deberá consignar el saldo de la indemnización dentro j- de los veinte (**20**) días siguientes a la ejecutoria de la senten- **8** cía. Si no realiza la consignación oportunamente, el juez librará fe mandamiento ejecutivo contra el demandante.", disposición que ^ igualmente requiere de precisión interpretativa, como sucede con |iría~mayoría de las destinadas a este proceso.

En efecto, lo primero es precisar el alcance de la expresión ^"consignar ei saldo de la indemnización", debido a que no siem- tpre existirá por cuanto en el caso de que no se haya objetado el

avalúo no existirá el mismo, de manera que esta hipótesis opera en el evento de que el juez sea el llamado, analizando las experticias, a señalar su monto que bien puede ser el del avalúo inicial si estima que no se probó debidamente el derecho a suma mayor, para, en todo caso, fijar siempre en la sentencia en concreto la indemnización a cargo de la entidad expropiante.

Como lógica consecuencia de lo antes explicado, si el avalúo no se objetó y se consignó la cantidad estimada para efectos de la entrega provisional, incluso se ha podido pagar al demandado, esta suma será la que debe considerar el juez en la sentencia y no habrá lugar al adelantamiento del proceso de ejecución.

Una vez ejecutoriada la sentencia dispone el numeral 9° del art. **399** que el juez ordenará "la entrega definitiva del bien."[6], previsión que se entiende opera si esta no se llevó-a cabo antes bajo la modalidad de entrega provisional, de modo que es del caso ocuparme de los alcances de la diligencia de entrega, advirtiendo que la explicación que viene es igual para la entrega anticipada o la definitiva.

I.3.I.I. *Desarrollo de la diligencia de entrega*

Dispone el numeral 11° del art. 399 que: "Cuando en el acto de la diligencia de entrega se oponga un tercero que alegue posesión material o derecho de retención sobre la cosa expropiada,

6 De ser el caso también debe ordenarse en la sentencia la cancelación de gravámenes, embargos e inscripciones que afecten los bienes, sin que impone ei tipo de proceso del que proceda la medida ni la índole del gravamen, pues los efectos del fallo son oponibles a todos los asociados, lo que se explica por los motivos de utilidad pública e interés social que la determinaron y por las citaciones a todos los litisconsortes mencionados.

la entrega se efectuará, pero se advertirá al opositor que dentro de los diez (**10**) días siguientes a la terminación de la diligencia podrá promover incidente para que se le reconozca su derecho. Si el incidente se resuelve a favor del opositor, en el auto que lo decida se ordenará un avalúo para establecer la indemnización que le corresponde, la que se le pagará de la suma consignada por el demandante. El auto que resuelve el incidente será apelable en el efecto diferido. "

Como se advierte, al rompe, en esta diligencia no se admiten oposiciones de ninguna índole, pues si se llegan a presentar terceros que aleguen posesión material o derecho de retención "la entrega se efectuará", aun cuando se advertirá al opositor que puede presentarse a hacer valer sus derechos dentro de los diez días siguientes a la terminación de la diligencia, a fin de que mediante incidente se resuelva si le asiste o no derecho y, en caso que así sea, se ordenará dictamen pericial para establecer la indemnización que corresponde a esos terceros, indemnización que se pagará de la suma consignada por el demandante.

No se trata de estimar nuevamente el valor del bien sino, sobre la base del avalúo global anteriormente realizado si fue aceptado o del valor estimado por el juez, precisar cuánto le corresponde al poseedor y cuánto al titular del derecho de dominio sin posesión material.

Ei demandante no debe hacer nueva consignación, pues esa indemnización se atenderá con lo ya entregado, deduciéndola de la cantidad correspondiente al valor del bien.

Aun cuando la disposición se limita a señalar que si en el momento de efectuarse la diligencia se presenta una persona que alega la calidad de poseedor o derecho de retención, se le advertirá que puede presentarse dentro de los diez días siguientes a promover incidente, nada impide que en el acto de la diligencia se dejen las constancias pertinentes y se aporten pruebas que se pueden recaudar en ese momento para ser consideradas posteriormente al decidir el incidente, pues se trata de alegar y probar una posesión material que nadie mejor que el funcionario que efectúa la diligencia de entrega está en capacidad de precisar en ese momento.

En otros términos, si al ir a practicar la entrega se presentan opositores, el juez les debe advertir que de todas formas deben desocupar y entregar; si es del caso y preferiblemente así debe procederse, podrá recibir las pruebas que en este momento se alleguen, así como dejar las constancias pertinentes acerca de indicios de posesión, pero sin abrir debate en tomo a si les asiste o no la razón, porque la protección del poseedor ya no la tiene frente a mantener el estado de cosas, sino a recibir parte de la indemnización si acredita su derecho, lo que posteriormente se decidirá.

La oposición la puede presentar no sólo un tercero que alegue posesión material sino también un tenedor a nombre de un tercero poseedor, por permitirlo el art. 309 del CGP., que sirve de guía en este aspecto.

Insisto en destacar que la posibilidad de oposición del tercero de acuerdo con lo previsto en el art. 309 del CGP no se va a resolver en el momento de la diligencia de entrega donde lo máximo será recaúdar las pruebas y dejar constancia de la mani

festación del opositor, pero sin que dentro de ella se tome determinación alguna diversa a obtener la desocupación total del bien si de inmuebles se trata para entregar la posesión del bien a la entidad en cuyo favor se tramita la expropiación.

A no dudarlo el numeral 11° del artículo 399 presenta una • imprecisión pues es lo lógico que si en el curso de la diligencia sé presenta el tercero opositor debería, independientemente de llevar a cabo de manera inmediata la entrega, disponerse que se inicie el trámite del incidente para decidir si le asiste el derecho alegado y no dejar la carga de proponerlo como se desprende de 'la actual redacción de la norma que indica que puede presentarse al proceso dentro de los diez días siguientes a la terminación de la diligencia, plazo que sería lógico mantener para los eventuales poseedores que no estuvieron presentes en la diligencia. En todo caso, ante la claridad de la norma es aconsejable, para evitar desagradables sorpresas, promover el incidente dentro del plazo citado así se haya formulado la oposición desde el momento misino de la diligencia.

En cuanto a la protección del poseedor, la regulación del 'proceso de expropiación presenta un vacío y es el atinente a cómo puede hacer efectivo su derecho el tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de entrega y que por ende no pudo alegar tal calidad.

La norma nada dice al respecto. Si se considera que el ternero opositor no está vinculado al proceso y que la diligencia es ^sorpresiva, su no presencia en ella puede tener la funesta conse- .- eúencia de que, como de todos modos se realiza la entrega, se le Ipriva de la indemnización a la que tiene derecho pues el inciden

te, que es viable promover hasta diez días después debe hacerlo quien se opuso en el acto de la diligencia, tal como expresamente lo indica el numeral 1 Iº.

Sería simplista e ilegal proponer como solución, mientras se presenta una reforma legal sobre el punto, que dado el tenor de la norma, el poseedor que no estuvo presente pierde su derecho a la indemnización.

Empero, por aplicación analógica del parágrafo único del art. 309 del CGP referido al caso del tercero que no se opuso en la diligencia de secuestro, considero que el incidente de que trata el num. 1 Iº del art. 399 también lo puede promover quien alegando la calidad de tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia, demuestre su derecho a fin de obtener que se le indemnice en la forma allí prevista.

Naturalmente, el incidente debe ser iniciado dentro del perentorio término de 10 días no dentro de los 20 mencionados en el artículo 309, de todos modos, término más que suficiente para que el poseedor ausente se entere de lo que aconteció.

Téngase presente que si bien es cierto el art. 309 otorga un plazo de *veinte días,* para armonizar la solución que propongo al vacío legal, la presentación debe ser dentro de los diez días siguientes, por considerar que prima la disposición especial que, para la expropiación, señala dicho plazo para hacer valer sus derechos de poseedor.

Dispone el numeral 10° del art. 399 que "realizada la entrega se ordenará el registro del acta de la diligencia y de la sentencia, para que sirvan de título de dominio al demandante. " y

adiciona el numeral 12° que una vez cumplido lo anterior "se entregará a los interesados su respectiva indemnización, pero si los bienes estaban gravados con prenda o hipoteca el precio quedará a órdenes del juzgado para que sobre él puedan los acreedores ejercer sus respectivos derechos en proceso separado. En este caso las obligaciones garantizadas se considerarán exigibles aunque no sean de plazo vencido.".

Al analizar el anterior inciso se tiene que no debe ser entendido exegéticamente porque el legislador no puede obligar a los asociados a iniciar procesos en contra de su voluntad; por lo tanto, si existe una hipoteca y ante el juez que decretó la expropiación el acreedor hipotecario, que aún no ha iniciado proceso de ejecución y su deudor (que en este proceso es el demandado), presentan un memorial en que de común acuerdo disponen de esos dineros, debe aceptarse esa petición. No puede interpretarse la norma en el sentido de que necesariamente el acreedor tiene que adelantar un proceso a fin de obtener que se le pague, pues se desconocerá así el principio de autonomía de la voluntad, vigente en este evento, a más de que se patrocinaría la litigiosidad, grave mal de nuestro país.

Igualmente adiciona este numeral que: "Si los bienes fueren materia de embargo, secuestro o inscripción, el precio se remitirá a la autoridad que decretó tales medidas; y si estuvieren sujetos a condición resolutoria, el precio se entregará al interesado a título de secuestro, que subsistirá hasta el día en que la condición resulte fallida, siempre que garantice su devolución en caso de que aquélla se cumpla."

Si el bien objeto de la expropiación está embargado o secuestrado, su valor se remitirá al juzgado que ha decretado la medida a fin de que esta suma quede embargada como garantía del crédito que allí se cobra,[7] lo cual genera respecto del embargo una clara subrogación de bien a dinero que no afecta a los acreedores privilegiados, si los hubiere.

El problema que presenta el inciso transcrito es que aplica la misma solución al caso de la inscripción de la demanda pues, sin distinguir, señala: "Si los bienes fueren materia de embargo, secuestro o inscripción, el precio se remitirá a la autoridad que decretó tales medidas", olvidando que cuando ha existido inscripción de la demanda no existe limitación en el ejercicio del derecho de utilización del bien, de ahí que considero que en esta hipótesis bien podría el juez aplicar una solución similar a la del evento de la condición resolutoria que a continuación se comenta, con lo cual se atemperan y protegen los dos intereses.

En efecto, si por ejemplo, el bien cuya expropiación se decretó tiene registrada una demanda dentro de un proceso declarativo en donde se pretende que el dominio vuelva al demandante, es lo cierto que al menos dentro del trámite de la primera instancia no puede ser privado el actual propietario de su utilización. Por ese motivo no se ve razón jurídica para que, cambiado ese bien por dinero, pierda el actual propietario la posibilidad de utilizarlo. No obstante como entregarlo sin contragarantía podría dejar sin efecto la inscripción, caso de fallo favorable al demandante, creo que con una adecuada garantía de restitución podría

7 Advierto que ao Necesariamente un embargo o un secuestro pueden prove nir de un proceso de ejecución, aun cuando si es la hipótesis más frecuente.

entregársele el dinero por cuanto, lo reitero, es central la diferencia entre embargo y secuestro con el registro de la demanda.

Si el bien estuviere sometido a condición resolutoria, se entrega el dinero a quien figure como titular del derecho de propiedad, otorgándose contra garantía, a satisfacción del juzgado, que asegure que se restituirá ese valor al nuevo dueño del bien, en este caso ya del dinero, en el supuesto de cumplirse la condición, conducta que también debe observarse cuando el bien está sometido a usufructo, pues el usufructuario debe recibir el dinero para servirse de sus frutos, pero garantizando la restitución del capital al nudo propietario cuando termine el usufructo.

1.3.2. *La apelación de la sentencia que decide sobre la expropiación*

Si la sentencia de primera instancia niega la expropiación, hipótesis de excepcional ocurrencia y es apelada, el recurso se tramitará en el efecto suspensivo por así disponerlo el art. 323 del CGP, norma que adiciona que "las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dinero u otros bienes, hasta tanto se resuelva la apelación"[8], disposición que reitera el art. **399** numeral 13° al indicar que: "La sentencia que deniegue la expropiación es apelable en el efecto suspensivo; la que la decrete, en el devolutivo."

8- Considero que esta parte de la norma no obra en el proceso de expropiación en lo que tiene que ver con la entrega debido a lo antes explicado acerca de la posibilidad de obtener la entrega del bien expropiado en cualquier momento consignado el valor del avalúo, pero si se aplica con relación a las entregas de sumas de dinero provenientes de la indemnización consignada.

Como puede suceder y es lo más frecuente que esa entrega ya esté efectuada, el numeral 13° del art. 399 se ocupa del evento de que la sentencia que decretó la expropiación sea revocada y dado que esta le pone fin al proceso, dispone que: "Cuando se hubiere efectuado entrega anticipada del bien y el superior revoque la sentencia que decretó la expropiación, ordenará que el inferior, si fuere posible, ponga de nuevo al demandado en posesión o tenencia de los bienes, y condenará al demandante a pagarle los perjuicios causados, incluido el valor de las obras necesarias para restituir las cosas al estado que tenían en el momento de la entrega.", agregando el inciso siguiente que "Los peijuicios se liquidarán en la forma indicada en el artículo 283 y se pagarán con la suma consignada. Concluido el trámite de la liquidación se entregará al demandante el saldo que quedare en su favor."

En efecto, como puede suceder que se revoque el fallo en la segunda instancia, en esta hipótesis según la disposición anterior, el superior ordenará al inferior que ponga de nuevo al demandado en posesión o tenencia de los bienes si ya se hubiere efectuado la entrega, debiendo, además, si el bien fue alterado o destruido, volverse a su estado original por cuenta del demandante, quien asimismo debe pagar todos los peijuicios ocasionados; a este pago queda especialmente afectada la suma depositada por el demandante, a fin de realizar la entrega.

En la realidad esta posibilidad es de remota ocurrencia, la norma es inaplicable, al menos parcialmente, puesto que si la expropiación implicó la entrega y ésta era necesaria para ejecutar una obra de interés general, por ejemplo, la casa expropiada se demolió para ampliar una vía, o para dar paso a una carretera,

volver las cosas al estado anterior no será posible, porque el bien común cedería al interés particular, en este caso lo único que veo viable es pagar los peijuicios que implica para el demandado la revocatoria del fallo, pero no deshacerse lo hecho; todo lo cual sirve para urgir a los falladores de segunda instancia a una rápida solución de las apelaciones en el efecto devolutivo, a fin de evitar situaciones como la mencionada.

Pero si la entrega no se ha efectuado, o si realizada ésta el bien no se ha destruido, se podrá aplicar la norma, aun cuando en verdad es una hipótesis de extraña estructuración.

1.3.3. *La indemnización por lucro cesante*

Se trata de un aspecto desarrollado en el parágrafo del art. 399 que dispone: "Para efectos de calcular el valor de la indemnización por lucro cesante, cuando se trate de inmuebles que se encuentren destinados a actividades productivas y se presente una afectación que ocasione una limitación temporal o definitiva a la generación de ingresos proveniente del desarrollo de las mismas, deberá considerarse independientemente del avalúo del inmueble, la compensación por las rentas que se dejaren de percibir hasta por un periodo máximo de seis (6) meses".

Para comprender el alcance de esta disposición es necesario tener presente que cuando se expropia un bien este puede estar destinado a actividades productivas que sufren evidente menoscabo en lo que con el producido del bien expropiado concierne y que se trata de un factor distinto del valor comercial de aquel.

En efecto, una cosa es lo que vale el inmueble en el que, para dar un ejemplo, funciona un restaurante y otra lo que el negocio como tal produce, que en no pocas ocasiones puede ser una cifra muy superior, ingresos de los que se priva al expropiado generando ostensiblemente un lucro cesante, de ahí que el parágrafo transcrito se ocupa de regular la forma como se debe calcular esta indemnización para limitarla en el tiempo a un lapso máximo de seis meses, restricción que es indispensable atendido al desangre que han sufrido las instituciones estatales por las experticias les que se ocupaban de tasar las indemnizaciones, que prolongaban por años los alcances del lucro cesante.

Con esta disposición se debe estimar el monto del lucro cesante que sufre el expropiado demostrándolo cabalmente, pero limitado como máximo a seis meses.

Empero, la norma tiene una evidente falla y es la de que esta indemnización por lucro cesante únicamente está permitida "cuando se trate de inmuebles que se encuentren destinados a actividades productivas", cuando es lo cierto que igualmente los bienes muebles también lo pueden estar y no se justifica la omisión.

Un ejemplo simple evidencia lo que destaco: si se expropian los buses, por excelencia bienes muebles, de una empresa destinada al transporte de pasajeros, es obvia la afectación por lucro cesante derivada de la expropiación de aquellos y no existe razón que justifique la discriminación que viola el derecho fundamental a la igualdad.

Destaco que el valor comercial del inmueble o mueble a expropiar guiará y limitará varias de las indemnizaciones de las que eventualmente pueden reclamarse en este proceso y el avalúo que se presenta como anexo a la demanda únicamente se refiere a dicha significación económica, la cual será la base para estimar el alcance de varios de los intereses enjuego. Así, si se trata de un inmueble afectado por una hipoteca, sobra toda la referencia a la indemnización en favor del acreedor pues ésta la da el valor de su crédito; si se trata de un poseedor el valor del inmueble establecido será base para considerar el alcance pecuniario máximo de los derechos de un eventual poseedor para determinar qué indemnización le corresponde al poseedor. En otras palabras, precisar cuánto vale el derecho de dominio sin posesión material, lo cual necesariamente está determinado por el valor comercial del inmueble pues resultaría absurdo e inequitativo que se avaluara comercialmente el inmueble y, además, los derechos del poseedor.

Por lo antes señalado, considero que la única forma como el afectado por las pérdidas proveniente del lucro cesante puede reclamar su indemnización será dentro de la oportunidad con que cuenta para objetar el avalúo anexo con la demanda que no se refiere sino al valor comercial del bien.

1.4. *La ley 1742 de diciembre 26 de 2014*

Con carácter más informativo que explicativo, destaco que la finalidad de esta ley, destinada a la expropiación administrativa, fue adoptar medidas "para los proyectos de infraestructura ;'de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás .'sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión

que adelante el Estado" a más de reformar algunos aspectos de la ley 1682 de 2013.

Es así como el art. 2 de la misma señala que: "La adquisición predial es responsabilidad del Estado y para ello la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa con fundamento en el motivo definido en el artículo anterior, siguiendo para el efecto los procedimientos previstos en las Leyes 9a de 1989 y 388 de 1997, o la expropiación judicial con fundamento en el mismo motivo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012. En todos los casos de expropiación, incluyendo los procesos de adquisición predial en curso, deben aplicarse las reglas especiales previstas en la presente ley."

En el art. 4 se indica que "La oferta deberá ser notificada únicamente al titular de derechos reales que figure registrado en el folio de matrícula del inmueble objeto de expropiación o al respectivo poseedor regular inscrito de conformidad con las leyes vigentes" y debe señalar eí motivo que determina la necesidad de adquirir el predio, con identificación precisa del mismo, el valor de adquisición y la "Información completa sobre los posibles procesos que se pueden presentar como son: enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial", oferta que una vez notificada da comienzo a la etapa de negociación directa ", en la cual el propietario o poseedor inscrito tendrán un término de quince (15) días hábiles para manifestar su voluntad en relación con la misma, bien sea aceptándola, o rechazándola."

Se agrega que: "Si la oferta es aceptada, deberá suscribirse escritura pública de compraventa o la promesa de compraventa

dentro de los diez (10) días hábiles siguientes e inscribirse la escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar correspondiente,"

Caso de no aceptación de la oferta, "será obligatorio iniciar el proceso de expropiación si transcurridos treinta (30) días hábiles después de la comunicación de la oferta de compra, no se ha llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria, contenido en un contrato de promesa de compraventa y/o escritura pública."

Como medida cautelar que es muy similar al embargo, se indica que una vez "Notificada la oferta de compra de los inmuebles sobre los que recaiga la declaratoria de utilidad pública o de interés social, e inscrita dicha oferta en el respectivo Certificado de Libertad y Tradición, los mismos no podrán ser objeto de ninguna limitación al dominio. El Registrador se abstendrá de efectuar la inscripción de actos, limitaciones, gravámenes, medidas cautelares o afectaciones al dominio sobre aquellos".

En el art. 5 se regula lo atinente a la entrega anticipada por orden judicial y se advierte que: "Los jueces deberán ordenar la entrega de los bienes inmuebles declarados de utilidad pública para proyectos de infraestructura de transporte, en un término ^perentorio e improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a .partir de la solicitud de la entidad demandante, en los términos j del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso o la norma que lo modifique o sustituya."

El art. 6 fija las pautas para el valor a indemnizar y dispone: P'E1 precio de adquisición en la etapa de enajenación voluntaria

será igual al valor comercial determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), los catastros descentralizados o por peritos privados inscritos en lonjas o asociaciones, de conformidad con las normas, métodos, parámetros, criterios y procedimientos que sean fijados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC).

El valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquirir y su destinación económica y, de ser procedente, la indemnización que comprenderá ei daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente incluirá el valor del inmueble. El lucro cesante se calculará según los rendimientos reales del inmueble al momento de la adquisición y hasta por un término de seis (6) meses."

2. EL PROCESO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

2.1. *Generalidades*

La solicitud de deslinde es uno de los escasos ejemplos de pretensiones declarativas puras. Con ellas se persigue que mediante declaración judicial contenida en la sentencia se ponga fin a un estado de incertidumbre del cual no es posible salir por otro medio y que se reconozca la realidad de una situación sin agregar o disminuir nada a los derechos preexistentes. Se trata tan solo de dejar nítidamente definido un estado de cosas que por motivos diversos dejó de ser claro.

Mediante este proceso declarativo se busca definir los linderos de dos o más predios colindantes, con el fin de volver las ■ cosas al estado que tenían antes de presentarse el motivo de duda, que bien puede obedecer a una causa natural, v. gr., un terremoto que alteró los mojones, base definitiva para conocer los linderos ' o a la acción del hombre cuando aquellos se corren o modifican : con torvas finalidades.

Por tal motivo considero equivocada la opinión de la Corte[9] cuando razona que "la sentencia que se pronuncia en el proceso de deslinde es constitutiva o atributiva de dominio, ello en atención a la confusión o incertidumbre existente entre los propietarios respecto de la verdadera y precisa línea de separación entre sus terrenos, pero nunca declarativa de dichos derechos. Esto es, el fallo proferido otorga un estado jurídico preciso y determinado. Concretamente a cada propietario le define hacia el futuro, y con características de cosa juzgada, cual es la extensión de su respectivo predio, sin posibilidades de que el otro pueda perturbarlo legalmente en lo sucesivo en su posesión y disfrute de la franja que le fue entregada por orden judicial".

Mal puede aceptarse que la sentencia dentro del proceso de deslinde es atributiva de derechos, pues olvidó la Corte que la esencia de este proceso está en volver las cosas al estado que tuvieron desde un principio, restableciendo los originales linderos de los predios, pero sin atribuir más terreno a cualquiera de ellos, de modo tal que la decisión no le otorga derechos diversos de los

■ 9 Corte Suprema de Justicia, sent. de octubre 24 de 1996, expediente 4306, ponente Dr. Nicolás BECHARA S.

que tenía cada uno de los colindantes, de donde se observa que mal puede atribuir derechos de los que se carecía.

Cuestión diversa es la de que al ser este un fallo declarativo y establecer cuáles eran los linderos que se hallaban confusos, determinando precisamente los mismos, tal como sucede con toda sentencia que acoge una pretensión declarativa, le pone fin a la situación de incertidumbre que existía antes de la determinación.

En otras palabras, como resultado de la decisión tomada dentro de este proceso, en lo que atañe con la exclusiva solicitud de deslinde, no se adquieren mayores derechos de los que desde siempre se tuvieron y es por ello que mal puede ser un proceso atributivo de dominio.

No hay discusión sobre si este proceso es de jurisdicción contenciosa o voluntaria; exista o no oposición, el proceso de deslinde es de jurisdicción contenciosa pues siempre entraña la potencialidad del conflicto; sin embargo, si no hay oposición a la demanda, el desistimiento de ésta solamente puede ser bilateral, es decir, por petición conjunta de las partes lo que es lo mismo, con "la anuencia de la parte demandada", por ser este evento uno de los casos de excepción al desistimiento unilateral, consagrado en el art. 314 del CGP y que tiene su razón de ser en que asume la ley que si el demandado no se opuso es porque también quiere que se ponga fin a la incertidumbre que ronda acerca de la real cabida de los predios.

La moderna teoría de los denominados derechos de vecindad está prevista en varias normas del Código Civil, entre ellas en el art. 900 que impone a los propietarios de predios colindantes la

mutua obligación de fijar los límites de sus inmuebles. De acuerdo con la mencionada disposición "todo dueño de un predio tiene derecho a que se le fijen los límites que lo separan de los predios colindantes y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes".

Desarrolla procesalmente tal precepto el proceso de deslinde y amojonamiento, de notoria importancia en los medios rurales[10] y escasa en los urbanos donde es bastante raro, debido a la índole de los linderos en este tipo de propiedades, normalmente muros, lo cual no implica que no pueda también presentarse en éstos bienes, como por ejemplo, un evento donde el proceso versó acerca de establecer los límites de dos parqueaderos en un edificio de Bogotá cuyos límites, es lo usual, sean unas líneas de pintura, se hicieron imprecisos y uno de los colindantes alegaba tener derecho a una mayor cabida para el estacionamiento de su vehículo.

2.2. *La competencia*

Por el factor territorial la competencia para conocer de este proceso corresponde al juez del lugar de ubicación de los inmuebles (fuero real exclusivo) por así indicarlo el art. 28 numeral 7?; de conformidad con la cuantía, será competente el juez civil municipal si el juicio es de mínima o menor, o el del circuito si es de mayor por disponerlo el art. 26 numeral 2º y para conocer esa

10 Se dice y no sin razón, que buena parte del conflicto armado que soporta .Colombia tiene su origen en tomo a la tierra. Entre nuestro campesinado uno de los casi diarios motivos de conflicto proviene de disputas en tomo a los linderos de sus predios, de ahí ei llamado a los jueces para que presten la máxima atención *T*observen celeridad extrema en la decisión de este proceso.

cuantía es el valor del derecho del demandante en el inmueble el que se toma en cuenta.

Esto evidencia que no importa cuál sea el valor de la zona en litigio, porque el criterio que adopta el estatuto es el del valor comercial del inmueble del demandante; para fijar esta cuantía basta la afirmación que se haga en la demanda para lo cual no es ni siquiera obligatorio señalar un valor preciso sino ubicar el bien dentro de alguna de las tres conocidas.

Ahora bien, el demandado puede, mediante la excepción previa de falta de competencia, demostrar que el valor del bien o la cuantía generalmente estimada, no coincide con la que el demandante le fijó en la demanda, cuando el indicado implicaría una competencia diversa, pues no se trata de discutir, que quede el punto claro, el valor comercial exacto del inmueble. Así, por ejemplo, si el demandante asevera que su predio tiene un valor de doscientos millones de pesos y el demandado objeta acerca de que tan solo es de ciento cuarenta millones, la controversia resulta estéril, debido a que de todas formas se trata de un asunto de mayor cuantía.

El art. 400 del CGP, establece quiénes están habilitados para demandar el deslinde e indica que, a más del propietario, del nudo propietario, del usufructuario y del comunero del bien, puede presentar la demanda el poseedor con más de un año de posesión, en cuyo caso debe aducirse prueba sumaria de la posesión, pudiendo solicitar el deslinde con base en los títulos del colindante por permitirlo el art. 401 numeral 2º.

Cuando quien demanda es el titular de alguno de los derechos reales ya mencionados, debe acompañarse con la demanda, tal como lo dispone el numeral primero del artículo 401 del CGP, "El título del derecho invocado y sendos certificados del registrador de instrumentos públicos sobre la situación jurídica de todos los inmuebles entre los cuales deba hacerse el deslinde, que se extenderá a un período de diez años si fuere posible",[11] obligación de lá que no está exonerado el poseedor cuando es el demandante, pues con tales anexos se asegura la citación de todos los titulares de derechos reales principales sobre los inmuebles objeto de deslinde, pues se trata de un evento de litisconsorcio necesario, debido a que si quien es citado no concurriere, que- dárá vinculado por el deslinde que se practique, de manera que todos esos titulares de derechos reales de los predios colindantes, diversos del demandante, deben ser citados al proceso con notificación personal directa o indirecta de la demanda, es decir aún por medio de curador de darse los supuestos para su designación.

Conforme al artículo 402 del CGP, el traslado de la demanda será de tres días y dentro de él pueden proponerse, mediante el empleo del recurso de reposición contra el auto admisorio, las •excepciones previas a que haya lugar y dos excepciones perentorias, las de cosa juzgada y transacción, Este artículo consagra uño de los casos en que el legislador ha querido que excepciones

- dé fondo o perentorias, como también se las conoce, se decidan
- mediante auto interlocutorio y no por medio de sentencia

"ti;- La razón para exigir, en lo posible, un certificado que abarque al menos diez años, estriba en que el plazo de la prescripción adquisitiva extraordinaria es de 10-años establecido a partir de la ley 791 de 2002 .Esto no implica, que deba ¿necesariamente limitarse a dicho término, pues si da cuenta de vicisitudes del bien 'porun lapso mayor eso no conlleva irregularidad alguna.

La naturaleza de la pretensión declarativa pura que se emplea dentro de este proceso impide que pueda imaginarse, en esta etapa inicial la posibilidad de cualquier otra excepción perentoria diversa a las de cosa juzgada y transacción pues no existirá motivo alguno de debate diferente a demostrar que la controversia en tomo a los linderos ya fue objeto de definición, de donde se desprende lo atinado del art. 402 de haber limitado a esas dos posibilidades los medios exceptivos perentorios.

No obstante, es conveniente resaltar que la excepción de cosa juzgada o transacción que puede ser propuesta debe referirse exactamente al mismo debate, pues nada impide que luego de una sentencia judicial o de un contrato de transacción se presente una nueva indeterminación de linderos que no queda cobijada por las anteriores decisiones. En suma, lo que se quiere resaltar es que la circunstancia de que exista transacción o fallo anterior no implica la imposibilidad de una nueva controversia sobre el tema cuando se trata de hechos posteriores que generaron de nuevo confusión en los linderos.

Ninguna otra excepción puede presentarse en esta etapa inicial del proceso; pero advierto que en el trámite subsiguiente y en caso de oposición a la línea divisoria, es posible presentar la excepción de prescripción, o cualquiera otra que fuere pertinente porque en esta actuación no existe ninguna limitación, como adelante lo explico.

De particular importancia por los efectos prácticos que genera en desarrollo del principio de la economía procesal es el numeral 3º del art. 401 al disponer que con la demanda se debe allegar como anexo obligatorio: " Un dictamen pericial en el que

-sé determine la línea divisoria, el cual se someterá a contradicción en la forma establecida en el artículo 228."[12]

2.3. *Diligencia de deslinde*

Si son desestimadas las excepciones propuestas o si no se

•presentaron, se procederá a adelantar la diligencia de deslinde, en ja cual el juez actuará asesorado por el perito que rindió el dictamen anexo con la demanda, con el fin de que, en el lugar de los hechos y, valiéndose de todos los medios probatorios que estime pertinentes y que en la ocasión pueda practicar, señala las líneas demarcatorias de los predios, o declara que no existe posibilidad de deslinde si encuentra que no son colindantes, en cuyo caso mediante auto que así lo indique, se da fin al proceso sin proferir sentencia, auto en el cual se debe condenar en costas ai demandante que no tenía la razón.

; En la primera hipótesis el juez, con base en la información §§:' probatoria recibida, procede a señalar la línea divisoria, haciendo SIS**??! - -■

colocar los mojones que permitan su trazado, y si ninguna de las

[12] "Artículo 228. **Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, pj^áportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del tér- fa^-mino de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro pífelos tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en Üfrlj conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesa- citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán ^mtenogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá ^formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consi- ^d^rarLüecesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el l|estÍmonio. Si ei perito citado no asiste a la**

en posesión de los respectivos terrenos con arreglo a la línea fijada en los que no fue objeto de oposición" y pronunciará en el acto, cuando ninguna oposición existió, la sentencia aprobatoria.

En la diligencia de deslinde el juez, salvo el caso de hallar que los predios no son colindantes, está en la perentoria obligación de trazar la linea divisoria. Ese acto es la base en tomo de la cual se desarrolla toda actuación subsiguiente, según que sea aceptada o no por las partes. El juez no puede abstenerse de fijarla, excepción hecha de la circunstancia referida, no puede pretextar el funcionario falta de suficiente ilustración para no hacer el trazado, pues tiene todos los medios probatorios a su alcance
para hacerlo.

Es su deber proceder al señalamiento pues como bien lo dice el art. 403 numeral 2o si los predios son colindantes el juez "señalará los linderos y hará colocar mojones en los sitios que fuere necesario para demarcar ostensiblemente la línea
divisoria".

Es más, si materialmente resulta imposible allegar otras pruebas que ilustren aún más el criterio del juez, éste, según su leal saber y entender, debe fijar la línea divisoria, ya que ella constituye la base en tomo a la cual se puede desarrollar el debate probatorio que procede en caso que exista oposición a lo resuelto, de ahí que la circunstancia de que eventualmente se equivoque, permite que a través del amplio trámite que sigue en caso de oposición, se corrija el error.

Si el juez se abstiene de señalar la línea divisoria, a más de incumplir gravemente con sus deberes, dejará el proceso en un

#
^limbo jurídico, que la ley no auspicia, porque no sería posible ' proseguir la actuación. En consecuencia, reitero que salvo que ^los predios no sean colindantes, el funcionario tiene el imperioso "deber de fijar una línea divisoria dentro de la diligencia.

n,

Una vez señalada la línea divisoria puede suceder que no Y exista oposición ni de las partes ni de terceros por lo que, como ^atrás se advirtió, procede a realizar la entrega de las zonas correspondientes; no obstante, si en el acto de entrega, caso de acep- tación total o parcial de la línea divisoria por las partes, se pre- ^Isentaren terceros alegando ser poseedores de los bienes, el num. ¿4rdel art- 403 dispone: "Las oposiciones a la entrega formuladas 5 por terceros, se tramitarán en la forma dispuesta en el artículo 5^309", con lo que los poseedores reciben adecuada protección por cuanto puede suceder que el proceso de deslinde obedezca a una | actuación amañada entre dos propietarios de predios colindantes ;;para vulnerar intereses de terceros poseedores y el hecho de señalarse la línea no hace desmerecer sus derechos.

Dado que de acuerdo con el art. 309 del CGP es posible ■'que prospere la oposición y que se acepte que el poseedor tiene - razón, evento en el que se imparte el trámite allí indicado en caso de insistencia, y queda secuestrada la parte correspondiente a la ;; oposición, la actuación debe proseguir por cuanto la presencia de poseedores no exonera de señalar la línea divisoria pues es nece- _;sario dejar nítidamente establecidos los linderos, inclusive para |que el respectivo propietario tenga una base clara para iniciar las acciones que estime pertinentes contra los poseedores triunfantes.

ÍK Y si la oposición del tercero es rechazada en la diligencia ^ el tercero apela, también se debe señalar la línea divisoria y

decidir lo que fuere pertinente; como la apelación se tramita en el efecto devolutivo, la entrega material del bien se efectuará de inmediato.

En suma, las oposiciones de terceros que aleguen posesión no pueden impedir que se fije la línea divisoria, pero sí que en caso de entrega de las zonas respectivas se les desaloje, si son resueltas favorablemente.

En otras palabras, en eventos como el que nos ocupa una vez trazada la línea divisoria si se acepta, cada colindante ya sabe cuáles son los linderos de sus respectivos predios y, de contera, qué poseedores están dentro de ellos.

Pero, insisto, no se puede, so pretexto de entregar zonas que estaban en poder de uno de los colindantes, desconocer el derecho alegado y probado de quienes en tal momento son poseedores, ni tampoco argüirse que el juicio no cumplió con su finalidad, pues ésta no es otra que la de establecer con claridad los linderos. Que la entrega no se haya podido llevar a cabo por la presencia de poseedores amparados no quiere decir que el objetivo del proceso, que no es desalojar poseedores, sino fijar linderos, se haya dejado de cumplir.

El requisito esencial para dictar sentencia en el acto de la diligencia de deslinde es la integral aceptación de la línea divisoria; si sólo se admite una parte de la línea fijada, se pondrá a las partes en posesión de los terrenos respectivos y se tramitará la oposición correspondiente a la zona restante, mediante el lleno de los requisitos previstos en el art. 404 del CGP.

Para tramitar la oposición, total o parcial a la línea divisoria fijada, es necesario que en el momento de la diligencia así lo manifieste el opositor, sin que sea necesario otro requisito que el de dejar constancia sil inconformidad. El opositor que puede ser cualquiera de las partes debe cuidarse muy bien de que su manifestación conste en el acta; no se requiere fundamentarla, &ré basta afirmar la circunstancia de que no se está de acuerdo con lo señalado por el juez; el por qué, se hará saber luego.

La oposición debe fundamentarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que se formuló, mediante escrito que reúna los requisitos de una demanda. De acuerdo con el art. 404 del CGP mediante la oposición se podrá "alegar los derechos que cousidere tener en la zona discutida y solicitar el reconocimiento y pago de mejoras puestas en ella", es decir, la oposición siempre debe fundarse en la no aceptación de la línea fijada y, además pedir el pago de mejoras, pero si se trata tan solo se solicitar las últimas, otro es el procedimiento.

También será viable la oposición, si se solicita que se declare que la zona de terreno se adquirió por prescripción. En fin, cualquier circunstancia que justifique la no aceptación de la línea fijada y que lleve al opositor a discrepar de lo decidido por el juez, en forma tal que incluso los errores de apreciación en el establecimiento de los mojones y tiraje de las líneas divisorias, son causal suficiente para oponerse.

Ciertamente, puede suceder que uno de los colindantes haya poseído por más del lapso necesario para que opere la prescripción adquisitiva, una franja de terreno que en virtud de la determinación de la línea divisoria debe volver al otro. Si se recuerda

que quien alega la prescripción adquisitiva, luego de la ley 791 de **2002**, lo puede hacer por la vía de acción o por el camino de la excepción perentoria, en este evento, estimo que debe ser por vía de acción, debido a que la oposición tendrá su fundamento en la demanda en que se solicite la declaratoria de la prescripción adquisitiva del dominio y se aplicará el num. 3 del art. 404 según el cual "presentada en tiempo la demanda, de ella se correrá traslado al demandado por diez días, con notificación por estado, y en adelante se seguirá el trámite del proceso verbal".

Igualmente es necesario aplicar las indicaciones especiales del art. 375 del CGP en lo pertinente, es decir, designar curador para personas indeterminadas previo el emplazamiento de las mismas. En resumen, si se alega la prescripción deben observarse los requisitos especiales del art. 375 pues en este evento se está frente a un proceso verbal de pertenencia.

La oposición, tal como la regula el Código, está montada sobre la hipótesis de que sólo uno de los colindantes se opone a la línea fijada por el juez, cuando perfectamente puede acontecer que los dos estén en total desacuerdo con ella. Debe quedar claro que nada impide que las dos partes manifiesten su oposición y en tal caso, dentro de los diez días siguientes se presentarán sendas demandas para su sustentación, de las cuales se dará mutuamente el traslado de rigor y se tramitarán conjuntamente. Aclaro que no puede hablarse en estos eventos de demanda de reconvención, pues no se trata de formular pretensiones en contra del demandante, sino de los requisitos para sustentar el desacuerdo con la determinación judicial adoptada en la diligencia de deslinde.

Presentada la demanda, se corre traslado de ella al demandado, que perfectamente puede ser quien inicialmente tuvo la calidad de demandante.[13] El traslado es de diez días y para su efectividad basta la notificación por estado, pues al estar trabada la relación jurídico-procesal no se justifica nueva notificación personal; vencido ese traslado, dentro del cual el demandado puede ejercer todos los derechos propios de esa parte, continúa el juicio pomo verbal de mínima, menor o mayor cuantía, según el caso, ¿ircunstancia ésta absolutamente excepcional en el CGP porque que un proceso que se inicia como declarativo especial puede > terminar como verbal.

La sentencia en este proceso, que ahora podemos llamar ; yerbal, debe resolver sobre los fundamentos de la oposición y - mantener o modificar, pero ya con características definitivas, las ; líneas divisorias de los predios colindantes.

Al igual que en la *reformatio in pejus,* la oposición se en- -- tiende interpuesta en lo desfavorable al opositor, razón por la Icual no puede hacerse más gravosa su situación que la creada ¿con la línea fijada. Si las dos partes se opusieren, ya desaparece ¡ toda limitación para el juez, para disponer, si fuere el caso, nue- ?-vo amojonamiento y entrega de los terrenos a quienes tuvieran derecho a ellos, para lo cual se procederá como se actúa en cumplimiento de una sentencia que impone la obligación de entregar £|arts. 308 y ss.).

jfe_____

Si el demandante inicial está en un todo de acuerdo con la línea fijada como ^visoria, se evidencia que el nuevo demandante será quien, en esa primera etapa, -ocupó la posición de demandado.

No obstante, como en esta hipótesis es posible que zonas que estaban en poder de uno de los colindantes pasen a otros, debe respetarse el derecho a las mejoras que tiene el perjudicado con el fallo, quien por disposición del art. 405 del CGP "podrá oponerse a la entrega mientras no se le pague su valor". Se consagra así, en su favor, un verdadero derecho de retención.

Ahora bien, si en la diligencia se ha expresado la no aceptación de lo decidido por el juez, pero dentro de los diez días siguientes no se presenta la demanda que fundamente la oposición, el art. 404 prevé en su num. 2 que el juez, de oficio, pues no es menester que la otra parte lo solicite, por cuanto basta verificar el transcurso del tiempo, "declarará desierta la oposición y ordenará las medidas indicadas en el número 3 del precedente artículo", es decir, mediante un auto se declarará en firme el deslinde, se ordenará cancelar la inscripción de la demanda, medida cautelar que por disposición del art. 592 del CGP. se decreta de oficio, se dispondrá la protocolización del expediente en una notaría deí lugar y se les dará posesión a los colindantes del sector que les corresponda según el deslinde cuando no la tuvieren, todo sin perjuicio de los derechos de terceros poseedores.

En resumen, si no se formaliza la oposición, entiende el legislador que se ha presentado la renuncia tácita a la misma y el declararla desierta equivale a que la línea fijada por el juez en la diligencia es la que obligatoriamente debe cumplirse, como si no hubiere existido oposición.

El Código ha debido ser congruente y en lugar de aceptar que el juez declare desierta la oposición por medio de auto, ha debido prever que se dicte sentencia (con el mismo contenido del

auto) pues la índole jurídica de la decisión que tales cosas ordena es sentencia

Además, así se evitaría que sin dictar sentencia termine un proceso con decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda. Bien se ve que en la hipótesis del num. 2 del art. 404 el procesó termina mediante auto porque ya no existirá ninguna otra actuación diferente de la entrega y del trámite de oposiciones de poseedores y por mejoras.

2.3.1. *Las mejoras en el proceso de deslinde*

Constituye un aspecto que no se regula con la suficiente claridad, de manera especial cuando la oposición concierne exclusivamente con las mejoras. En efecto, el art. 405 señala que él colindante que tenga mejoras "en zonas del inmueble que a causa del deslinde deban pasar a otro, podrá oponerse a la entrega mientras no se le pague su valor", lo cual presupone que se acepta la aptitud de la línea divisoria demarcada, porque de no acontecer así, la oposición estaría basada en que no es la línea que corresponde y no se alegarían mejoras sino el derecho de dominio sobre la zona pertinente.

Sentado este presupuesto se encuentra que el inciso segundó del art. 405 agrega que "En la diligencia se practicarán las pruebas que se aduzcan en relación con dichas mejoras y el juez decidirá si hay lugar a reconocerlas; en caso de decisión favorable al opositor, este las estimará bajo juramento y de ser objetada la estimación, serán avaluadas por los peritos que hayan concurrido a la diligencia"

Indica lo anterior que la primera oportunidad para alegar el derecho de mejoras dentro de este proceso se da en el acto mismo de la "diligencia", que no es otra diferente a la de deslinde y surge inmediatamente que el juez cumple con el deber de seña- lar la línea divisoria, no dentro de los diez días siguientes, pues recuérdese, estamos en la hipótesis de que la única razón de la oposición son las mejoras, no el trazado.

En la misma diligencia se practicarán las pruebas en orden a la demostración del derecho a las mejoras, que serian básicamente la prueba de la posesión que el colindante ha ejercido en el terreno del que acepta no es propietario, el juez debe decidir en la diligencia de deslinde si hay lugar a ellas, es decir, si le asiste el derecho a las mejoras, para lo cual aún no es del caso entrar a determinar su valor, aun cuando nada impide que si de las pruebas practicadas esté en posibilidad de señalarlo, lo haga de inmediato en concreto, o sea, que no sólo reconozca el derecho a las mejoras sino su valor, aun cuando no será lo frecuente.

De resolver el juez quien tiene derecho a las mejoras, a continuación el opositor las estimará bajo juramento, el que debe seguir los parámetros del art. 206 del CGP es decir debe ser razonado y explicar el porqué de la cifra considerada, de manera que si es objetada la estimación corresponde el avalúo al perito que asiste a la diligencia, perito que es el mismo que intervino para el deslinde; es más por razones de economía procesal es conveniente que sea el mismo experto, dado el previo conocimiento que tiene del tema en debate.

La teoría es sencilla, empero empiezan los problemas. Como nos hallamos en actuación propia de la diligencia de des-

linde y la oposición no es a la línea divisoria, es más se presupone que quien pide las mejoras acepta que es correcta la señalada, motivo por el cual alega que no devuelve mientras no se le reco-
- nozcan y paguen, se encuentra que como el juez tiene que dictar * sentencia declarando en firme el deslinde (insisto, no hay opo- .. sición a la línea fijada), perfectamente puede el juez dictar en el , acto la sentencia y señalar que la entrega material tan solo se hará r una vez establecido el monto y pagadas las mejoras a las que en
- la diligencia se reconoció la existencia del derecho.

Otra posibilidad de alegar mejoras, totalmente diversa de la anterior, se presenta cuando luego de que ha sido fijada la línea divisoria, existe oposición y una de las partes alega que tiene derecho exclusivo a zonas de terreno que en virtud de la demarcación quedan en poder del otro colindante, para lo cual presenta la correspondiente demanda dentro de los diez días siguientes a la diligencia de deslinde.

En este evento la otra parte puede perfectamente alegar que, caso de que lleguen a prosperar las pretensiones del opositor y deba restituir terreno, ejercita el derecho de retención por las mejoras que realizó, lo que se hará en la contestación de la demanda, de la segunda demanda, porque para esta hipótesis opera la regla general acerca de que las mejoras deben alegarse en la
- contestación de la demanda por el demandado, pues aquí sí se sabe que es lo que pretende, en terreno, el demandante, lo que no sucede con la primera demanda que busca es precisamente señadar la línea divisoria que servirá como base para toda discusión ¡^posterior, de haber lugar a ella

3. DE LOS PROCESOS DIVISORIOS

3.1. *Generalidades*

La propiedad asume la forma de comunidad cuando respecto de un bien existen varios sujetos titulares del dominio en forma simultánea, sin que exista precisa determinación del derecho de cada uno sobre una parte específica de aquél. Por eso se dice que el comunero es dueño de todo y de nada, pues sabe a ciencia cierta que tiene un derecho de dominio sobre determinado bien, pero no puede individualizarlo respecto de una específica parte sobre el que recae, lo que conlleva, en muchos casos, dificultades para su adecuada utilización o explotación, por la diversidad de criterios que los diferentes titulares puedan tener en cuanto a su destino.

Ante esta situación el legislador proporciona los instrumentos legales para que se ponga fin a las comunidades, que regula como inocultable realidad jurídica, pero que aspira a que en lo posible no se den, lo cual se plasma en el art. 1374 del C. C. cuando estipula que "ninguno de los consignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión" y más adelante agrega que "no puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto".

Dispone, en el art. 2340 C. C., que la comunidad termina por la división del haber común, entre otras causas, de común acuerdo o acudiendo al juez, vía ésta que paso a estudiar, no sin antes destacar que deben los comuneros propender, en lo posible, por evitarla, pues el acuerdo directo, sea dividiendo materialmente o, vendiendo todos a uno de ellos o bien haciéndolo a un terce

ro, es el camino aconsejable, dados los costos y lo prolongado del proceso, desarrollado en los artículos 406 a 418 del CGP.

Recuerdo que la clasificación del proceso divisorio como declarativo es equivocada pues no se trata de procesos de esta índole, sino de liquidación, de modo que hubiera quedado técnicamente ubicado al lado del de sucesión y del de liquidación de sociedades, como ya se ha dicho.

En resumen, si existe un bien mueble o inmueble con derecho de dominio en común y proindiviso, los condueños pueden ponerle fin extrajudicialmente a la comunidad realizando su partición material o enajenándolo a una sola persona que radique en su cabeza las diversas cuotas y unifique así el dominio del bien. Pero si tal acuerdo no es posible, el proceso divisorio, en la modalidad de división o venta de la cosa común, constituye el instrumento judicial para lograr tal fin.

Para acudir a este sistema no interesa que se trate de un solo bien o de varios, siempre y cuando estén debidamente individualizados. Si Pedro, Juan y Diego son comuneros de una casa, una finca y un automóvil, y quieren dar término al estado de indivisión, pueden, de no lograr el acuerdo, acudir al proceso divisorio.

Pero si la comunidad es sobre una universalidad, por ejemplo la masa de bienes de una herencia o el patrimonio de una sociedad civil o de una sociedad conyugal, otros son los sistemas procesales llamados a cumplir la misma finalidad: el proceso de sucesión y el de liquidación de sociedades, procesos que incluso pueden culminar creando comunidades sobre bienes singulares que, a su vez, se podrían terminar por el sistema procesal que analizo.

Veamos un ejemplo: en proceso de sucesión el partidor adjudica a Jorge y a María derechos en común y proindiviso respecto de una casa que fue del causante. Culminada la sucesión, los comuneros pueden terminar la indivisión acudiendo al proceso de división o de venta de la cosa común, motivo por el cual el Código Civil previene al partidor que, en lo posible, se abstenga de crear comunidades, por ser fuente de futuros litigios.

El proceso divisorio, tiene por objeto, como ya se dijo, poner fin a la comunidad mediante la división material del bien, si esa división es jurídica y físicamente posible, o de no ser así, vendiendo el bien y repartiendo su producto entre los comuneros, a prorrata de sus derechos.

En efecto, cabe resaltar que la forma usual de terminar una comunidad es mediante la denominada división material y sólo en caso de no ser ella posible, procede la venta, criterio claramente plasmado en el art. 407, según el cual "la división material será procedente cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. En los demás casos, procederá la venta".

De acuerdo con la anterior disposición, siempre que sea posible la división material ésta debe ordenarse y salvo que los comuneros acuerden otra cosa, v. gr., la venta en pública subasta[14], deberá optarse por dividir materialmente el bien, para lo cual se

14 Debe advertirse que nada impide que si los comuneros no logran el acuerdo para acabar extrajudicialmente con la comunidad, pueden solicitar por unanimidad al juez que decrete la venta en pública subasta, así el bien admita la división material. Si se presenta esta solicitud el juez debe acatarla de la misma manera como está obligado a aceptar el avalúo que los comuneros quieran

debe tener presente como criterio el de la divisibilidad jurídica y no la meramente material del bien, pues puede acontecer que desde este último punto de vista el bien objeto del proceso admita su partición, pero que jurídicamente se tome indivisible como acontecería, por ejemplo, con un lote de terreno de doscientos metros cuadrados, propiedad de dos comuneros, ubicado en una zona urbana en donde no se permiten inmuebles con una extensión inferior a la mencionada, o cuando de procederse a la división se afecte notoriamente el valor del bien, como sucedería con una finca de dos fanegadas para dividir entre cuatro comuneros o una finca de mil hectáreas en el alto llano para repartir entre diez comuneros, dado que allí esas extensiones no permiten una rentable explotación y se rebaja ostensiblemente su valor comercial.

Es obvio que no procede la división material, cuando por su naturaleza el bien es indivisible, como un automóvil o un semoviente.

3.2. *Competencia*

La competencia para conocer de este proceso la tiene el juez del lugar donde está ubicado el bien, fuero real exclusivo, art. 28, num. 7o y según la cuantía, el juez civil municipal o el del circuito.

El criterio para señalar la cuantía lo establece el art. 26 numeral 4º del CGP al indicar que es el valor del avalúo catastral si se trata de inmuebles "o por el valor de los bienes objeto de la partición o venta" si son muebles, de modo que no interesa él valor del derecho que tenga el demandante y de ahí que sea indiferente para determinar la competencia, que quien demande

sea un comunero minoritario, pues siempre se siguen los criterios advertidos.

Y puesto que el proceso puede versar tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, respecto de los muebles quedará radicada la competencia por la ubicación que tenía el bien cuando se presentó la demanda, sin que importen en absoluto sus posteriores traslados.

En relación con la cuantía cuando se trata de bienes muebles, advierto que, como sucede en otros procesos, al demandante le basta estimar el valor del bien afirmando que se halla dentro de alguna de las tres cuantías conocidas; es decir, que no necesita dar valores exactos ni debe acompañar prueba alguna, ya que sólo se trata de ubicar el proceso dentro de alguno de los tres grandes rangos que existen para determinar la competencia por razón de la cuantía, dándose, en principio, plena fe a lo afirmado por el demandante acerca de dicho aspecto.

Pero si los demandados estiman que la aseveración por razón de la cuantía es equivocada, y como consecuencia de ese error se altera la competencia o el trámite (caso de la mínima cuantía que genera única instancia), pueden presentar la correspondiente excepción previa y allegar las pruebas que demuestren su inconformidad para que el juez defina lo pertinente.

3. 3. *La demanda*

El artículo 406 del CGP, legitima a cualquier comunero para demandar al indicar que ‘‘todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya

el producto”, demanda que debe estar dirigida contra los demás comuneros,[15] lo que determinará la existencia de un *litis consorcio* necesario pasivo respecto de todos aquellos comuneros que no comparezcan como demandantes, aspecto éste de sumo interés porque únicamente los demandados pueden ejercitar el derecho de compra preferencial que adelante se explicará, de manera que el demandante debe tener presente que llevar la iniciativa implica renunciar al ejercicio de ese derecho.

Con la demanda es necesario adjuntar la prueba “de que demandante y demandado son condueños”; por eso si se trata de bienes sometidos a registro se presentará “también certificado del respectivo registrador sobre la situación jurídica del bien y su tradición, que comprenda un período de diez años si fuere posible”. Es decir, es menester acreditar, por medio de prueba idónea, la calidad de condueños; si se trata del derecho de dominio respecto de bienes raíces debe aportarse el documento que dé cuenta del negocio jurídico o de la adjudicación que dio origen a la comunidad y, “también”, es decir, además, el correspondiente certificado de tradición.

Si se trata de bienes no sometidos a registro, por aplicación extensiva de disposiciones similares del Código General del Proceso, creo que debe allegarse prueba sumaria de la existencia de la comunidad. Por ejemplo, si se pretende terminar una comunidad sobre unas cabezas de ganado, se podrá aportar un documen

15 El hecho de que la norma señale que la demanda debe dirigirse contra “los demás comuneros” obedece a que la práctica muestra que es usual que sean numerosos los condueños. Sin embargo nada impide que cuando tan solo existen dos comuneros uno sea el demandante y el otro el demandado, o bien que siendo ■ varios demandantes solo uno sea el demandado.

to privado que dé cuenta de su existencia, o dos declaraciones extraproceso de personas a quienes les conste su existencia, o la confesión extraproceso proveniente de otros comuneros. De no aceptarse esta interpretación se eliminaría el proceso divisorio de bienes muebles no sometidos a registro, cuestión que jamás ha querido la ley.

Adicionalmente se debe acompañar con la demanda "un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de los mejoras si las reclama.", útil disposición que establece desde un principio los parámetros que orientan la demanda pues con base en dicha experticia, a cargo del demandante, quedan sentadas las bases para las correspondientes pretensiones, de modo que eí demandante podrá solicitar la venta o la división material del bien sobre el cual recae la comunidad atendiendo a esas directrices.

El juez, analizadas las manifestaciones de los demandados y aplicando los criterios acerca de la posibilidad de división material y jurídica del bien, decidirá la opción viable, porque la pretensión de división, aun cuando no medie oposición, no vincula fatalmente al juez puesto que así se haya pedido la división material y no exista oposición, o los demandados la acepten, si los criterios de divisibilidad no son aplicables, el juez debe decretar la venta en pública subasta.

Así como el juez tiene el deber de aceptar la petición de los comuneros de que se decrete la venta en pública subasta incluso si el bien admite división material, también tiene plena autonomía para rechazar la solicitud unánime en el sentido de que

se disponga la división material, dado que la venta es viable en cualquier evento y la división, material sólo procede cuando se cumplen los criterios de divisibilidad jurídica comentados

En afortunada aplicación del principio de la economía procesal, el art. 408 permite que si para obtener la división se requiere la previa autorización judicial por ser incapaz el comunero, en la demanda se puede solicitar la licencia acompañando prueba siquiera sumaria de su necesidad o conveniencia, y el juez, sin acudir a proceso separado, puede otorgarla en el mismo auto en que se admite la demanda, sin que interese para nada que aún no se haya corrido el traslado de ella, pues la norma advierte que: "El juez deberá pronunciarse sobre la solicitud antes de correr "traslado de la demanda", de modo que es esta decisión un paso previo a la admisión de la demanda debido a que cuando ella es admitida es que se ordena correr el traslado a los demandados.

Este es un claro ejemplo de lo mucho que se puede hacer en beneficio del principio citado cuando se desarrolla adecuadamente, pues se evitan innecesarios períodos de pruebas y múltiples decisiones que deben tomarse en diferente proceso. De no existir la norma, se llegaría a la venta de los derechos del incapaz dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria mediante remate, con el cual no se pone término a la comunidad sino, simplemente, se cambia de titular en los respectivos derechos. Es, pues, manifiesta la utilidad de la disposición.

Señala el art. 409 que admitida la demanda, se dará traslado a los demandados por el término de diez días, auto en el que además el juez debe decretar de oficio la inscripción de la demanda si se trata de bienes sometidos a registro, plazo de traslado que el

demandado puede emplear para efectos de proponer como hecho exceptivo perentorio temporal la existencia de un pacto de indivisión vinculante, que es la una de las limitadas defensas de fondo esgrimióles[16], lo que se desprende del inciso primero del art. 409 al prescribir que: "Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada, según corresponda; en caso contrario, convocará a audiencia y en ella decidirá."

En efecto, los motivos de oposición que pueden tener los demandados en realidad son muy escasos, pues como ya se dijo, el legislador quiere que en lo posible no existan propiedades en común y proindiviso; por esta razón la causal de excepción más frecuente será el haber pactado la comunidad por determinado lapso, que no puede exceder de cinco años (C. C., art. 1374).

El hecho de que la mayoría de los comuneros quiera continuar con la comunidad y que el demandante sea minoritario en sus derechos, son circunstancias absolutamente irrelevantes para efectos de decretar la división o venta; tampoco sirve como causal de oposición la de las mejoras, pues los comuneros demandados que las tengan deben alegarlas dentro del término de contestación de la demanda, para ser tramitadas como explicaré adelante.

También puede el demandado si no está de acuerdo con el dictamen aportado con la demanda "aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo."

16 Debo reiterar que las posibilidades de excepción perentoria en estos proce sos están limitarlas a unas pocas hipótesis como son las de exigibilidad antes del plazo en el caso de pacto de indivisión, cosa juzgada o división material anterior de común acuerdo.

Tratándose de excepciones previas, estas deben ser presentadas mediante el empleo del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda por así ordenarlo expresamente el inciso segundo del art. 409.

3.4. *El avalúo, requisito común para la división o la venta*

Como se vio, a una comunidad puede ponérsele fin mediante la división material o la venta en pública subasta, medios que tienen características totalmente distintas, pues la una culmina con una sentencia aprobatoria de la partición, en tanto que la otra con el auto que aprueba el remate, así partan de un supuesto procesal común cual es el avalúo de los bienes a dividir o rematar.

El avalúo puede no realizarse o inclusive ser desconocido si las partes señalan de común acuerdo el valor del bien, para lo cual basta presentar un escrito en el cual manifiesten su deseo de asignar un determinado valor al bien a dividir o vender,. En suma, los comuneros por ser propietarios, son los llamados a determinar el valor del bien cuya venta o división se persigue y si actúan de consuno pueden señalar el que quieran lo que deben hacer "antes de fijarse fecha para la licitación"

3.5. *Trámite para la división material del bien*

Para esta hipótesis los trámites están previstos en el art. 410 del CGP que dispone: "Ejecutoriado el auto que decrete la división, el juez dictará sentencia en la que determinará cómo será partida la cosa, teniendo en cuenta los dictámenes aportados por las partes.", con lo que se evidencia lo importante del dictamen pericial tanto del que se adjunta con la demanda como el que se

puede presentar en caso de no estar de acuerdo con el mismo, de manera que con base en esas pruebas debe el juez proferir sentencia precisando como queda dividido materialmente el bien, lo que evidencia la gran agilidad que el CGP ha dado al proceso.

3.6. *Trámite para la venta del bien*

Está consagrado en el art. 411 del CGP que dispone que "En la providencia que decrete la venta de la cosa común se ordenará su secuestro y una vez practicado éste se procederá al remate en la forma prescrita en el proceso ejecutivo, pero la base para hacer postura será el total del avalúo. Si las partes hubieren aportado avalúos distintos el juez definirá el precio de bien.", esto sin perjuicio del derecho de las partes cuando con capaces de "señalar el precio y ia base del remate, antes de fijarse fecha para la licitación."

Es menester explicar el alcance de la expresión "antes de fijarse fecha para la licitación" para efectos de determinar la oportunidad hasta la cual los comuneros pueden de común acuerdo señalar el nuevo avalúo y por ella se debe entender la oportunidad anterior al auto que señala fecha para el remate y no la diligencia de subasta propiamente dicha.

Las razones son claras, señalada la fecha para el remate se inician una serie de trámites respecto de los cuales los terceros interesados en participar deben tener certeza acerca de las bases de la licitación para efectos de disponer todo lo necesario para intervenir en ella. Si se permitiera que luego de dicha oportunidad los comuneros pudieran variar la base de ıa licitación alterando el precio, lo indicado en el aviso de remate y sus publicaciones

por radio y periódico no correspondería y los postores verían a última hora variada la base central para intervenir en el remate, lo que resulta especialmente gravoso si el precio se aumentó sobre el señalado en dicha providencia.

En suma, pueden los comuneros variar el precio de remate en la forma que lo estimen pertinente, siempre y cuando lo hagan de común acuerdo y la solicitud se presente antes de que el juez haya señalado fecha para el remate de los bienes, de manera tal que en las publicaciones del remate aparezca el nuevo valor.

La circunstancia de estar perfeccionado el secuestro garantiza al adquirente del bien en remate que se le hará la entrega material del mismo pues se da por descontado que no existió oposición o si la hubo fue negada, de modo que si no es viable llevar a cabo tal cautela de todas formas puede hacerse el remate, pero del derecho de dominio sin posesión material, al igual de cómo sucede en el proceso ejecutivo.

Llegada la diligencia de remate dentro de la subasta pueden intervenir los terceros sin discriminación y todos los comuneros, o sea incluso los demandantes, pues aquí no existe situación de privilegio alguno y el bien se adjudicará a quien ofrezca el mayor valor por él.

En efecto, para intervenir como postores en esta diligencia los comuneros no gozan de ninguna situación de excepción por - cuanto el inciso quinto del art. 411 dispone que: "El comunero 'que se presente como postor deberá consignar ei porcentaje legal apagar el precio del remate en la misma forma que los terceros, j>ero con deducción del valor de su cuota en proporción a aquél

de ahí deben también consignar previamente el 40% que señala el art. 451 del CGP, pues la deducción del valor de la cuota se hace es respecto del pago del saldo del precio en que remató.

En verdad, cuestión diversa se da en el caso de que se le adjudique el bien a alguno de ellos, pues en esta hipótesis del saldo a consignar está autorizado para deducir el valor de su derecho y el 40% que consignó para hacer la oferta y únicamente deberá, para evitar la improbación del remate, pagar la correspondiente diferencia.

Un ejemplo ilustra lo anterior: Pedro, Carlos, Diego y Juan son comuneros por partes iguales de un bien avaluado en 400 millones de pesos, es decir que sus derechos ascienden al *25%* para cada uno. Si sale a remate y alguno de ellos quiere hacer postura, debe consignar, como cualquier tercero, el 40% del avalúo o sea la cantidad de 160 millones; caso de que el bien se haya adjudicado por 400 millones a Pedro, este debe consignar la diferencia, que será el resultado de deducir del valor de compra la garantía de seriedad de oferta, 160 millones y el valor de su derecho o sea 100 millones, de modo que el saldo a pagar será de 140 millones, para alcanzar la cifra de 300 millones que se dividirá en tres partes iguales para los restantes comuneros.

Efectuada la consignación, registrado el remate y entregado el bien al rematante señala el art. 411 del CGP que: "Registrado el remate y entregada la cosa al rematante, el juez, por fuera de audiencia, dictará sentencia de distribución de su producto entre los condueños, en proporción a los derechos de cada uno en la comunidad, o en la que aquellos siendo capaces señalen, y ordenará

entregarles lo que les corresponda, teniendo en cuenta lo resuelto sobre mejoras. "

Ni la división ni la venta afectarán los derechos de los 4 acreedores con garantía real sobre los bienes objeto de aquéllas."

. Con relación al remate, estimo que igualmente es aplica- *0,* ble de este proceso la posibilidad de que el mismo se realice a 4* través de "notarías, cámaras de comercio o martillos legalmente Jr autorizados", tal como lo prevé el art. 58 de la ley 794 de 2003, 4 exigiéndose como único requisito que los comuneros, todos, es y decir demandantes y demandados, lo pidan de común acuerdo, 4. : pues así como ilustran el remate otras disposiciones del proceso I;. de ejecución en este campo, no se ve razón alguna para negar esa t- alternativa si se pide en forma unánime.

%

$4 3.7. *El derecho de compra*

Dos son las opciones que tienen los comuneros para com- $ prar el bien: una, presentándose como rematantes en la diligen- cia de licitación pública, caso en el cual no tienen preferencia _4y' frente a los demás comuneros ni a terceros; simplemente tendrán 44' la opción de quedarse con el bien si ofrecen el mayor valor; la i ■ otra opción, esta sí privilegiada, es la del ejercicio del derecho de ^compra que les otorga el art. 2336 del C. C. que dice: "Cuando jy alguno o algunos de los comuneros soliciten la venta de la cosa ifl^común, ios otros comuneros o cualquiera de ellos pueden com- fjgrprar los derechos de los solicitantes, pagándoles la cuota que Ies '^corresponda, según el avalúo de la cosa".

Este derecho sólo lo tienen los demandados por ser ellos "los otros comuneros" a quienes se refiere la norma y debe ejercerse dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que decrete la venta del bien común, según lo dispone el art. 414, del CGP para lo cual a los interesados les basta manifestar su deseo de adquirir.

A continuación, el juez fija mediante auto la proporción en que lo pueden hacer los que se han mostrado interesados y los previene para que en el término de diez días consignen las sumas pertinentes, sin peijuicio de que los restantes comuneros puedan ampliar el plazo hasta por dos meses.

Hecha la consignación, el juez dicta sentencia y adjudica los derechos a los compradores, sin que en algunos casos realmente termine la comunidad, pues entre los que adquirieron subsiste la indivisión, aunque con menor número de comuneros, salvo que tan solo haga uso del derecho uno de los comuneros y a él se le adjudique el bien.

Si quien ejerció el derecho de compra no hace la consignación oportunamente, será multado con el 20% del valor del precio de compra en favor "de la parte contraria"[17], pero debe aclararse que no es el 20% del valor del avalúo total del bien, como ocurre en el juicio ejecutivo, sino del precio de compra, que comprende el valor del derecho del demandante que ha debido adquirir el comunero que incumple con su oferta de compra.

Luego, el proceso sigue su curso, pero los demás comuneros pueden pedir que se les dé la opción de comprar el derecho no

17 Por parte contraria se entiende el comunero o comuneros demandantes.

adquirido, para lo cual se repetirá el trámite; con todo, si no quie-*ten* adquirir el derecho no comprado por el incumplido, deberá -precederse al remate de la totalidad del bien, por cuanto el ejercicio del derecho de compra únicamente impide el remate cuando por los comuneros demandados, uno o varios, no interesa, se adquieren totalmente los derechos de los demandantes, pues de lo
que se trata es de que a estos se les satisfaga íntegramente el valor que les corresponde.

Con un ejemplo ilustro la anterior explicación: un bien pertenece a Pedro, Luis y Diego, comuneros por partes iguales. Pedro ;inicia proceso para que se venda el bien; así se decreta, se avalúa ien trescientos millones de pesos y dentro del término oportuno Luis y Diego ejercitan el derecho de compra de la cuota de Pedro. El juez debe determinar el valor del derecho que se vende, que en esta hipótesis será de cien millones de pesos por ser una tercera parte del precio total y prevendrá a los demandados que ofrecieron comprar para que consignen cada uno cincuenta millones de pesos. Luis consigna su parte pero Diego no, razón por la cual se le impone multa del 20% del precio de compra (cincuenta millones de pesos)[18] por lo que la multa será de diez millones de pesos que irán para Pedro.

'< Resalto que la multa se impone siempre a favor de la parte ¿demandante, de donde se infiere que en este evento no va el dinero para una entidad oficial como usualmente ocurre en el caso de ¿imposición de multas.

'18 Obsérvese que el concepto *precio de compra* tiene relación no con el valor del derecho del demandante *sino coa* el valor que el juez asigna a cada comunero ' para que pueda comprar.

Estimo que en aras de impedir nuevos e innecesarios litigios es posible que de manera directa dentro del proceso divisorio el juez autorice la compensación de sumas de dinero que por concepto de multas provenientes de ejercitar el derecho de compra y no pagar lo ofrecido, se hayan impuesto a la parte demandada, con cantidades que existan a cargo de la parte demandante y en favor de la otra, sin que perentoriamente deba el demandante utilizar la vía ejecutiva para cobrar la multa impuesta en su beneficio.

Piénsese en el evento siguiente tomado de un caso real: siendo dos los comuneros, la parte demandada ejercitó en tiempo el derecho de compra y el juez señaló la suma que debía consignar; vencido el plazo no cumplió con la carga, motivo por el cual mediante auto que quedó ejecutoriado se le impuso la correspondiente multa del 20% del valor del precio de compra. Al continuar la actuación y llegar a la diligencia de remate, adquirió el bien ei comunero demandante quien debía cancelar el valor del precio que correspondía al otro comunero, en nuestro caso el demandado que, recuérdese, estaba debiendo la multa. La parte demandante procedió a consignar la totalidad del precio a su cargo, pero le solicitó al juez que de esa cantidad se ordenara restituirle el valor de la multa que le adeudaba el demandado. Ei despacho autorizó lo anterior y ai aprobar el remate dispuso que de la suma consignada a favor de la parte demandada se reintegrara el valor que ella adeudaba por la multa impuesta, solución que conllevó menores gastos para el comunero sancionado y evitó nuevos procesos a la administración de justicia.

Es de advertir que, también ha podido el demandante ejercitar el derecho de compensación y descontar por la derecha, es

¿j&x decir, sin consignar pidiendo el reintegro la suma que atañe con ^ la multa, pues se dan los presupuestos para ejercitar la compen- - sación, dado que estamos frente a dos obligaciones líquidas y *W* exigibles; empero, sabedores del criterio cerrado de algunos de ||§ nuestros funcionarios judiciales, que eventualmente pueden cues- ”% tionar que la consignación no quedó completa, sugiero el sistema llfc señalado, pero destaco que el más eficiente es el citado en último «¿I • término por ahorrar esfuerzos innecesarios a la administración de ■ justicia.

0-

Ahora bien, ¿qué pasa cuando varios de los comuneros de- mandados ofrecen comprar y a la hora de la verdad no todos lo

jjj^’

hacen? Dos son las posibilidades que surgen: el comunero que |¡y cumplió manifiesta su derecho de adquirir la parte no comprada §|r por el renuente, para lo cual no existe plazo, por lo que el juez,

¿ cumpliendo con su labor de integración del proceso, en el mismo |¡|. auto que impone la multa debe requerir al comunero o comuneros restantes para que manifiesten en un término que allí se señalará si quieren comprar el derecho no adquirido y efectúen la consig- *¿yr* nación dentro del mismo; si lo hacen se aplica lo ya explicado.

Nada se dice sobre la posibilidad de que los otros comuñeros no quieran adquirir (en nuestro ejemplo, que Diego no ^i¿>dquiera la parte que Luis ofreció comprar). En tal hipótesis |||pno existe alternativa distinta a la de sacar el bien a remate, pues de lo contrario la finalidad perseguida por el demandan- quedaría trunca y mal puede obligársele a que continúe en ^bomunidad, como sucedería de admitirse la terminación del llfproceso en este caso.

En suma, si se utiliza el derecho de compra y existen varios comuneros demandados que lo ejercitaron, pero no todos cumplieron pagando el precio señalado por el juez dentro del plazo que asignó, el proceso debe proseguir su curso, que no es otro diferente al de los pasos necesarios para llevar a cabo el remate del bien.

Queda el interrogante que concierne con lo que debe suceder con las sumas entregadas por los comuneros que cumplieron con el pago que a ellos correspondía, pero ante la renuencia de otros a hacerlo no ejercitaron el derecho que la norma les otorga de adquirir también esas cuotas; estimo que los comuneros que ejercitan el derecho de compra y cumplen en oportunidad, tienen la ocasión de adquirir lo que correspondía a otro u otros de los demandados que también lo emplearon pero no cumplieron; si vence el plazo que el juez les otorgó para que la adquisición de los derechos del demandante fuera integral y así no sucede, lo que el juez debe hacer, en un bien entendido sentido de orden dentro del proceso, es declarar frustrado el ejercicio del derecho de compra, ordenar que las sumas consignadas por los demandados se reintegren a ellos y que siga el proceso para llevar a cabo el remate.

Lo anterior pone de presente la prudencia que debe tener quien ejercite el derecho de compra de contar con la totalidad del precio y así poder impedir el remate, caso de que lo* dtros comuneros no se interesen por la opción o que lo h»gan y luego se retracten.

En resumen, el derecho de **compra** solo es viable si se ha. decretado la venta del bien (¿orriún; nunca cuando se ordena la división material. Además, mediante su ejercicio puede no que-

dar íntegramente cumplida la finalidad del proceso divisorio pues *0-* este puede terminar dejando subsistente la comunidad, reducien- [fo]%: ¿o el número de comuneros tal como se explicó.

§

Y 3*8. *Gastos de la división*

% Todos los gastos comunes para llegar a la división o venta *4;.* serán pagados por los comuneros en proporción a sus derechos, dice el art. 413 del CGP, pero si tales gastos los realizó solo uno ^ de los comuneros, tiene derecho a que los otros le reembolsen ese valor, o se le impute, en caso de división material, a buena L' cuenta de los que deba pagar por mejoras, si tuviere que hacerlo; -v o. si nada de lo anterior es posible, que se libre ejecución por la 2¿~ vía prevista en el art. 306 contra los restantes comuneros deudo- -res, con lo cual se desarrolla parcialmente el art. 2325 del C. C., ¿C según el cual el comunero que ha contraído deudas en pro de la $7- comunidad tendrá acción contra ella "para el reembolso de lo que fv. hubiere pagado por ella".

^ 3;9. *El derecho de los comuneros al reconocimiento de las mejoras*

Usualmente acontece que alguno de los comuneros ha rea-
^liféado mejoras o ha invertido en gastos necesarios para la con-
servación del bien, ejemplo, pago de impuestos prediales o de
&rvalorizaciones cuando se trata de inmuebles. El art. 412, bajo la
l||jfenominación S[en]énca de mejoras, autoriza para que se reco-
'j|nozcan y paguen las que se deban a quien haya demostrado tener
JÉáerecho a ellas.

Las puede alegar tanto la parte demandante como la demandada; la primera debe hacerlo en la demanda, en tanto que la segunda en el término para contestarla (diez días). Deben estar debidamente especificadas y su cuantía estimada con el juramento estimatorio de que trata el art. 206 del CGP.

Conviene advertir que si no se solicitan las mejoras dentro de las precisas oportunidades que señala el artículo 412 queda extinguido el derecho de solicitarlas, debido a que, como bien lo señaló la Corte Suprema en sentencia del 10 de mayo de 1979, que mantiene su vigencia: " si las mejoras no se alegan en dicha ocasión se perderán en beneficio de la comunidad y no podrá el comunero que las hizo reclamarlas en proceso posterior", tesis que acojo dado que debe ser dentro del proceso divisorio donde queden definidas todas las disputas provenientes de la comunidad que se va a extinguir.

El artículo 412 del CGP en este aspecto contiene un grave error al indicar que el comunero "deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación especificándolas debidamente u estimándolas bajo juramento de conformidad con el art. 206 y acompañara el dictamen pericial sobre su valor", de ahí que si no se solicitan dentro de los plazos que la norma señala queda extinguido ei derecho a las mismas.

En efecto, es un contrasentido exigir el juramento estimatorio y además que se acompañe "un dictamen pericial sobre su valor", pues para establecer el valor está el medio de prueba denominado juramento estimatorio y es del abe del campo probatorio el viejo aforismo atinente a que la prueba no se prueba, tal como en este caso acontece.

No se puede perder de vista que el juramento estimatorio *tiene* la virtud de permitir que se tenga como probada la cuantía ■ estimada, si la otra parte no la objeta, de modo que si esto ocurre . será lo estimado la base para la cuantía de la condena de haber lugar a ella y está de sobra toda prueba con relación al punto.

Empero, debemos cuidamos de admitir que se ha estable- : cido inversión de la carga de la prueba, porque señala el art. 206 que "Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.", de ahí lo injurídico de exigir que se allegue dictamen pericial el cual está por entero de sobra, al menos en este momento procesal, porque si se presenta la cifra estimada y el demandado no la objeta se tendrá como establecida la misma, caso de que llegue a darse una sentencia condenatoria, pero el hecho de que no exista la censura por la parte demandada al monto, no conlleva que ese sólo hecho implique allanamiento a la demanda ni que se haya invertido la carga de la prueba.

Diferente es la hipótesis si se objeta el juramento estimatorio debido a que en este caso será dentro del traslado de dicha objeción que se debe adjuntar el dictamen pericial.

De acuerdo con el inciso final del art. 412, cuando se trate de "partición material, el titular de mejoras reconocidas que no estén situadas en la parte adjudicada a él, podrá ejercitar el derecho de retención en el acto de la entrega, y conservar el inmueble hasta cuando le sea pagado su valor". La norma nada prevé en cuanto a la conducta a seguir cuando se trata de venta en pública subasta.

Sobre este punto opino que del precio , que se obtenga, sea del ejercicio del derecho de preferencia, sea del remate, deberá disponerse que se entregue lo que corresponda al comunero o comuneros a quienes se les reconocieron mejoras, por tratarse de un pasivo que grava toda la comunidad, y lo que reste se dividirá entre los condueños, en proporción a sus derechos, pero no se impide la entrega al postor adquirente.

3.10. *Designación de administrador dentro de proceso divisorio*

Si el bien sometido a comunidad no es administrado por todos los comuneros sino por uno o por varios de ellos, cualquiera de los demás podrá solicitar el nombramiento de administrador en el curso del proceso a partir del momento en que se decretó la división, pues esta posibilidad de acuerdo con el art. 415 del CGP tan solo es pertinente "siempre que en la demanda se haya pedido la división del bien", limitación que reafirma esta norma al señalar que: "la petición podrá formularse en cualquier estado del proceso, después de que se haya decretado la división", de modo que se entiende que la petición no procede cuando se decreta la venta, porque como se explicó en este evento se decreta el secuestro del bien y será el secuestre quien efectúe la administración del mismo.

Presentada la solicitud se corre traslado a las partes para que en un'término de cinco días traten de nombrar administrador de común acuerdo, y si no es posible entonces el juez procede a designarlo, disposición en la cual se desarrolla la ley 95 de 1890, que en sus arts. 16 a 27 regula lo concerniente a las funciones, deberes, derechos y formas de nombramiento del administrador de

la comunidad. Ese administrador tendrá los mismos derechos y deberes de un secuestre de bienes, y prestará caución que garanti- : ce su gestión, debiendo rendir las cuentas de la misma ai finalizar el proceso; en caso de resultar saldo positivo del producto, se repartirá entre los comuneros en proporción a sus derechos.

Observo la incongruencia que tiene el inciso final del art. ' 415 al señalar que: "El juez resolverá lo conducente, previo tras- ' lado por tres (3) días a las partes, y si encuentra procedente la solicitud prevendrá a aquellas para que nombren el administrador, dentro de los cinco (5) días siguientes; en caso de que no lo hicieren procederá a designarlo.", debido a que es contradictoria su redacción en consideración a que si debe resolver lo conducente "previo traslado por tres días a las partes", no es lógico que las prevenga para que nombren administrador dentro de los cinco días siguientes, de modo que sugiero como entendimiento de esta disposición que el juez corre traslado por cinco días a las partes y si estas no designan lo hará el juez.

3.11. *Designación de administrador fuera de proceso*

Puede ocurrir que los comuneros deseen mantener el bien en estado de indivisión o que se haya pactado un período fijo para mantenerla y no sea viable demandar su terminación. Pero si no hay acuerdo sobre la administración y no es posible lograrlo extrajudicialmente, se acude al trámite previsto en el art. 417 que consagra una forma específica de proceso, así la norma no le dé jal característica a la actuación, que no se inicia mediante deman- ,da aunque su estructura es típica de un proceso.

Presentada la petición el auto que la admita da traslado a los otros comuneros por tres días, notificación que se hará personalmente Vencido ese traslado, se cita a una audiencia en la cual si hay oposición se procede a practicar pruebas y se resuelve sobre ellas, terminando la actuación si la oposición prospera.

De ser desechada la oposición, dentro de la misma audiencia el juez requerirá a los comuneros para que designen el administrador por mayoría de votos, y en caso contrario el juez procederá a designarlo; después de esto le dará posesión del cargo y aquél entrará en funciones. De lo anterior se colige que el art. 417 realmente tiene la estructura de un proceso, sólo que, por motivos que desconozco, no se le dio a la actuación, independientemente del proceso, el carácter de tal. Bien ha podido ser este uno más de los juicios verbales sumarios para no dejar una actuación híbrida como la consagrada en dicho artículo.

3.12. *Resolución de diferencias entre los comuneros y el administrador*

Por último, toda diferencia que suija entre los comuneros y el administrador la resolverá el juez mediante incidente, bien sea dentro del proceso divisorio o fuera de él, haciendo la citación de que trata el art. 418 del CGP, pero interviniendo siempre el mismo juez que conoció del proceso o de la actuación, porque según esta norma, el incidente se tramitará "en el respectivo proceso divisorio o a continuación de la audiencia en que se hizo el nombramiento". Mientras subsistan las funciones del administrador, podrán adelantarse los incidentes, que sean necesarios, en caso de exigir diversas controversias.

Severa crítica merece el ambiguo e incierto art. 417 del CGP., por cuanto la controversia sobre la designación de administrador fuera de proceso divisorio ha debido recibir el tratamiento de proceso verbal sumario, no hay razón en mantener este trámite híbrido. Urge, pues, una reforma de esta disposición que señale simplemente que tal controversia se sujeta a lo dispuesto en el proceso verbal sumario cuando la tramitación es fuera de proceso; por cuanto el nombramiento de administrador dentro del proceso sí está adecuadamente estructurada.

Empero, no sobra advertir que esta tramitación es de mínimo empleo.

4. El PROCESO MONITORIO

4.1. *Generalidades*

El CGP trae como proceso declarativo especial el monitorio desarrollado en los artículos 419 a 421, .del cual se carecía de antecedentes legislativos en Colombia, normas que tienen redacción incierta, imprecisa, contradictoria e innecesaria, no obstante que su corifeos creen ver en el engendro[19] procesal el trámite del futuro.

Numerosas y profundas fueron las discusiones que se dieron en tomo a la necesidad de consagrar este proceso en el seno de la

19 Engendro según el Diccionario de la Real Academia -DRAE- significa: "Criatura informe que nace sin la proporción debida.. Plan, designio u obra intelectual mal concebidos." y por eso empleo la expresión respecto del proceso monitorio que nació sin la debida proporción jurídica y en fruto de una obra intelec-
■ tüál no mal, sino pésimamente concebida. Reitero, el emperador de los "delirios procesales" del CGP.

comisión integrada por el gobierno para preparar el proyecto de Código General del Proceso, en la que tuve ocasión de presentar los motivos que muestran su inutilidad[20], pero fueron más fuertes las vehementes llamadas a la necesidad de buscar una nueva estructura procesal de ahí que se aceptó a regañadientes que se tipificara el mismo, pero solo a restringidos eventos como son los casos origen contractual de mínima cuantía, para ensayar su viabilidad practica y, de ser el caso, ampliarla en posteriores reformas.

Y es que, desde ahora lo dejo sentado, la finalidad buscada con el proceso monitorio se logra de manera eficaz es decir pronta y sin tantas vueltas, con el interrogatorio de parte anticipado, no obstante ante la inocultable realidad de que ahí está la regulación procedo a su análisis.

Señala el art. 419 del CGP al regular la procedencia del proceso que: " 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."

Surge de la norma transcrita que este proceso únicamente cabe para asuntos propios de responsabilidad contractual de los que suija la obligación de pagar una suma de dinero que debe ser de cuantía mínima, "determinada y exigible", lo que de entrada

20 Señale a la comisión que no se debe perder de vista lo que recomienda Piero Calamadrei en el sentido de que *"Es necesario, por tanto, en la doctrina, un vigilante sentido de la responsabilidad; no olvidar nunca, al formular las teorías, las repercusiones que ellas pueden tener sobre la práctica del derecho; no olvidar nunca al construir sistemas, que ellos no están destinados a satisfacer la vista y el gusto de la simetría, sino a facilitar la aplicación de las leyes a las cosas concretas; y si no pueden servir para esto, mejor es no construirlos*

parece sugerir una obligación que reúna los requisitos propios del título ejecutivo, lo que de ser así hace innecesario este proceso y debe acudirse es a la ejecución, máxime si el art. 420 exige que "El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder."

... Y es que si se da esta hipótesis y el demandante tiene los documentos en su poder y ellos dan cuenta de pagar cantidad "determinada y exigible", ostensible es la procedencia de la ejecución porque se dan los requisitos propios del título ejecutivo según el art. 422 del CGP, de ahí que desde este aspecto la regulación es inútil.

Pregunto, si en un documento escrito está contenida una obligación "determinada y exigible" para qué proceso declarativo monitorio ¿?

Empero, adiciona la norma que "Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales.", hipótesis en la cual se observa la enorme contradicción de exigir que la obligación sea determinada y exigible, pues si no existen soportes documentales todo no pasa dél campo de una creación mental del supuesto acreedor.

En lógica elemental, si no tengo prueba documental alguna, de donde predicar que se trate de una obligación de origen contractual "detenninada y exigible", pero según la norma es la hipótesis que abre paso al proceso declarativo monitorio.

El desarrollo del contenido de la demanda en este proceso no deja duda acerca de lo errado e innecesario del trámite que cri-. tico, para cuya tipificación se acude, en aras de mostrar contenido novedoso, a repetir lo que está en el CGP en materia de demanda y requisitos de ella.

La regulación especial de este proceso empieza por repetir innecesariamente lo que dispone el art. 82 del CGP respecto de los requisitos de toda demanda como lo evidencian siete de los ocho numerales del art. 420 del CGP los que nada nuevo aportan porque son requisitos de toda demanda.

Basta para demostrar el aserto hacer la comparación con lo señalado en el art. 82 del CGP, al indicar el art. 420 los requisitos de la demanda para el proceso monitorio: "1. La designación del juez a quien se dirige. 2. El nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en su caso, de sus representantes y apoderados. 3. La pretensión de pago expresada con precisión y claridad. 4. Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, con la información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes. 6. Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga. 7. El lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones. 8. Los anexos pertinentes previstos en la parte general de este código."[21]

21 Se trataba de mostrar mayor "cuerpo" y soLidez en la "novedosísima" regulación que solo admite parangón, en cuanto a sus revolucionarios alcances, con el descubrimiento del agua tibia.

Lo único diferente que trae el art. 420 del CGP es el numeral 5º que señala como otro requisito de la demanda: "La manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor", es decir que el supuesto acreedor no está en mora a su vez en observar otra prestación a su cargo, lo que nada aporta por ser el contenido propio de la norma el de una excepción perentoria, la de no exigibilidad, que el demandado puede proponer y respecto de cuya existencia es inocuo decirlo o no en la demanda, de ahí que el requisito sigue la pauta del proceso, inútil e innecesario.

Pero vamos al art. 421 del CGP que regula el trámite del proceso para ver como la comedia de equivocaciones sigue campeando, pues se inicia con esta ambigua redacción del inciso primero: "Si la demanda cumple los requisitos, el juez ordenará requerir al deudor para que en el plazo de diez (10) días pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada."

Lo primero que se debe advertir es que "si la demanda cum-. pie los requisitos" el juez deberá admitirla, otorgar un traslado de ella por diez días al deudor para que haga uso de los derechos que la ley le otorga entre ellos contestar la demanda y proponer excepciones perentorias, que es lo que significa la ambigua redacción exponer "las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada". Nada nuevo, salvo el eufemismo.

Pero sigue la disposición en el inciso segundo con la indicación que: "El auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se notificará personalmente al deudor, con la advertencia de que si no paga o no justifica su renuencia, se dictará sentencia que tampoco admite recursos y constituye cosa juzgada, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la deuda. Si el deudor satisface la obligación en la forma señalada, se declarará terminado el proceso por pago."

Aquí se agotó la genial inventiva de los hacedores de la norma, no tiene recurso alguno el auto que admite la demanda que como se dijo es el que contiene el requerimiento de pago, que se notifica personalmente como todo auto admisorio de la demanda, y que advierte que "si no justifica su renuencia" a pagar, es decir si no responde la demanda y no presenta excepciones perentorias, se dicta sentencia pues se asume que el silencio implica aceptación, aspecto que se vuelve a repetir en el inciso tercero al señalar que: "Si el deudor notificado no comparece, se dictará la sentencia a que se refiere este artículo y se proseguirá la ejecución de conformidad con lo previsto en el artículo 306.", previsión y remisión inútil pues ya se sabe que las ejecuciones de sentencia de condena se adelantan ante el mismo juez.

La sentencia no admite recursos como sucede en todo proceso de mínima cuantía y genera cosa juzgada, como sucede con toda sentencia ejecutoriada, de ahí que seguimos con el eufemismo.

Empero, si el demandado al responder la demanda propone excepciones perentorias, que es lo que significa la redacción del

inciso cuarto al señalar: "Si dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero el demandado contesta 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 asunto se resolverá por los trámites del proceso verbal sumario y el juez dictará auto citando a la audiencia del artículo 392, previo traslado al demandante por cinco (5) días para que pida pruebas adicionales.", es decir toda esta serie de trámites inútiles para llegar al proceso verbal sumario.

Resumiendo, si a lo que aspira es que el deudor reconozca la obligación contractual carente de soporte documental, o con soporte de tal índole pero que no da cuenta de una obligación "determinada y exigible", lo que debo es acudir al interrogatorio de parte anticipado, sistema rápido en el que prontamente si el supuesto deudor reconoce la obligación queda sentada la base de la ejecución y si no lo hace se debería iniciar el proceso verbal sumario.

Este trámite ágil, sencillo, probado por más de tres estatutos procesales en Colombia, como gran "avance" legislativo, nos lo cambia el CGP por toda esa parafemalia procesal que es la regulación del proceso monitorio, aun cuando, por fortuna, no se derogó la regulación del interrogatorio de parte extraproceso.

Por eso concluyo recomendando a quienes esto leen lo siguiente: si tienen una prueba documental que da cuenta de una obligación "determinada y exigible", para hacerla cumplir está el proceso ejecutivo.

contradictorio[1], las directrices legales acerca del ejercicio de estas dos modalidades de acciones.

La labor que a continuación se emprende se encamina al análisis de los pasos propios de estas dos clases de procesos.

Ubiqué el capítulo dentro de esta parte de la obra porque desde el punto de vista de su género se trata de procesos declarativos o de cognición, pues no existe certeza acerca de la supuesta violación del derecho o interés colectivo afectado o cuya violación se quiere prevenir, buscándose a través del proceso la definición del mismo e incluso la imposición de condenas; advierto desde ahora, que su regulación procesal, tal como se precisará, contiene numerosas e innecesarias repeticiones de disposiciones propias de la parte general del Código General del Proceso[2], error que no obedece a motivo diferente al tantas veces señalado en esta obra, de pretender, cada vez que se legisla sobre algún tema de orden sustancial, volver a regular procesalmente lo que ya lo está, únicamente por querer mostrar un denso estatuto, pues sigue el malentendido acerca de que entre mayor es el articulado de una ley, tanto más importante será la misma.

1 Por tal motivo la jurisprudencia y la doctrina han sido las encargadas de buscar interpretaciones que den alguna coherencia y permitan la aplicación adecuada de la ley. Empero, es preciso una drástica reforma legal de la misma, pues su práctica cada vez más evidencia que buena parte de su ineficiencia y de los abusos que con ella se cometen, obedece a las inciertas directrices legales que se consignaron.

2 Varias normas de esta ley se remiten a lo señalado en disposiciones del Código de Procedimiento Civil que era el estatuto imperante para cuando aquella se expidió. Es labor del interprete adecuarlas a las propias del Código General del Proceso que se ocupan de circunstancias idénticas o muy similares.

X.l. *Diferencias esenciales entre la acción popular y la acción de grupo*

Surgen de la confrontación de los artículos 2 y 3 de la ley 472 pues mientras el primero señala que la acción popular, con un carácter eminentemente preventivo, está encaminada a proteger "los derechos e intereses colectivos"[3] y se ejercita para "evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible", el segundo dispone que son "aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa, que originó perjuicios individuales para dichas personas" y "se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios", destacándose como una de las notas diferenciadoras esenciales la de que la acción popular se refiere a intereses comunes, colectivos, más no individualizados, mientras que en la de grupo, como lo ha dicho la Corte Constitucional,[4] "a pesar de re

3 El artículo 4 de la ley 472 se encarga de enumerar, sin carácter taxativo, los principales intereses y derechos colectivos y enuncia, entre otros, el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, el goce del espacio público y la defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad públicas y los derechos de los consumidores y

4 Corte Constitucional, sentencia C-215 de abril 14 de 1999, ponente Dra. Mana Victoria SÁCHICA MÉNDEZ. Se recomienda la lectura de este fallo debido a.que en él la Corte realiza un amplio análisis acerca de los alcances de la ley 472 de 1998 y contiene un completo resumen de las diferentes sentencias en donde la entidad se ha ocupado del tema. Precisamente en el citado fallo advierte que "otra • característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista daño o perjuicio de los intereses que se busca amparar,

ferirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. En este caso se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo consumidores), de ahí su denominación original de class action"; se observa también que la acción popular no necesariamente está encaminada a obtener indemnización de perjuicios pues su carácter es esencialmente preventivo o restitutorio de las cosas a un estado anterior, es decir que el demandante no recibirá dinero como consecuencia de la condena impuesta al demandado, mientras que la acción de grupo es esencialmente indemnizatoria y pretende el resarcimiento del daño que afectó a un determinado conjunto de personas que se hallan en igualdad de condiciones. Por último, en las acciones populares se puede actuar sin abogado, mientras que en la de grupo es necesario el patrocinio del mismo.

Es de advertir el abuso que algunos abogados inescrupulosos hicieron de lo señalado en los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1978 impulsados por el incentivo de que trataba el art. 39 de

o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran... no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial... En cuanto a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que estas no hacen relación exclusivamente a los derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre a diferencia de las acciones populares la existencia y demostración de una lesión o peijuicio cuya reparación se reclama ante la juez (sic). En este caso lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción".

la ley que oscilaba entre 10 y 150 salarios mínimos mensuales y constituyó acicate para demandar, más que por buscar la protección del interés colectivo, aspecto incentivado por el art. 40 de la ley, que cuando la acción estaba generada para proteger la moralidad administrativa se elevaba al 15% "del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular", lo que da una idea de la magnitud del ingreso al cual se podía llegar por esta vía, razón por la cual la ley 14 de **2010** tuvo como única finalidad derogar esas dos normas, lo que se ha reflejado en un notorio descenso en esta clase de procesos.

K. Y qué no decir de las acciones de grupo, igualmente fuente
. de procesos amañados destinados a realizar verdaderas "extor-
Si' siones" a los demandados, especialmente empresas privadas, a
Í- quienes se demanda por multimillonarias e irreales sumas, con la
Í esperanza de un pronto arreglo en donde la cuota litis puede dejar
" jugosas ganancias al abogado; por eso viven en trance de consecución de clientes para sus aventuras procesales, a quienes ilu-
¿i sionan con fabulosas ganancias en orden a lograr la integración del grupo, conducta que se facilita y se ve incentivada por erradas interpretaciones acerca de la oportunidad para integrar el grupo.[5]

Y que ni por asomo se vaya a decir que soy enemigo de tales acciones. Por el contrario, es una necesidad que requería la

5 Oficinas de abogados ya tienen "montadas" en computador los formatos de demandas de acciones de grupo y lo único que hacen, y en veces incluso mal, es cambiar el nombre del demandado. Consiguen uno o dos clientes de la respectiva entidad, usualmente financieras, e inician los procesos con la esperanza de lo- grar, por el camino, recoger el número mínimo de adherentes, dándose la curiosa p/ -. circunstancia de que el "grupo" no busca al patrocinio del letrado, sino que éste : trata de integrarlo para apoderarlo. Muy cristianos ellos, pues aplican la máxima ¦\ atinente a que si el "grupo" no viene a mi, yo voy al "grupo".

legislación colombiana y tan consciente fui de ella, que acepte integrar junto con los profesores Ramiro Bejarano y Mario Fernández, la comisión que también con la participación del entonces ministro de gobierno, Humberto de la Calle, elaboró el primer proyecto de ley al respecto, que no hizo tránsito. Lo que censuro, insisto, es el abuso que algunos hacen de estos procesos, por las repudiables razones señaladas, afortunadamente eliminadas en las acciones populares.

1.2. *Disposiciones comunes aplicables a los dos procesos*

La ley 472 regula los trámites de la acción popular en los artículos 9 a 45, mientras que para la de grupo destina los artículos 45 a 67,[6] pero también señala varias disposiciones de aplicación común a los dos procesos, determinando el art. 5 y aquí se tiene otro ejemplo de repeticiones innecesarias, que se aplican a más de los principios de celeridad, economía y eficacia los principios y reglas que rigen en el estatuto procesal civil "cuando estos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones",[7]es decir que

6 La circunstancia de que existan dos trámites diferentes e individualizados, uno para las acciones populares y otro para las de grupo, o sea que existen dos procesos distintos para su conocimiento, es el central obstáculo de orden procesal para efectos de impedir que puedan acumularse bien bajo la modalidad de acumulación de pretensiones o de procesos, en una sola actuación, pues el primer requisito de la figura es que los dos procesos sigan el mismo procedimiento, razón por la cual me aparto del criterio en contrario sostenido por Javier TAMAYO JA- RAMILLO, en su obra *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil,* Ed. Raisbek-McKenzie, Bogotá, 2001, págs 35 y 36.

7 El artículo 68 de la ley incurre en lo que, utilizando la expresión popular, se puede denominar "la repetición de la repetidera", porque de nuevo indica que "En lo que no contraríenlo dispuesto en las normas del presente título, se aplicarán a las acciones de grupo las normas del Código de Procedimiento Civil",

rige como estatuto que llena cualquier vacío que se pueda observar el Código General del Proceso, lo que se explica porque se olvidó que se trataba de regular dos trámites procesales y no de elaborar el código de las acciones populares y de grupo.

Por ello sigue siendo superfluo que la norma en mención reitere que "Promovida la acción, es obligación impulsarla oficiosamente" por ser lo mismo que dispone el art. 8º del CGP; el único aspecto, que sin ser novedoso, amerita una explicación especial, es la indicación final del art. 5 de la ley 472 acerca de que "el funcionario del conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda", en lo que coincide con el art. 82 del CGP que eliminó como requisito de toda demanda el señalar la clase de proceso que corresponde y con el art. 80 del mismo que faculta al juez para disponer de oficio el trámite pertinente al indicar que: "El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley y le dará el trámite que corresponda" si el demandante señaló uno errado de modo que el funcionario es el llamado a determinar, con base en el análisis de la demanda, si el proceso a seguir debe ser el propio de una acción popular o una de grupo.

Empero, surge un interrogante y es el atinente a si el ejercicio de esta facultad se debe efectuar únicamente en el auto admi- sorio de la demanda, posibilidad acerca de lo cual no existe duda alguna, o si es viable emplearla con posterioridad a dicha ocasión.

Estimo que no obstante los pasos diversos que tienen los dos procesos, una vez avanzado el mismo, es legal convertir un

que también menciona el art. 44 al referirse a las acciones populares, con lo que son tres normas regulando innecesariamente el mismo aspecto.

según el caso, en desarrollo del factor objetivo, a la justicia civil ordinaria o a la contencioso administrativa, al indicar que "De las acciones populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles del circuito[8]. En segunda instancia la competencia corresponde a la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial a que pertenezca el juez de primera instancia".

Estimo que con la vigencia del CPACA esta norma ha sido parcialmente modificada por cuanto una ley posterior ha realizado expreso pronunciamiento acerca del tema y es así como en el numeral 16 del art. 152 de dicho Código se indica que los Tribunales administrativos conocen en primera instancia de los procesos "relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.", mientras que el art. 155 numeral 10 del mismo Código señala que los jueces administrativos conocen de los procesos "relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas."

8 El art. 20 numeral 7 del CGP atribuye a los jueces civiles del circuito en primera instancia, el conocimiento "De las acciones populares y de grupo no atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo", de modo que en este aspecto la norma no ha sido modificada, como si lo fue en el campo contencioso administrativo.

La reforma legal es ostensible, si las acciones versan respecto de autoridades del orden nacional conoce en primera instancia el Tribunal Contencioso Administrativo y si recaen respecto de autoridades de otro orden, conoce el juez administrativo en primera instancia.

De otra parte, el criterio para saber a cuál rama de la jurisdicción civil o contencioso administrativo, se acude, lo plasma el art. 15 de la ley 472 al señalar, en desarrollo del factor subjetivo, que "los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas" los conocerá la rama contencioso administrativa, mientras que de los restantes será la jurisdicción civil, destacándose que la expresión "funciones administrativas" debe entenderse como las propias del ente estatal que por especial delegación desempeña una persona privada, pues resulta claro que estas, en un sentido lato de la expresión, siempre desempeñan funciones administrativas.

Atendiendo al factor territorial se tomará en cuenta el juez del lugar de la ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor.

No obstante, en el artículo 17 de la ley 472 se establece una especial modalidad para la presentación de las demandas debido a que en los municipios en donde no exista juez de circuito o de lo .contencioso administrativo "podrá presentarse la demanda ante - cualquier juez civil municipal o promiscuo, quien dentro de los Idos días siguientes deberá remitirla al funcionario competente", ¿¡disposición que amerita una especial explicación.

En efecto, no obstante que ya entraron a despachar los jueces administrativos, debido a que el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura que los vino a implementar los creo bajo la modalidad de circuitos[9], es decir un juez administrativo ubicado en un municipio cabecera de circuito con competencia en los varios municipios adscritos, es posible que toda demanda de acción popular generada en cualquier municipio distinto del de la sede del juez administrativo respectivo, se presente ante el juez civil municipal o el promiscuo del municipio respectivo, quien se limita a recepcionarla, para enviarla al funcionario competente; en esta hipótesis cumple únicamente el papel de intermediario para la presentación del libelo y envío del mismo, pero no tiene facultad alguna para pronunciarse acerca de ella, como tampoco para adoptar las especiales medidas cautelares que prevé el artículo 17, por ser éstas de privativo conocimiento del juez competente, lo que evidencia lo poco práctico de la norma, tal vez pensada en facilitar el acceso a la administración de justicia, pero olvidando que, de todos modos, el interesado deberá acudir a averiguar por la suerte de su proceso ante el funcionario al cual se remitió, de ahí que resulte mejor hacer la presentación directamente ante el juez competente, justificándose el acudir al civil municipal únicamente en casos de inminente necesidad de interrumpir plazos de prescripción o de caducidad, pues la presentación ante el mismo genera los efectos de que trata el art. 90.

9 El acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura # 3321 de febrero 9 de 2006, determinó la creación de "circuitos judiciales administrativos en el territorio nacional", en donde'cada circuito, por regla general abarca el mismo territorio asignado al respectivo Tribunal Contencioso Administrativo.

2.3. *Requisitos de la demanda para promover una acción popular. El señalamiento de quien tiene la calidad de demandado. Su admisión*

Los consagra el artículo 18 de la ley 472 y son similares a los necesarios para promover toda demanda, previstos en el art. 82 del CGP, pues si bien es cierto no se menciona en la norma especial la designación del juez a quien se dirige, se da por entendido que este primer requisito debe cumplirse. Adicionalmente ■ se requiere que en el libelo se haga mención del nombre e identificación de quien promueve la acción, referencia al derecho o . interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan - la solicitud, las pretensiones, tas pruebas, tanto las que se adjuntan como las que deben ser practicadas las direcciones para las r notificaciones y el señalamiento del presunto responsable de la - amenaza o del agravio al derecho o interés colectivo, cuando se sabe quién es.

En verdad, no es raro que se ignore quien puede ser el causante de la amenaza o del agravio y parte del objetivo del proceso está en precisarlo, de ahí que a diferencia de las demandas ante la justicia ordinaria en las que debe señalarse el nombre del deman- '.dado, en estas acciones no surge ese requisito como perentorio; es 'más aun indicándose un presunto responsable, nada impide que ,;en el curso del proceso puedan identificarse otros sujetos con tal calidad y el art. 18 de la ley permite que el juez de primera instancia ordene su citación "en los términos que aquí se prescribe para demandado", útil facultad utilizable incluso de manera oficiosa ^y que lleva a recordar que si esa circunstancia se da avanzado el - proceso, el nuevo sujeto vinculado como demandado debe tener oportunidad de ejercitar el derecho de defensa, aspecto sobre

el cual guarda silencio la norma, pero estimo puede ser suplido, acudiendo, por analogía, a lo advertido en el art. 61 del CGP, concediendo al citado el mismo término para que comparezca, es decir para que manifieste lo que a bien tenga y solicite pruebas, de estimarlo necesario.

Se observa que en este caso se consagra una circunstancia similar a la prevista en el inciso final del art. 67 del CGP que faculta al juez para que, aún de oficio, ordene la citación de quien realmente ha debido ser demandado como tenedor o poseedor, de manera que tiene poder el funcionario de acuerdo con las pruebas existentes para disponer la citación o citaciones de quienes van a quedar en la posición de demandados, la que se asume debe ser ejercitada en el curso de la primera instancia y hasta antes de dictar la correspondiente sentencia.

Presentada la demanda el juez tiene que decidir lo pertinente dentro de los tres días siguientes; si es del caso inadmitirla señalará los requisitos que faltan, con la prevención que si las fallas no se subsanan dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que así lo indica se rechazará la misma; empero nada señala la disposición para el evento de que el juez no sea el competente, vacío que se llena fácilmente con la norma que consagra similar evento dentro del Código General del Proceso en el inciso segundo del art. 90, de manera que deberá, dentro del plazo de los tres días, disponer su remisión al juez competente.

Si los requisitos desde un primer momento están cumplidos o se reunieron oportunamente luego de la inadmisión, el juez aceptará la demanda y dará traslado al demandado, cuando es conocido, como usuaimente sucede, por un lapso de diez días; agre-

Se observa así que no tiene que aplicarse necesariamente el conocido sistema de publicar en un diario de reconocida circulación nacional, sino en un medio hablado o escrito que en criterio del juez lleve a los eventuales interesados el conocimiento de la existencia del proceso, de modo en que ciertas acciones populares que conciernen con sectores muy delimitados puede ser un mejor sistema e información acudir a un medio estrictamente regional o local, como los canales de televisión de la zona, radiodifusoras o periódicos de similar cubrimiento.

Adicionalmente, si la demanda no la promovió el ministerio público, deberá comunicársele la existencia del proceso, es decir que no se requiere de notificación personal sino de envío de oficio dando cuenta de la existencia del mismo, para que determine si quiere intervenir "en aquellos procesos que lo considere conveniente", lo cual destaca que no se trata de una obligatoria comparecencia de dicha entidad; adiciona el inciso final del art. 21 de la ley: "Además, se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado", obviamente si a ello hubiere lugar, lo que tampoco conlleva la necesidad de notificación personal ni obligatoriedad de que la entidad perentoriamente intervenga en el proceso pues queda a su determinación presentarse o no al mismo.

2.4. *Los medios exceptivos en las acciones populares*

Es el artículo 23 de la ley 472 el encargado de señalar un especial sistema respecto de las excepciones y es así como destaca que se podrán proponer las perentorias, sin que exista limitación alguna acerca de las que lo pueden ser, adicionando que de las previas únicamente admite las "de falta de jurisdicción y

no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que allí se encuentre de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y del aviso que enviará, por el mismo conducto al notificado", inciso que plantea diversas inquietudes.

En efecto, mal puede referirse el mismo a las notificaciones a funcionarios públicos cuando son demandadas entidades de tal naturaleza, pues respecto de ellos existe el sistema advertido de manera específica en el inciso tercero y estaría de sobra la posibilidad de notificar al empleado dadas las implicaciones de la remisión al CPACAya explicadas; si la norma se viene a predicar de particulares como parece serlo dada su ubicación y, además que señala que ella opera "En todo caso", parte de un supuesto que pocas veces se da y es que el particular tenga un "empleado", evento en el cual podría darse el especial sistema, pero de resto no veo que sea operante sin correr el riesgo de que se estructure una causal de nulidad debido a lo impreciso de tan importante regulación, de ahí que, por ser más garantista, estimo que se debe acudir de manera integral al sistema del CGP.

De acuerdo con el artículo 21 de la ley 472, además, en el auto admisorio se ordenará publicar un llamado a la comunidad informando de la iniciación del proceso, que se hará en el medio de comunicación masivo que el juez considere más eficaz y sin que esté atado por la índole del mismo, es decir que puede ser radio, prensa o televisión, porque será su criterio el predominante, con el fin de que todos los eventuales interesados puedan intervenir.

título, se aplicarán a las acciones de grupo las normas del Código de Procedimiento Civil".

Si se cumplió con la carga de la prueba es decir se acreditó cabalmente el perjuicio y su monto se profiere sentencia que acoja las pretensiones de la demanda, la que deberá realizar las especiales previsiones contenidas en el art. 65 de la ley, a saber:

"1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales", norma que reafirma la necesidad de que en la etapa probatoria esté demostrado el monto del perjuicio.

"2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente ley.[26]

"3. El monto de dicha indemnización se entregará al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el defensor del pueblo y a cargo del cual se pagarán:

"a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conve

26 Si se acude al art. 61 de la ley 472 se encuentra que el mismo se refiere es a la audiencia de conciliación de ahí que es errada la remisión pues de esa norma no se extrae ningún criterio orientador de lo que ella persigue.

cosa juzgada las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia". Con relación al último aspecto, dejando de lado la impropiedad de calificar como excepción previa la de cosa juzgada, que es por esencia perentoria, realmente viene a quedar como única excepción de esta índole la de falta de jurisdicción, pero dado que se ordena decidir en la sentencia, se concluye que no existe trámite propio para dicha excepción que, por lo mismo, se podrá proponer en un solo escrito junto con las perentorias si a

ello hubiere lugar.

Considero que es un error haber dejado para pronunciarse en la sentencia acerca de la falta de jurisdicción, por ser este un aspecto que se debe resolver en la etapa inicial del proceso y no al final, de modo que nada impide que si el juez estima que carece de jurisdicción así lo determine en el auto de rechazo de plano de la demanda y no en la sentencia como se advierte en la norma que se comenta; en dicho auto ordenará la remisión del proceso al funcionario competente, no solo de la misma rama sino incluso de otra especialidad.

Es más, si avanzado el proceso y antes del fallo primera instancia se percata el juez de supuesta falta de jurisdicción, no debe esperar a la sentencia, sino dar curso al trámite de la causal de nulidad y, de resolver que se estructura la misma, ordenar el envío del proceso a la jurisdicción que corresponda.

2.5. *El pacto de cumplimiento*

Dentro de lo que pudiera ser una especial modalidad de audiencia de conciliación, pero evitando darle esa denominación para no entrar en innecesarias discusiones acerca de si los asuntos

propios de las acciones populares son o no conciliables, el art. 27 de la ley consagra la denominada audiencia para efectos de obtener el "pacto de cumplimiento", cuya fecha debe ser señalada "dentro de ios tres días siguientes al vencimiento del término del traslado de la demanda", o sea que no se trata de realizar la audiencia en ése plazo sino fijar la fecha dentro del mismo, pues de no ser ese el entendido de la disposición nos hallaríamos frente a otra norma carente de lógica e imposibilidad práctica de aplicación.

> Destaca el inciso primero de la disposición, que el juez "citará a las partes y ai ministerio público a una audiencia especial en la cual escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del ministerio público y de la entidad responsable o de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria", disposición respecto de la cual es necesario observar diversos aspectos.

El primero de ellos es el atinente a que no obstante que de acuerdo con el art. 21 no es obligatoria la intervención del agente del ministerio público a quien se le comunica la existencia del proceso con el objeto de intervenga en "aquellos procesos que lo considere conveniente", se tiene que para la audiencia es obligatoria su comparecencia, de manera que es requisito necesario citarlo para que asista a ella; si se considera que "citar" es simplemente señalar fecha y hora y no es sinónimo de notificación personal como algunos erradamente lo interpretan, debemos cuidamos de entender que este auto requiere de nuevo de notificación personal, pues a más de que allí no se indica esa

formalidad de manera especial, vendría a dilatar la actuación de manera innecesaria, de ahí que el auto se debe notificar por estado, pero, sin que constituya requisito condicionante de la validez de la audiencia, nada impide que se envíe un oficio o telegrama al ministerio público o incluso a las partes recordando la fecha de la diligencia, como desarrollo de lo que podría denominarse "cortesía judicial", pero sin que venga a erigirse como previo requisito obligatorio para su celebración, el envío de tal comunicación.

Debe entonces el ministerio público una vez citado al proceso y así haya decidido no comparecer al mismo, de todas formas estar atento a su desarrollo, para efectos de que intervenga,

10 que ya no es optativo, en el curso de la audiencia en orden a lograr el pacto de cumplimiento.[11]

Idénticos comentarios se repiten respecto de la entidad pública responsable de velar por el derecho o interés colectivo si no fuera ella la demandada y a quien, recuérdese se le informa la existencia del proceso al igual de cómo se hizo con el Ministerio Público.

Lo que resulta fuera de contexto es la anotación atinente a que pueden intervenir las personas naturales "o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto", pues al rompe surge la pregunta: ¿cuál proyecto?; y es que en todo el trámite anterior, tal como se ha visto no existe ninguna referencia al mismo, de modo que se trata de esos rezagos que se presentan

11 Advierto que la norma reguladora del pacto de cumplimiento no previo ninguna sanción para quien no asista a la audiencia y no es posible entender se puede aplicar alguna, pues las,sanciones siempre deben estar expresamente no es admisible su imposición por vía de analogía.

cuando de la original consideración del texto ideado para la ley se establecen modificaciones que sin advertirlo dejan vigentes referencias a aspectos no acogidos en la respectiva ley.

No otra puede ser la explicación de esta parte del texto que se toma inocuo, pues si bien es cierto el profesor Ramiro Bejarano trata de darle una posibilidad de aplicación,[12] estimo que tal como dicho autor lo resalta es "muy difícil que antes de la audiencia elabore un proyecto de pacto de cumplimiento, tanto más si se tiene en cuenta que la ley no lo obliga a ello".

El pacto de cumplimiento lo que busca es que por iniciativa del juez "se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible", y de lograrse el mismo en la audiencia, inexplicablemente, adiciona el inciso cuarto del art. 21 que: "El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, estos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas", conducta que se supone ha debido observar en el desarrollo mismo de la audiencia, pero que tal como está la regulación, lo que implica es que el juez se tome un lapso adicional para analizar las impli-

,12 BEJARAÑO GUZMAN Ramiro, *Procesos declarativos,* arbitrales y ejecutivos, Temis, Bogotá, 6ª edición, 2016, páginas 277 y 278, quien formula severas y fundadas criticas a la regulación del proceso y advierte que aun cuando no se sabe a qué se está refiriendo la ley con la mención del proyecto señala: ¿Será acaso al proyecto de pacto de cumplimiento que a iniciativa del juez eventualmente pueden celebrar las partes para determinar la forma de protección de los derechos e .intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior'[1] Tai parece que es a ese proyecto de pacto, al que se refiere la disposición'".

cationes de lo vertido en el acuerdo; empero, si estima que nada debe objetar, "La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutiva será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto".

Si la audiencia resulta fallida y la ley lo asume: "a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas; b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento, y c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento", se ordenará la práctica de pruebas, para lo que se ha previsto un término de veinte (20) días prorrogables por veinte (20) días más si la complejidad del proceso lo requiere, disponiendo el juez de las más amplias facultades para llevarlas a cabo, pues señala el art. 29 que "Para estas acciones son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de lo que respecto de ellos se disponga en la presente ley", pero radicando la carga de la prueba en el demandante, con la advertencia del art. 30 acerca de que: "Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener ios elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella".

£■ 2.6. *La sentencia en la acción popular*

■ " Vencido el término probatorio, y continúan las normas que •- ¿o se aplican, señala el art. 34 de la ley, que el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia, la que de ser estimatoria - de la demanda "podrá contener una orden de hacer o de no ha- . cer, condenar al pago de peijuicios cuando se haya causado daño ; a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere ; físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que -dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. *Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular "*[13].

En este evento la condena al pago de los peijuicios se hará yen abstracto y para concretarla "se liquidará en el incidente pre- • visto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil", remisión que ahora se predica del art. 283 del CGP, de manera que de no promoverse oportunamente la actuación dentro del plazo de los treinta días, se extingue el derecho y el juez debe rechazar de plano la liquidación extemporánea; igualmente si se promueve en tiempo la liquidación pero no se demuestra el monto del perjuicio precluye la oportunidad de dar efectividad a esta condena, do que para nada afecta las demás decisiones tomadas, pues es

La frase final: "Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popu- quedó derogada tácitamente debido a que como antes se explicó, la ley 1425 2010 eliminó los incentivos."

claro el art. 34 en destacar que "en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas".

La norma que comento, art. 34, en la parte final del inciso segundo, advierte que "Al término del incidente se adicionará la sentencia con la detenninación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor", disposición inaplicable debido a que no es éste un caso de complementación de la sentencia, de una parte y, de la otra, se debe considerar que el auto que concreta la condena en abstracto presta mérito ejecutivo y no es menester una sentencia complementaria para que genere sus efectos; además, el incentivo quedó eliminado, de modo que se estará a lo decidido en el auto y no se dictará sentencia complementaria.[14]

Todo lo atinente al cumplimiento de la sentencia es responsabilidad del juez de primera instancia, al prescribir la misma norma que "el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de las sentencia de conformidad, con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cum-

14 BEJARAJN'O Ramiro, *Procesos declarativos,* arbitrales y ejecutivos, Bogotá, Ed. Temis 6ª ed. ,2016, pág. 286 señala que "Para el caso de que tramitado el incidente se hubiere demostrado el monto de los peijuicios, el art. 33, inciso 3º de la ley, introdujo un aspecto que puede resultar si no confuso, al menos complejo. En efecto, dijo la disposición que "al término del incidente *se adicionará la sentencia* (subrayado nuestro) con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional a favor del autor. Si bien la detenninación incidental adiciona el fallo, ella no revive los términos de impugnación de la sentencia...". Infortunadamente, no plantea una solución al punto, pues no es que el auto que concreta el monto del perjuicio adicione la sentencia, como en efecto sucede, sino que erradajnente la ley ordena dictar una sentencia complementaria, lo que es inadmisible por las razones dadas.

fe plimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho ¿ o interés colectivo, el ministerio público y una organización no ¿k gubernamental con actividades en el objeto del fallo".

Destaco que de acuerdo con el artículo 35 los hechos base *t* de la respectiva acción popular determinan que la sentencia tenga k efectos erga omnes al indicar que "La sentencia tendrá efectos *x* de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general", expresión esta última que si bien no es muy jurídica eso es lo que *"i* quiere significar, que el fallo es oponible a todos los asociados.

v 2.7. *El régimen especial de recursos*

Teniendo en cuenta la celeridad que se trata de imprimir a este proceso, se determina que el trámite de primera instancia estará ausente de la posibilidad obtener por la vía de la apelación la revisión de autos por el superior, debido a que el único recurso ^ procedente en contra de ellos es el de reposición, tal como nítidamente lo señala el art. 36 al prescribir que "Contra los autos dictados durante el trámite de la acción popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil", limitación que confirma la norma siguiente al destacar que "El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá > ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a . partir de la radicación del expediente en la secretaría del tribunal T; competente"[15], norma que, como el lector bien lo podrá suponer,

15 Estimo que la única excepción a la regla de la irrecurribilidad de los autos |í 'en el curso de la primera instancia, surge de lo previsto respecto del auto que de-

también engrosa al catálogo de aquellas que no tienen aplicación práctica, pues, como ya se dijo, es lo cierto que la duración de este proceso es tanto o más demorada que la de cualquier otro proceso declarativo.

Destaco que en este proceso se aplica el art. 121 del CGP en lo que concierne con el plazo máximo para proferir sentencia tanto en primera como en segunda instancia, por ser esta una de las normas que quedan cobijadas por lo señalado en el art. 44 de la ley 472, pues esta disposición lejos de oponerse a la naturaleza y finalidad de tales disposiciones viene a llenar el vacío que surge de la absurda norma que impone al juez el imposible de sentenciar en 30 días, antes mencionado.

2.8. *La coadyuvancia en las acciones populares*

El artículo 24 de la ley establece norma con especial connotación acerca de la intervención de coadyuvantes al señalar que "Toda persona natural o jurídica podrá coadyuvar estas acciones, antes de que se profiera fallo de primera instancia. La coadyuvancia operará hacia la actuación futura. Podrán coadyuvar igualmente estas acciones las organizaciones populares, cívicas y similares, así como el defensor del pueblo o sus delegados, los personeros distritales o municipales y demás autoridades que por razón de sus funciones deban proteger o defender los derechos e intereses colectivos", observándose al rompe que, a diferencia de la modalidad general de coadyuvancia prevista en el art. 71 del

creta las medidas cautelares debido a que el art. 26 de la ley señala que "podrá ser objeto de los recursos de reposición y apelación". Se entiende que el efecto, dado que no se menciona, será el general previsto en el estatuto procesal civil o sea el

devolutivo.

CGP, que puede ser hasta antes de la sentencia de segunda instancia, en este caso la oportunidad de hacerlo va hasta antes del fallo de primera instancia. Además y dada la índole de esta acción, estimo que no es menester demostrar la existencia de un determinado interés que pueda ser indirectamente afectado, lo que permite concluir que basta el deseo de coadyuvar y presentarse al proceso para que se deba admitir a quien lo hace.

2.9. *Las medidas cautelares en las acciones populares*

'f

./ Es el artículo 25 la disposición que se ocupa de regularlas y prescribe que aún desde "Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado", consagrándose un típico caso de medidas cautelares decretables aún de oficio e innominadas, es decir que a más de las previstas en el sistema procesal civil, es posible adoptar otras según lo determine la particular índole del caso, tema de las medidas cautelares innominadas que se estudia a fondo en el capítulo final de esta obra, al cual me remitoT

No obstante, la ley se encarga de sugerir algunas de las que pueden ser adoptadas, tales como "las siguientes: a) Ordenar la. inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; b) Ordenar

.que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta poten-

Rímente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión dhi demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para 2~~antizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medi- previas, y d) Ordenar con cargo al fondo para la defensa de

los derechos e intereses colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo".[16]

Es de resaltar la importante facultad que le concede al juez el parágrafo segundo de la norma al prescribir que "Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado".

No obstante, el artículo 26 permite que exista oposición a las medidas decretadas, concretable a través de los recursos de reposición y apelación, que en este caso de manera especial se permite, estableciendo excepción a la regla general del art. 36 de la misma ley, la cual se regula así: "El auto que decrete las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación;[17] los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días.

16 Esta última no es una medida cautelar. La ley 472 que tanto abunda en imprecisiones le da ese carácter, a lo que viene a ser una especial atribución del juez para efectos de lograr una especial ayuda pericial en orden a precisar "la naturaleza del daño" y las medidas aconsejables para mitigarlo.

17 Significa lo anterior que ante lo explícito y específico de la disposición, para efecto de estas medidas cautelares no es posible llevar a cabo su práctica sin previamente notificar el auto al demandado, aspecto que reafirma la disposición al señalar que si se decretan con el auto admisorio de la demanda "simultáneamente" se notificarán, lo que implica que en este proceso no se aplica el art. 298

La oposición a las medidas de cautela sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos: a) Evitar mayores peijuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; b) Evitar peijuicios ciertos e inminentes al interés público, y c) Evitar al demandado peijuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable".

Destaco que la redacción de la norma no puede interpretarse como que necesariamente deben decretarse las medidas cautelares desde el comienzo del proceso, a lo que podría llevar el entender que el auto que las dispone se notificará "simultáneamente con la admisión de la demanda", pues esta prescripción opera en el entendido de que se hayan solicitado o el juez estime necesario decretarlas desde cuando se admitió la demanda.

Por último, estimo que no le asiste la razón al profesor Javier Tamayo cuando advierte que: "Pero al demandante en la acción popular no le basta solicitar las medidas cautelares para que el juez obligatoriamente las declare. El actor debe probar que, efectivamente, de no tomarse dichas medidas, el daño muy seguramente se producirá o seguirá produciéndose. Es decir, hay que probar la inminencia del daño"[18].

Sucede que al analizar el art. 25 de la ley 472 de 199S observo que en parte alguna la mencionada disposición impone al áctor la carga de "probar que, efectivamente, de no tomarse di-

,r_ del CGP,. de que dispone "Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente -7. antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete".
lí* ■ ▪

18 TAMAYO JARAMILLO Javier, *Las acciones populares y de grupo en la* «, . *responsabilidad civil,* ob. cit., página 149, quien, además trae en apoyo de la tesis decisión dei Consejo de Estado de octubre 5 de 1999, expediente AP-005.

chas medidas, el daño muy seguramente se producirá o seguirá produciéndose", debido a que el texto se limita a permitir al juez tomar "medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado", sin que en parte alguno prevea la necesidad de que existan pruebas al respecto y menos si se tiene en cuenta que las puede tomar desde la iniciación misma de la actuación.

Es decir, dejó a la discrecionalidad del funcionario, a su buen juicio de acuerdo con las bases que surjan de la demanda y de los eventuales anexos probatorios de ella el disponerlas, tal como lo señala el art. 590 del CGP, pero sin que sea menester que el actor previamente allegue pruebas al respecto como requisito condicionante para que el juez pueda ejercitar esta facultad, que además, reitero, no requiere de solicitud de parte pues está dentro de sus actividades que aún de oficio puede decretar.

3. LAS ACCIONES DE GRUPO

3.1. *La legitimación para demandar, la caducidad y la conformación del grupo*

Del articulo 46 de la ley 472 surge con claridad que la acción de grupo es un simple proceso indemnizatorio, porque hace referencia a "los peijuicios individuales", sólo que si las causas que se predican de unos sujetos de derecho y respecto de las que se origina una obligación de indemnizar individualmente el perjuicio ocasionado, lo son también de otros, de un "grupo", se permite adelantar una sola actuación para que con única sentencia se decida el mayor número de conflictos, en lo que constituye un claro ejemplo del desarrollo del principio de la economía

procesal, destacándose en la misma norma que "El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas".

Agrega el artículo 47 que "Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de peijuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años " siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo", con lo cual se señala un plazo de caducidad para la acción de grupo, pero nada impide que de manera individual y de acuerdo con los respectivos plazos de prescripción se pueda adelantar el respectivo proceso cuando obró la caducidad para promover la acción de grupo..

Un ejemplo aclara la idea: Si existe con una institución bancada un contrato que suponemos sometido a un término de prescripción de diez años y se predica respecto de la entidad una conducta ocurrida el 10 de enero de 2016 que ocasionó daños a varios contratantes que se hallan en situación semejante, la posibilidad de que se adelante la acción de grupo está determinada por la circunstancia de que antes de 10 de enero de 2018 se inicie el proceso. De así no suceder, únicamente queda como viable la acción individual que no está cobijada por la caducidad que se comenta, sino por el respectivo plazo de prescripción.

Empero, promovida en oportunidad la acción de grupo, tan solo opera la posibilidad de demandar de manera separada y sometido al término de prescripción pertinente, si en la debida ocasión alguno de los integrantes del grupo manifestó su decisión de excluirse del mismo teniendo en cuenta la facultad que le otorga el art. 56 de la ley 472, evento en el cual "podrá intentar acción individual por indemnización de peijuicios"

A más de los peijudicados con el hecho, se autoriza para demandar, en el art. 48 de la ley, al "El defensor del pueblo, los personeros municipales y distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados", norma que contiene un parágrafo donde está la esencia tipificadora de esta especial modalidad de proceso, cual es que "En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder".

El gran debate que existe es el atinente a cuál debe ser el momento en que se integre el grupo mínimo que exige la ley y, al respecto tres son las tesis centrales que se han expuesto.

La primera, sostenida inicialmente por el H. Consejo de Estado[19] en el sentido de que desde la presentación misma de la demanda deben estar presentes, al menos, veinte personas que reúnan requisitos similares, pues destaca la entidad que: "la lectura del inciso tercero del artículo 46 de la ley 472 de 1998, permite deducir que la demanda sólo podrá ser intentada cuando la decisión de promoverla esté presente ai menos en veinte personas, víctimas del daño, cuando éstas se hallen plenamente identificadas, y no admite la interpretación del apelante, en cuanto, la acción podrá intentarse por dos personas, y que en desarrollo del

19 Consejo de Estado, providencia de junio 20 de *2000* expediente AG-004.

art. 55 de la misma norma, puede integrarse el mínimo requerido por el artículo 46 citado".

La segunda, propuesta por el profesor Javier Tamayo,[20] es la de que se puede iniciar actuando como demandantes un número de personas inferior al exigido por la ley, pero bajo el supuesto de que en la demanda "se debe allegar la identificación de ese mínimo de personas y la prueba sumaria que acredite que reúnen las condiciones necesarias para hacer parte del grupo, así al final del proceso aparezcan menos de veinte peijudicados que se beneficien con la sentencia condenatoria".

La tercera es la atinente a que el grupo puede integrarse aún después de proferida la sentencia para lo cual se busca apoyo en el art. 55 de la ley que destaca en la parte final del inciso primero que "Quien no concurra al proceso y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia.

Tomo partido por la primera tesis, la inicial del Consejo de Estado, por considerar que si el art. 46 de la ley hace referencia a la interposición de una demanda por un "numero plural" o "un conjunto" de personas, necesariamente lleva a concluir que quienes presenten la demanda deben ser varios; y si el inciso final del mismo artículo destaca que "El grupo estará integrado al menos por veinte personas", veo obvio que está cualificando cuál debe ser ese número plural o ese conjunto, es decir que como demandantes deben comparecer presentando la demanda, otorgando el

'20 TAMAYO J.ARAMILLO Javier, ob. cit., pág. 223 y 224.

poder o poderes respectivos, al menos los veinte, aspecto que corrobora el art. 52 de la ley al exigir en el numeral 2, que la demanda debe contener "la identificación de los poderdantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio".

Advierto que en nada cambia la apreciación lo señalado en el numeral 4 de esta norma al destacar que en la demanda, "Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo"[21], puesto que no significa como algunos lo han creído que puedan demandar menos de veinte. En absoluto, lo que la norma destaca es que si los veinte o los que demandan en un número mayor al mínimo, no son *todos* los miembros del grupo, es menester señalar ios criterios para identificarlos, pues se sabe que la acción está iniciada por el mínimo legal, pero eso no implica que puedan venir todos los que falten.

Ciertamente, el "grupo" para efectos de poder dar curso al proceso implica que al menos veinte sujetos lo hagan; pero como

21 Dentro de las interpretaciones que se han acomodado para tratar de sacar avante las acciones de grupo destaco la que asevera que la prueba de la existencia del grupo no se requiere, por ser un hecho notorio que dada *la naturaleza* de la entidad financiera demandada (lo era un Banco) debe tener más de veinte usuarios, porque con tan peregrina tesis se tendría que una acción de grupo en contra cualquier entidad que se sabe tiene más de veinte usuarios, ejemplo, la Empresa de Teléfonos de Bogotá, estaría relevada de prueba, por cuanto se olvida que no se trata tan solo de saber que son más de veinte los usuarios de los servicios sino que ese número mínimo reúne las condiciones uniformes respecto de la misma causa. Así, por ejemplo puede ser un hecho notorio que la empresa de Teléfonos citada tiene más de veinte suscriptores, pero no lo es que una falla en su servicio haya afectado a la totalidad de ellos ocasionando peijuicios individuales, pues bien-puede haber ocurrido el *hecho predicable* tan solo de un determinado sector.

pueden existir otros sujetos que no comparecen y que pueden perfectamente ser parte del mismo, es decir tratarse de un grupo que efectivamente tiene más de veinte, se faculta, a esos otros integrantes del grupo aún no identificados, a presentarse, tal como lo señala el art. 55 hasta "antes de la apertura a pruebas, mediante | la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda eomo un mismo grupo".

Lo que no se debe entender que es esta una oportunidad £ para integrar el mínimo de los veinte, porque *debe estar desde la presentación de la demanda, que es lo que le da el verdadero sentido a esta acción,* cual es el saber, desde un comienzo, que realmente existe un grupo mínimo, identificado, determinado, sin peijuicio de que posteriormente otros sujetos de derecho puedan llegar a adicionarlo, a más tardar en la oportunidad citada, todo p con el fin de que dentro de la etapa probatoria pueda cuantificarse individualmente el valor de los peijuicios sufridos por cada uno K de los que se presentaron.

í|- . Ahora bien, de admitirse la segunda tesis, es decir la que pregona que puede actuar un número inferior, pues de todas maneras el actor representa a las demás personas que hayan sido ^afectadas, sin necesidad de tener poder (art. 48, parágrafo), con- |jpsidero que si "antes de la apertura a pruebas"[22] no se ha cumpli-

"~y,;

Í.Í22.. El H. Tribunal Superior de Bogotá, Acción de grupo de Herderson Sepúlveda ^contra Finandina S.A. Magistrados Luz Mery García, Edgardo Villamil y Ricardo '¿Z'ópó. Auto de 21 de marzo de 2003, expediente 1279, destacó: "En efecto, según [3]ehartículo 55 de la ley 472 de 1998, al referirse a la integración del grupo, que "...quienes hubieran sufrido un peijuicio podrán hacerse parte dentro del proceso,

do con el esencial requisito de que al menos veinte personas, se hayan hecho presentes dentro del proceso, precluyó la oportunidad para que la acción de grupo pudiera seguirse tramitando, al presentarse un caso especial de no procedibilidad de la acción; llegada esa oportunidad procesal y constatado por el juez que no existe el número mínimo requerido, no le queda alternativa diferente a la de proferir un auto declarando la terminación del proceso, por ser esta circunstancia uno de los eventos atípicos de terminación anormal de un proceso, de índole semejante, por ejemplo, al de la muerte del cónyuge en los procesos de divorcio, o al de la destrucción del bien dado en prenda en el ejecutivo con acción real.[23]

No tendría objeto, en mi opinión, esperar a que llegase el momento de proferir sentencia para entonces negar las pretensiones de la demanda debido a que no se integró el grupo, que sería la solución a adoptar si se acoge la segunda tesis, pues lo

antes de la apertura a pruebas..", de donde se infiere que, si en este momento está conformado un grupo con un determinado número de personas y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, ya no es posible acceder a la comparecencia de otras y por lo tanto las pruebas solo deben limitarse a los que conforman el grupo, tal como lo precisó el auto que adicionó las pruebas.

"En el entendido que las pruebas si se decretaron en la forma como se solicitaron y que la inconformidad, en el sentido de abarcar también a otras personas; en este caso todas las deudoras, va se advirtió que ello solo es posible para quienes comparecieron basta antes del decreto de pruebas, según se transcribió lo pertinente del art. 55 de la ley 472 de 1998."

23 LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Código General del Proceso,* Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2016, páginas 1040 y 1041, donde se explica en detalle lo atinente a estas causas especiales y atípicas de terminación de un proceso, que la doctrina española denomina de "extinción del proceso por improcedibilidad".

que la ley ha querido, en la más laxa de las interpretaciones, es que a más tardar dentro de esa ocasión inicial se halle integrado el grupo con el mínimo de veinte personas que exige, lo que de ocurrir permitirá proseguir la actuación para dictar la sentencia que corresponda y, de ser el fallo estimatorio de la demanda, autoriza para que otros en adición lleguen al grupo mínimo de veinte ya presentes, posibilidad advertida en el mismo art. **55** al señalar que "Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte **(20)** días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daüoc extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas".

Lo que no considero admisible es que sobre la equivocada interpretación de lo antes transcrito se asevere que es posible integrar el grupo mínimo de veinte después de proferida la sentencia, pues este plazo adicional y excepcional es para que otros puedan llegar a aumentar el grupo, pero partiendo del supuesto de que por lo menos antes de la apertura a pruebas ya estaba integrado el grupo mínimo de veinte personas.

Corrobora mi apreciación la siguiente circunstancia; admitamos, en gracia de discusión, la errada teoría que preconiza la posibilidad de integrar el grupo mínimo luego de dictada la sentencia; si tan sólo se han hecho presentes, por ejemplo, cuatro personas, de acuerdo con la tesis que critico, luego del fallo otras pueden hacerlo, sólo que es menester que se presenten "dentro de los veinte **(20)** días siguientes a la publicación de la sentencia".

Si así no sucede ya no es posible que se integre el grupo y vendría a quedar el fallo únicamente para los cuatro de nuestro ejemplo, lo que, obviamente no es el propósito perseguido por la ley, pues para eso están las acciones individuales, circunstancia que evita el seguir la primera tesis o aún la segunda.

En el evento de que los distintos miembros del grupo le confieran poder a diferentes abogados, el art. 49 de la ley dispone que "deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité", toü io cual se establece excepción a la regla atinente a que cada sujeto de derecho puede tener Su abogado, de modo que con esta prescripción se obliga a que únicamente un profesional actúe en representación de todo el grupo, lo que influye positivamente en la celeridad del proceso.

3.2. *Funcionarios competentes para conocer de las acciones de grupo*

De manera similar a como sucede con las acciones populares, el art. 50 de la ley destaca que "La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. La jurisdicción civil ordinaria conocerá de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo", de modo que lo ya comentado con relación a este aspecto y a la competencia de los jueces administrativos y los tribunales contencioso adminis

trativos, en lo que concierne con las acciones populares, se da por reproducido.

3.3. *La demanda y el trámite del proceso*

El artículo 52 es la disposición que señala los requisitos de la demanda, la cual siempre debe estar dirigida contra una determinada persona, sin peijuicio de que "cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación", remitiéndose a los usuales de todo libelo y, además, determinado de manera repetitiva varios de los que son comunes al mismo, tales como el nombre del apoderado o apoderados, anexar el poder legalmente conferido, la identificación de los poderdantes, con sus nombres, documentos de identidad y domicilio, la identificación del demandado y la solicitud de pruebas, de modo que realmente como especiales se pueden resaltar los previstos en los numerales 3, 4 y **6**, consistentes en el estimativo del valor de los peijuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración; si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo y la justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos **3**º y **49** de la ley 472, aun cuando destaco que la remisión al último de los artículos citados nada aporta en lo que a criterios de procedencia de la acción respecta.

Si es del caso admitir la demanda, señala el art. 53 que "además de disponer su traslado al demandado por el término de diez (**10**) días, el juez ordenará la notificación personal a los de

mandados.[24] A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. Para este efecto el juez podrá utilizar simultáneamente diversos, medios de comunicación"; además debe ser citado siempre el defensor del pueblo para que determine si considera necesaria su intervención, de manera que es perentoria la notificación personal al funcionario del auto que lo cita, pero enteramente optativa su intervención en el proceso.

Para efectos de la notificación de este auto admisorio el art. 54 distingue acerca de si la demanda está dirigida contra entidades públicas y sociedades, al titularlo **"Notificación del auto admisorio de la demanda a entidades públicas** y **sociedades",** por lo que advierto que cuando se trata de sociedades se debe entender que son diversas a las de carácter público o, en otros términos que se refiere es a sociedades privadas, destacando que, además, que nada se menciona acerca de la posibilidad de que sea un particular el demandado, hipótesis no frecuente pero tampoco imposible.

Para notificar el auto admisorio de la demanda a las entidades públicas, señala el art. 54 de la ley 472 que "deberá notificarse personalmente a su representante legal o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador

24 Destaco la mala redacción de la norma que señala el deber de disponer el traslado "al demandado" por el término de diez días adicionado, sin la debida congruencia que "el juez ordenará la notificación personal a los demandados".

haga el empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio al notificado", sistema que por tratarse de ley especial considero prima sobre el señalado en términos generales en el CPACA y concretamente en el art. 612 del CGP que reformó el art. 199 del CPACA, de modo que el tortuoso sistema de notificación en mala hora acogido para reformar el citado art. 199, no se. aplica en las acciones de grupo dirigidas contra entidades públicas.

Si de notificar a sociedades concierne, señala la norma que "el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal, en la dirección que indique el demandante. De no conocerla deberá hacer dicha afirmación bajo la gravedad de juramento, caso en el cual se notificará en la dirección que aparezca registrada en la cámara de comercio respectiva. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio al notificado", de ahí que en lo que concierne con dichos entes también se estará siempre a lo previsto en la disposición especial transcrita.

Queda el vacío atinente a cuando el demandado es particular, pero no una sociedad y dado que nada señala la norma, como para este proceso tienen función integradora las disposiciones del CGP, se debe concluir que a estos se les notificará en la forma • señalada en este para las "sociedades".

Los medios de defensa que tiene la parte demandada son dos mismos de cualquier proceso de cognición, básicamente del

verbal, pues señala el art. 57 que "La parte demandada podrá interponer excepciones de mérito con la contestación de la demanda, así como las excepciones previas señaladas en el Código de Procedimiento Civil. Las excepciones de acuerdo con su naturaleza, se resolverán de conformidad con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil".

3.3.1 *La audiencia de conciliación*

Con unas especiales connotaciones se señala la conciliación en este proceso, al disponer el art. 61 de la ley que "De oficio el juez, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término que tienen los miembros del grupo demandante para solicitar su exclusión del mismo,[25] deberá convocar a una diligencia de conciliación con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, que constará por escrito", diligencia a la cual puede concurrir si lo quiere el Defensor del Pueblo, "para servir de mediador y facilitar el acuerdo; si el defensor hubiere presentado la demanda, dicha función corresponderá al Procurador General de la Nación o su delegado, quien obrará con plena autonomía. En

25 El artículo 56 de la ley 472 señala que "Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o la sentencia. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones: a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior, y b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo ténnino que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación. Transcurrido el término sin que el miembro así lo exprese, los resultados del acuerdo o de la sentencia lo vincularán. Si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de peijuicios".

la audiencia también podrán intervenir los apoderados de las partes", lo que evidencia que en la primera hipótesis a más del juez como conciliador, igualmente podrá actuar el defensor.

De lograrse la conciliación, en adición a la usual redacción del acta y de los efectos de cosa juzgada de la misma, se observa como formalidad adicional, que el juez debe ordenar, "la publicación del acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional".

. Frustrada la conciliación, según el art. 62 de la ley procede la etapa de apertura para la práctica de pruebas por un lapso ; de veinte días ampliable hasta por otro tanto y vencido el plazo, ; se concede un lapso de cinco días comunes para alegatos y luefFr ;g° viene el fallo, es decir la típica estructura de un proceso de ¿pl" -cognición básicamente escrito y no por audiencias, de ahí que la carga de la prueba esté radicada en cabeza de la parte actora, ^• . aspecto que suele perderse de vista, de manera que recuerdo que Sueste proceso se instituyó para buscar la indemnización "respecto de una misma causa que originó peijuicios individuales" (Art. 46 ley 472 de 1998), de modo que surge de la referencia legal ^•anterior que la responsabilidad que puede ser objeto de análisis pflpen este tipo de actuaciones puede ser contractual o extracontraciS^tüal, según el origen de los hechos que se invoquen en la corresJlIrPóndiente demanda, por lo que la índole de sus pretensiones es la propia de las declarativas de condena, de manera que nadie pdiscute que la naturaleza jurídico procesal de la acción de grupo fp¡ la propia de los procesos declarativos, al igual de cómo lo son, ejemplo, el proceso verbal o el de deslinde y amojonamiento, circunstancia que consagra con nitidez el art. 46 de la ley 472 en

su inciso segundo al indicar que: **"La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios".**

Debido a que el campo propio de la acción de grupo no es otro diferente al de establecer una supuesta responsabilidad del demandado en cualquiera de los dos campos advertidos, las normas de orden sustancial y procesal acerca de sus deberes dentro del proceso se aplican de manera idéntica a como lo hubieran sido de haberse iniciado individualmente un proceso por el supuesto afectado, que hubiera sido el verbal.

Pone de presente lo anterior que dentro de la acción de grupo, por su naturaleza declarativa, la carga de la prueba de los hechos en que se soportan las pretensiones queda radicada en cabeza de la parte actora, de manera que es a ella a quien le compete no solo demostrar los mismos, sino, además, el monto en concreto de los peijuicios pues no se puede perder de vista que la sentencia de ser estimatoria de las pretensiones debe ser en concreto no solo por así señalarlo el art. 283 del CGP, sino por cuanto en adición expresamente así lo requiere el art. 65 de la ley.

Por esa razón tienen cabal aplicación en este proceso el art. 164 del CGP. que dispone que "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso" y el 167 ib. donde se resalta que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", normas pertinentes en esta actuación por así señalarlo el art. **68** de la ley 472 de 1998 al indicar que "En lo que no contraríe lo dispuesto en las normas del presente

gruente pues no tiene relación alguna el señalamiento del efecto en que se concede el recurso con lo concerniente a la prestación de una caución para embargos y secuestros, aspecto además regulado por el art. 590 del CGP.

A diferencia de la acción popular los autos serán apelables según lo señalado en el Código General del Proceso, es decir que no se prevé un trámite de primera instancia exento de la posibilidad de apelaciones respecto de los autos que la admitan[27].

Agrega el mismo artículo que "Contra las sentencias proferidas en los procesos adelantados en ejercicio de las acciones de grupo proceden el recurso de revisión y el de casación, según el caso, de conformidad con las disposiciones legales vigentes; pero en ningún caso el término para decidir estos recursos podrá exceder de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se radicó el asunto en la secretaría general de la corporación", de donde se desprende como novedad lo atinente a la casación, pues así no se dijera nada respecto del de revisión, es sabido que toda sentencia lo admite. En lo del plazo para decidirlo, como todos los plazos de las acciones populares y de grupo, no pasan de ser optimistas e inaplicables previsiones.

Destaco que el art. 333 del CGP señala en el numeral 2º que es procedente el recurso de casación respecto de las "sentencias

27 El inciso segundo del art. 67 forma parte del grupo de normas que no pasan de ser, valga la expresión coloquial, "un saludo a la bandera" que, además ni se obedecen ni se cumplen, al indicar que: "El recurso de apelación deberá resolverse
por la autoridad judicial competente en un término máximo de veinte (20) días, contados a partir de la fecha de radicación del expediente en la secretaría general,
sin embargo, cuando sea necesario practicar nuevas pruebas, el término para

niente por razones de equidad y según las circunstancias propias de cada caso, y

"b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el juez en la sentencia.

"4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado, dentro de los veinte (**20**) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

"5. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

"**6**. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al diez por ciento (**10**%) de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente".

3.3.2. *Los recursos en la acción de grupo*

El artículo 67 de la ley señala en su inciso primero que: "La sentencia es apelable en el efecto suspensivo. En este evento el juez ordenará se preste caución para garantizar las medidas cautelares de embargo y secuestro.", norma que, al rompe, es incon-

CAPÍTULO VI

DE LAS ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO

"La cosa más difícil del mundo no es que las personas acepten ideas nuevas, sino hacerles olvidar las viejas

John M. Keynes

1. ASPECTOS GENERALES

El artículo **88** de la C. P. dispuso en su inciso primero que: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella" y en el segundo destacó que "también regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin peijuicio de las correspondientes acciones particulares".

Es precisamente la ley 472 de agosto 5 de 1998 "Por la cual se desarrolla el artículo **88** de la Constitución Política de Colombia en relación con las acciones populares y de grupo", que entró en vigencia el 5 de agosto de 1999, el estatuto que se encarga de sentar, infortunadamente de modo incierto y en no pocas veces

dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria", lo que evidencia un tratamiento diferente de las proferidas en el campo contencioso administrativo en el que este recurso no existe.

En todo caso se debe tener presente que en materia de procedencia del recurso de casación se aplican las reglas generales, de manera que si la cuantía del interés para recurrir no se halla dentro del límite mínimo que señala la ley en el art. 338 del CGP. o sea un mínimo de **1000** salarios mínimos legales mensuales, de manera que si no se da dicha cuantía, no será procedente su trámite, porque claramente el art. 67 de la ley 472 hace mención a que se tramitará "de conformidad con las disposiciones legales vigentes", una de las cuales es precisamente la de la cuantía del interés para recurrir.

3.4. Las *medidas de cautela en la acción de grupo*

Es el artículo 58 de la ley 472 el encargado de regular este aspecto, pero de manera más limitativa que en la acción popular, pues a más de proceder exclusivamente a petición de parte, las circunscribe a las "previstas en el Código de Procedimiento Civil para los procesos ordinarios", y adiciona que "El trámite para la interposición de dichas medidas, al igual que la oposición a las mismas, se hará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil", aspecto que requiere de una especial explicación, debido a que las normas a las que se hace la remisión fueron derogadas por el Código General del Proceso, de manera que se debe entender que la disposición que se aplica es el art. 590 del CGP que consagra las medidas cautelares para los procesos declarativos, lo'que implica tener presente que la posibilidad

s|>

Jibe aplicar la nueva disposición es apenas parcial, como también tfeló era en el derogado régimen.

■

En efecto, según el artículo 590 del CGP unas de las medi-^p-d^s cautelares procedentes en el proceso declarativo son el re-Jjggistro de la demanda, el secuestro de bienes muebles cuando se ^discuten o afectan derechos reales respecto de determinados bie-J§nes sometidos a registro; si se tiene en cuenta que en la acción de ;^rf grupo no se ejercitan derechos reales, pues es de su esencia el es-^J tar destinada a hacer efectivos derechos personales, no se observa '^feninguna posibilidad lógica de llevar a la práctica el registro de la Tp'demanda o el secuestro previstas en el numeral primero letra a) tjfldel art. 590 del CGP

Pero si proceden las indicadas en el numeral 1 letra b) que ^."señala: "b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos ^' a-registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el §tí proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de respon-l||£sabilidªd civil contractual o extracontractual" y adiciona que "Si ^la sentencia de primera instancia es favorable al demandante,

É aipetición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de :lps bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en can-2|ddad suficiente para el cumplimiento de aquella.", norma que ^-Igualmente permite al demandado impedir la práctica de las cau-%|telas prestando caución, "por el valor de las pretensiones para |pp£arantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al ^demandante o la indemnización de los peijuicios por la imposi-bilidad de cumplirla."

Empero, quien solicita la medida cautelar debe tener presente que el numeral 2 del art. 590 indica que: ” Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y peijuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.”

Surge la duda acerca de si el demandante no pide las medidas cautelares con la demanda, posteriormente puede ejercitar ese derecho procesal, respecto de la cual considero que no obstante que de los arts. 59 y 60 de la ley 472 parece concluirse con una simplista y exegética interpretación que no lo podría hacer, estimo que se trata de una inadecuada redacción y que nada impide que, cumpliendo el requisito de que previamente se fije y preste la caución, las pueda pedir el demandante con posterioridad a la admisión de la demanda, pues no se trata de un derecho que precluya por la circunstancia de no utilizarlo desde el principio, máxime si se recuerda que “El trámite para la interposición de dichas medidas, al igual que la oposición a las mismas, se hará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil”, hoy CGP, estatuto en el cual, si están previstas, es viable solicitarlas aún después de presentada la demanda.

CAPÍTULO VII

V EL PROCESO EJECUTIVO

r ':
II

“El derecho positivo, cuya aplicación está garantizada por la coacción ejercida contra los oponentes, es el medio confiado al Estado para permitirle asegurar el bien común sobre la base de la justicia y de la seguridad, de la justicia sobre todo, porque la seguridad injusta sería tan sólo una seguridad falsa

Louis Le Fur

1. GENERALIDADES, IMPORTANCIA, OBJETO

La tutela de los derechos de cada uno de los asociados sería de poca utilidad si el Estado, a más de garantizar y respetar su adquisición, no dispusiera de un sistema apto para hacerlos efectivos coercitivamente en caso que fueren vulnerados. Por ello, dentro de las diversas ramas de la actividad jurídica, el sistema procesal es uno de los que busca cumplir esa importante finalidad de respaldo a la protección que aquel otorga, la que sin poder .coercitivo nada significaría.

Es por eso que desde el punto de vista del ordenamiento al, con base en la certeza de la existencia del derecho, se debe a los asociados de la posibilidad de emplear un trámite

ágil y de características imperativas que les permita, mediante la intervención del Estado, hacerlo efectivo cuando se pretende desconocerlo, siendo uno de los medios idóneos para lograrlo el proceso de ejecución.

En efecto, un sistema procesal no puede limitar su campo de acción a establecer una serie de trámites para reconocer los derechos, sino que es indispensable que aquellos cuya existencia sea cierta e indiscutible bien porque provienen de una decisión judicial o de un negocio jurídico unilateral o bilateral, puedan ser tutelados prontamente en el momento en que más requieren de la ayuda estatal, que es cuando el obligado pretende desconocer la prestación que debe ejecutar. Esta es, en verdad, la ocasión en que la función de garantía del Estado encuentra su cabal desarrollo, al regular los medios de cumplimiento, dentro de los que resalta por su innegable importancia y empleo el proceso de ejecución[1].

Por consiguiente, el proceso de ejecución surge como soporte básico de las actividades estatales reguladoras de las relaciones jurídicas y se constituye en instrumento esencial del orden público, pues si no existiera, la función de garantía y de restauración que corresponde al Estado tendría poca confiabilidad.

Sabido es que la justicia por propia mano está erradicada de las legislaciones modernas, por haberla reemplazado instituciones como la del proceso ejecutivo, de ahí la trascendencia del mismo y la necesidad de conocer adecuadamente sus alcances.

1 Existen otros mecanismos de ejecución como los concernientes con la diligencia de entrega o. incluso, la simple orden a un secuestre para que entregue bienes objeto de la medida.

ROCCO[2] afirma que: "Por efecto de la prohibición de la defensa privada y la abolición de medidas coercitivas sobre la l§f persona del obligado, el derecho originario del derechohabiente Jque obra en orden a la satisfacción de los intereses que han quedado insatisfechos por mala voluntad del obligado se ha transfoimado, en el derecho moderno, en un derecho ante el Estado, ff cual reemplaza al derechohabiente en la realización sobre el Ipatrimonio del obligado, de los intereses que habían quedado in-^satisfechos".

El proceso ejecutivo tiene, pues, como finalidad específica ¿¡^esencial asegurar que el titular de una relación jurídica que crea ^obligaciones pueda obtener, por medio de la intervención estatal, .. J el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la ^prestación a su cargo, si ello es posible, o si no, conduciéndolo a ' que indemnice los peijuicios patrimoniales que su inobservancia fj|¿qcasionó, para lo cual se deberá tener presente que es el patri-Jlñaonio del obligado el llamado a responder por sus obligaciones, ^f.pües la vinculación de la persona, considerada en su integridad pJTsica, se sustrae por entero al ámbito.de la ejecución.

2¿ ROCCO Ugo, *Tratado de derecho procesal civil* í. IV, Bogotá, Buenos Aijres; Edit. Temis-Depalma, 1967, pág. 25. ROBLES GARZON Juan Antonio, La Ejecución impropia y la ejecución in natura. Ponencia XX Jomadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Actas, Tomo I, Editorial Centro de Publicaciones de-Málaga, 2006, página 127 quien destaca: "El camino que la sociedad recorre ¿ara conseguir la paz social es largo y variado, pero siempre ese camino ha estado presidido por una exigencia cardinal: evitar la auto tutela, es decir ofrecerá los particulares unos medios, unos instrumentos y unas personas con el ^encargo de resolver cualquier tipo de problema jurídico que a los ciudadanos se Tesiplanteasa", adicionando que dentro de ellos son esenciales ios propios de

En Colombia sólo la infracción de la ley penal compromete tanto el aspecto patrimonial (obligación nacida de la comisión de un delito) como el personal, en razón del carácter que tienen las penas privativas de la libertad.[3]

El Código General del proceso regula el proceso de ejecución en ios artículos 422 a 472; pero se advierte que no son éstas las únicas normas que se refieren al tema general de la ejecución, pues ya hemos visto, y así lo consideran numerosas legislacio-

3 Según Hugo ALSINA, Tratado teórico y práctico de derecho civil y comercial, t. V, 2ª ed., Buenos .Aires, Ediar, págs. 27 a 28), en sus albores el proceso de ejecución, aún desde el punto de vista puramente civil, contemplaba la posibilidad de ejercer la garantía tanto respecto del patrimonio como de la persona: "En el derecho romano, durante la época de las legis actions, una vez pronunciada la sentencia por el juez que, como sabemos, era elegido por las partes y en su defecto por el magistrado, se acordaba ai deudor un plazo de treinta días para el pago (tempus indicati). Transcurrido ese plazo el vencedor debía ocurrir nuevamente al magistrado, en quien residía el imperium, ejercitando la manus injectio indicati, mediante la cual tomaba posesión de la persona del deudor". Como complemento de la anterior referencia histórica, es conveniente destacar que ALFREDO ROCCO, citado por ALSINA, señala que "en este período el deudor no respondía con sus bienes sino con su persona. La ejecución se dirigía exclusivamente a constreñir la voluntad del deudor, quien conservaba la libre disposición de sus bienes. Posteriormente la pignoria capio permitió la ocupación de los bienes, pero no para satisfacer el crédito como medio de coacción: el acreedor podía hasta destruir la cosa pero no venderla; más tarde el pretor introdujo el procedimiento de la missio in possessionem. que importaba la desposesión del patrimonio y autorizaba su venta ficta a un bonorum emptor, quien enajenaba realmente los bienes, pero siempre como un medio de coacción de la voluntad y no de ejecución directa sobre los bienes. La Ley Julia dictada bajo Augusto, autorizó al deudor, para evitar la infamia de la bonorum vendido, a poner los bienes a disposición de sus acreedores, bonorum cessio. No perdía la propiedad de ellos sino que ios entregaba en prenda; asi comenzó la ejecución, sobre el patrimonio y es el origen de la máxima de que el patrimonio dei deudor es la prenda común de sus acreedores".

nes, que el proceso de expropiación es otra forma de ejecución. También son normas de esta índole las que versan sobre el cumplimiento de las sentencias, previstas en los arts. 305 a 311 del CGP y las específicas de ciertos procesos declarativos que comprenden dentro del trámite del mismo y luego de la declaratoria del derecho, la ejecución de la sentencia como ocurre en el de restitución de la tenencia, en el cual la sentencia ordena la restitución y establece la forma de obtenerla sin necesidad de proceso ejecutivo; además, son también formas de ejecución las previstas en otros estatutos como, por ejemplo, el tributario que regula el proceso ejecutivo para obtener el pago de obligaciones en favor de la Administración de Impuestos Nacionales.

En los artículos antes mencionados (422 a 472) se tipifican: el proceso ejecutivo singular por obligaciones con garantía personal, privilegiada o no, cuyo trámite quedó único[4].

4 Tai como lo analicé en la exposición de motivos del proyecto de ley que presenté al Ministerio de Hacienda en abril 10 de 2007, la unificación de procedimientos ejecutivos es conveniente en orden a agilización de esta actuación, advirtiendo al respecto que: "Como segundo punto para ser reformado está el atinente a la necesidad de eliminar los trámites diferentes para los ejecutivos destinados a obtener el pago de sumas de dinero, sin que importe que se pretenda hacer efectiva exclusivamente la garantía hipotecaria, de manera tal que uno solo sea el proceso ejecutivo que se adelante, respetando la preferencia que se deriva de la garantía real, pero eliminando el malentendido referente a que parte de ese privilegio es el derecho a tener un proceso exclusivo, lo que no es cierto, porque en ninguna norma se estipula esa supuesta prerrogativa, dado que se trata tan sólo de regular la prelación para el pago, proveniente del privilegio que confiere la garantía real, que obviamente se respeta.

"Un aspecto que igualmente reclama de pronta modificación y que halla su razón de ser en la dualidad de trámites, es la posibilidad de elección que se da a los acreedores con garantía hipotecaria para, caso de que un deudor quirografario persiga en proceso ejecutivo y embargue el bien sobre la que

Conviene advertir que la existencia de una garantía real usualmente no excluye la de la garantía personal, por lo que si el acreedor ejerce simultáneamente las dos en lo que constituye la denominada acción mixta, prevista en el art. 2449 del C. C., el trámite a seguir es el mismo, de modo que no se trata de un nuevo tipo de proceso ejecutivo debido a que, con buen criterio, se consideró que no era del caso establecer un trámite especial para esta hipótesis.

Cualquiera que sea la modalidad del proceso de ejecución, necesariamente debe *existir* como base necesaria para su trámite un documento usualmente escrito, denominado título ejecutivo, que supone la existencia de una obligación clara, expresa y exigióle o, al menos, la presunción de tales requisitos como acontece con la acción ejecutiva especial derivada de la póliza de seguro, (art. 1053, num. 3 del C. de Co.) o con cualquier otra norma que para casos específicos y excepcionales autorice adelantar ejecuciones, así no se reúnan las exigencias del art. 422 del CGP.

Pongo de presente que existe la tendencia a pensar que ciertas normas consagran por disposición especial de ellas y no por aplicación del art. 422 del CGP., una forma excepcional de ejecución, cuando en realidad así no acontece, porque en esos casos lo que ocurre es que el legislador realiza de manera anticipada el

por acudir al proceso donde se le cita o inicie dentro de los treinta días siguientes a la citación el ejecutivo con garantía real, lo que a más de prestarse a maniobras en detrimento de los acreedores quirografarios, determina una serie de ambiguas situaciones cuando son varios los acreedores con garantía hipotecaria y unos concurren al proceso donde se les citó y otros van al separado, lo que genera aún mayores dilaciones en estos procesos.". Se observa asi que estas sugerencias se acogieron integralmente en el Código General del Proceso.

análisis y para evitar discusiones indica que procede la ejecución tal como sucede, por ejemplo, en los numerales 1 y 2 del art. 1053 del C. de Co., disposiciones que de no existir, de todos modos dan lugar a una actuación ejecutiva, pues lo allí previsto se acomoda a lo señalado en el art. 422 del CGP.

También es ejemplo de lo dicho la hipótesis de toda conciliación o transacción en donde surgen obligaciones, por cuanto al f quedar constando por escrito, ser claras y exigióles, permiten la ejecución, sin que importe que una norma expresamente lo diga; ¿ así, por ejemplo, el artículo **66** de la ley 446 de 1998 señala que "El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de J conciliación presta mérito ejecutivo", lo que en estricto sentido sobra si del acta surge la obligación con los requisitos del art. 422 del CGP, e igualmente pone de presente que si del acta no se deriva una obligación con tales características no ameritará la vía ^ ejecutiva, pues ella emerge no del acta abstractamente considerada sino de lo que en concreto se plasmó.

gjf • Ciertamente, en estos casos la vía ejecutiva no se da porque J|f íá ley lo diga, pues así hubiera guardado silencio al respecto, si el tjV' documento se ajusta integralmente a la preceptiva del art. 422, a %£" saber: es documento escrito, es auténtico, la obligación proviene jypdel reconocimiento de una de las partes y es exigióle, se podrá ^ ejecutar. Por el contrario si el acta del acuerdo conciliatorio no ^léumple con esos requisitos no generará la vía ejecutiva.

Otro ejemplo de esta forma de legislar se halla en la parte .^primera del art. 14 de la ley 820 de 2003 al señalar que: "Las ^obligaciones de pagar sumas de dinero a cargo de cualquiera de lillas partes serán exigióles con base en el contrato de arrendamien

to y de conformidad con lo dispuesto en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil", lo que en estricto sentido es redundante.

Por el contrario, la misma norma si establece una especial modalidad de ejecución, que de no estar expresamente prevista no hubiera permitido esta vía, al señalar que: "En cuanto a las deudas a cargo del arrendatario por concepto de servicios públicos domiciliarios o expensas comunes dejadas de pagar, el arrendador podrá repetir lo pagado contra el arrendatario por la vía ejecutiva mediante la presentación de las facturas, comprobantes o recibo de las correspondientes empresas debidamente canceladas y la manifestación que haga el demandante bajo la gravedad del juramento de que dichas facturas fueron canceladas por él, la cual se entenderá prestada con la presentación de la demanda".

2. TÍTULO EJECUTIVO: CONCEPTO Y ORIGEN

Para adelantar una ejecución es requisito central que exista una obligación de dar, de hacer o de no hacer, clara y cuyo cumplimiento sea exigióle. En el sistema procesal colombiano, que en esta materia se apartó del de otros países que optaron por el criterio de señalar taxativamente cuáles obligaciones son susceptibles de ser ejecutadas,[5] no debe hablarse de que sólo ciertas obligaciones pueden ejecutarse, porque toda obligación que se ajuste a los preceptos y requisitos generales del art. 422, presta mérito ejecutivo, por manera que la labor del intérprete se limita

5 Es el caso de la ley de enjuiciamiento civil española del 7 de enero de 2000 cuyo artículo 517 mantiene ei anacrónico criterio de enumerar los documentos que permiten ejecutar, lo lleva implicaciones de casuismo extremo, como se puede verificar en la obra de Andrés DE LA OLIVA, Ignacio DIEZ PICAZO, Jaime VEGAS y Julio B ANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, páginas 890 a 896.

a determinar si en el caso que se somete a su consideración se dan las exigencias de la norma.

Hay eventos de excepción, como se dijo, en los que la vía ejecutiva se impone expresamente por determinación de ley especial, que hace caso omiso de cumplir con alguno de los requisitos del art. 422, disposición que indica que la vía ejecutiva puede surgir también "de los demás documentos que señale la ley".

Es equivocada la idea, que ha hecho carrera en nuestro medio, debido a que la mayoría de los procesos de ejecución se basan en ellos, de que sólo prestan mérito ejecutivo los títulos valores representados en cheques, letras y pagarés que son de frecuente empleo. Lo que sucede es que esos títulos valores como puede acontecer con muchos otros documentos, se ajustan a los requisitos del art. 422 y por eso prestan mérito para ejecutar. Pero de ahí a sostener que son los únicos, grande es la diferencia.

El título ejecutivo debe constar en un documento o conjunto de documentos que en la gran mayoría de los casos se refleja por escrito, lo que equivale a decir que usualmente constará en prueba documental escrita; lo anterior no obsta para que, cuando el art. 422 se refiere en términos generales a un documento, de ahí que cobijaría cualquiera de los involucrados en el art. 243 del CGP, se sobreentienda que normalmente es a un escrito y no a otro de diferente índole, en atención a que los asociados no acostumbran a emplear para los fines de precisar alcances obliga- cionales otra clase de documentos.

Luego de la consagración legal de la presunción de autenticidad predicada de los documentos en general, teóricamente la

gran variedad de los que enumera el art. 243 podrían prestar mérito ejecutivo, naturalmente de reunir los restantes requisitos que taxativamente se involucran en el art. 422.

El artículo 244 del CGP dota de la presunción de autenticidad a todos los documentos provenientes de las partes, no sólo a los escritos pues la ley no diferencia, y respecto de éstos sin distinguir si son copias u originales, de manera tal que por ejemplo, el hipotético caso de la confesión de una obligación contenida en una grabación de voz o en un video, permitirá despachar la ejecución, dado que opera del mismo la presunción de autenticidad lo que pone de presente que está de sobra el trámite del reconocimiento.[6]

Cuestión diversa, que no vacilo en augurar, es que seguirá teniendo absoluta preponderancia el documento escrito, pero de ahí a sostener, como antes se afirmó, que era la única posibilidad, grande es la diferencia.

Es más, existen algunos eventos donde no sólo es perentorio que conste la obligación con las características de ser clara, expresa y exigible en un documento escrito, sino que, además, se exige una especial habilitación del documento base del recaudo porque en veces éste debe ser el original, tal como sucede con las contenidas en títulos valores, donde por razones de seguri

6 Llamo la atención acerca de la necesidad de erradicar un frecuente equívoco, cual es el de confundir autenticidad con poder demostrativo del documento. La autenticidad es sólo la certeza, real o presunta, de quien fue el creador, el otorgante del documento. El que el documento sea auténtico ni quita ni pone en lo que con el poder de convicción atañe, pues éste depende es de su contenido intrínseco. Por eso es que únicamente Jos documentos que se acomodan a la preceptiva del art. 422 del CGP. son los que permiten despachar la ejecución.

dad jurídica es menester que se utilice para fines de la ejecución exclusivamente el original, pues evidente sería la incertidumbre que se generaría si se permitiera adelantar ejecuciones con base en copias de ellos.

En otros casos señalados expresamente por la ley las copias deben tener una especial habilitación, como sucede con las que dan cuenta de las obligaciones contenidas en escrituras públicas con garantía hipotecaria, aspecto que adelante preciso con mayor amplitud.

No significa lo anterior que sea imposible demandar ejecutivamente con base en copias, pues en modo alguno se halla proscrita esta posibilidad, sólo que debe tratarse de casos excepcionales donde, por su naturaleza no sea menester emplear el original o una copia especialmente habilitada.

Así, por ejemplo, nada impide, es más con frecuencia así sucede, que se demande en proceso de ejecución al arrendatario que no paga los cánones empleando copia del contrato, sin que se requiera ninguna cualificación especial de ellas o, para citar otro ejemplo, cuando el título ejecutivo está contenido en la copia de un contrato de promesa de venta si se demanda el cumplimiento de obligaciones en ella contenida.

Dentro de los títulos ejecutivos originarios del deudor o de su causante figuran igualmente las obligaciones confesadas en interrogatorio de parte extraproceso, no así las contenidas en interrogatorio de parte dentro del proceso, por cuanto el art. 422, en su parte final, dice: “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".

Esta norma se explica si se tiene presente que cuando la confesión de una obligación se produce en el curso de un interrogatorio de parte pedido como prueba en un proceso, la circunstancia creadora de ella debe reflejarse en el análisis que el juez haga en la sentencia de dicha prueba, pues de reunirse todos los requisitos legales y con base en esa confesión, posiblemente el juez dictará fallo condenatorio que, como ya se vio, también es un título ejecutivo y la ejecución estará basada en la sentencia y no en el interrogatorio de parte.

Además, de no existir la disposición limitativa, en el momento de producirse una confesión en un proceso de cognición, el favorecido con ella teóricamente podría adelantar la correspondiente ejecución, perturbándose en esta forma su normal desarrollo y dejando abierto el campo para posibles abusos del derecho o circunstancias contradictorias, porque de continuar el proceso y dictarse sentencia condenatoria, surgiría la posibilidad de una doble ejecución. Es más, no es exótico pensar que eventualmente la sentencia sea absolutoria, porque toda confesión admite prueba en contrario, situaciones que impide se presente lo indicado en el inciso final del art. 422.

Por el contrario, cuando se pide un interrogatorio de parte fuera de proceso y se obtiene la confesión, es perfectamente lógico y jurídico que si del mismo surge la existencia de una obligación con los requisitos necesarios para prestar mérito ejecutivo, esa prueba sirva como base para iniciar el respectivo proceso, máxime si se recuerda que una de las finalidades que se persigue

con esta clase de interrogatorio es precisamente la de crear un título ejecutivo.

Un destacado procesalista del pasado siglo, el profesor Julio González Velásquez[7] al comentar el anterior estatuto procesal, en relación al mérito ejecutivo de la confesión, en comentarios que no han perdido actualidad, anotó lo siguiente: "Coincidiendo con la legislación española y la chilena, en el Código Judicial actual (ley 105 de 1931) se dispuso que «la confesión hecha en el juicio ordinario en posiciones después de contestada la demanda, no constituye título ejecutivo» (art. 983) lo que tiene antecedente en la legislación anterior (art. 801, ley 103 de 1923) y se quiere prever [como en efecto ocurrió, anoto] en el proyecto del nuevo Código Judicial.

"En éstos últimos términos explicó la comisión revisora la norma legal en alusión «Si a unas posiciones[8] absueltas durante el término de prueba de un juicio ordinario se les concediera mérito ejecutivo, resultaría que quedaría cortado el juicio original antes de la sentencia definitiva, sin allegar otros elementos de convicción debatidos entre las partes, y sin que se llenara la plenitud de los procedimientos judiciales, y para obrar con lógica se haría preciso conceder el mismo efecto a la confesión judicial hecha & dentro del término probatorio, a las declaraciones uniformes de

varios testigos y a todas aquellas actuaciones que conforme a la

■"

7 GONZÁLEZ VELÁZQUEZ Julio, *Manual sobre procesos ejecutivos,* Me-^déllín, 1957, páginas. 74 y 75.

8' Pliego de posiciones era la designación que para la época y según vieja tradición española, se daba a lo que hoy es el interrogatorio escrito.

ley producen plenas pruebas y completas, lo cual equivaldría a terminar los juicios ordinarios en la mitad de su curso o antes».

"Fuera de lo anterior, es pertinente observar que desde el momento del nacimiento de la relación procesal la parte reconoce en el fondo la carencia de un título ejecutivo, que su derecho no está contenido en un título indubitado, que requiere controversia amplia, lo cual naturalmente lleva mérito en orden a concluir lo impropio que sería disponer algo distinto en la norma en cita. Sustancialmente ésta acoge el principio de la igualdad que vendría a sufrir quebranto si las posiciones absueltas dentro del juicio permitieran por sí solas adelantar ejecución contra el absol- vente y con independencia del proceso que exista. No resulta de lógica admitir que no obstante una controversia judicial acerca de un decreto, fuere posible adelantar por separado acción ejecutiva para efectivizarlo".

Comparto estos comentarios que explican suficientemente la razón de ser del inciso final del art. 422 del CGP que, como bien se ha visto, es una disposición de antigua raigambre entre nosotros y permite desechar el equívoco atinente a que el derecho procesal civil en Colombia nació con el Código General del Proceso, de ahí que sus fuentes y antecedentes interpretativos, no pueden ser ignoradas.

En cuanto a su origen, salvo precisas excepciones fijadas por la ley, el título ejecutivo debe provenir del deudor o de su causante, o de providencia judicial que bien puede ser una sentencia de condena proferida por un juez o un tribunal de cualquier jurisdicción, o de una providencia que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, 'o de proveídos que en procesos contencioso-

administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o fijen honorarios a los auxiliares de la justicia.

Al prescribir el artículo 422 que la sentencia que presta mérito ejecutivo es la de condena "proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción", reitera que no interesa la clase de juez que imponga la condena para que ella preste mérito ejecutivo, sólo importa que la autoridad tenga jurisdicción.

Por tal razón, los fallos dictados por un juez laboral, por un juez penal cuando condena al pago de peijuicios, o por un tribunal de arbitramento, para no citar sino algunos ejemplos, prestan mérito ejecutivo al igual que uno proferido por una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales si se adecúan a la preceptiva del art. 422.

Las decisiones de las autoridades policivas, salvo los dos eventos previstos en el art. 422, no prestan mérito ejecutivo debido a la lamentable reforma que introdujo la ley 769 de agosto 6 de 2002, nuevo Código Nacional de Tránsito Terrestre, que derogó lo previsto en la ley 23 de 1991, cuyos artículos 18 a 20 realizaron una drástica desjudicialización de numerosas actuaciones, adscribiendo a las autoridades de tránsito el conocimiento de los procesos correspondientes a la decisión de la responsabilidad civil del conductor infractor respecto de los daños que en el accidente causó a bienes (se habla en la ley de muebles, inmuebles, animales y automotores) de donde surgió la obligada conclusión que esos fallos cuando dan cuenta de obligación clara, expresa y "éxigible, vinieron a reemplazar a los de los jueces civiles y prestaban mérito ejecutivo, naturalmente, ante la justicia civil, lo que ya. hoy no sucede.

Ciertamente, en el artículo 143 de la ley 769 de 2002 se menciona que lo atinente a los daños materiales que se ocasionen en un accidente de tránsito podrá ser objeto de conciliación "previa extensión de un acta que suscribirán las partes y la autoridad de tránsito que presencie la conciliación, la cual tiene la calidad de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo", aspecto que nada tiene de novedoso si del acta surgen los requisitos de una obligación clara expresa y exigible, tal como sucede con cualquier acta de conciliación de contenido similar.

Empero, la función de la autoridad de tránsito cuando no se da ese acuerdo respecto del monto de los daños y el obligado a pagarlos, lo convirtió el art. 146 de la citada ley en un "concepto técnico", al señalar que "las autoridades de tránsito podrán emitir conceptos técnicos sobre la responsabilidad en el choque y la cuantía de los daños" y no obstante que se previo la posibilidad de un trámite incluso con práctica de pruebas, lo que se decida, no pasa a ser nada diferente a una prueba que debe evaluar el juez civil dentro del proceso verbal en donde se defina lo atinente a la responsabilidad y el monto de los daños.[9]

9 El poderoso gremio de los transportadores mostró todo su poder de penetración en la referida ley, donde se derogaron importantes avances legales que pusieron en cintura sus abusos. Por eso, debo revivir comentarios de años atrás, donde cuestionaba este derroche de la actividad estatal, pues es lo cierto que nada es lo que se gana con "el concepto técnico" de que trata el art. 146 del Código Nacional de Tránsito y es así como reitero que esta situación recarga innecesariamente la labor de la administración y de la rama jurisdiccional; lo lógico es que los fallos de la autoridad policiva en materia de daños ocasionados en accidente de tránsito, una vez en firme, ameriten el proceso ejecutivo; imperioso es expedir una ley que, independientemente de, si los inspectores son o no autoridades, con jurisdicción, expresamente otorgue fuerza ejecutiva a esas

De otra parte, hay casos absolutamente excepcionales, taxativamente previstos en leyes especiales, en los cuales se ha otorgado fuerza ejecutiva a ciertos escritos a pesar de que no provienen directamente ni del deudor o de su causante, ni de providencia de autoridad de orden jurisdiccional eventos mencionados en el concepto de título ejecutivo del art. 422 bajo la expresión "y los demás documentos que señale la ley".

En efecto, los títulos ejecutivos con base en los cuales se adelantan las ejecuciones fiscales, los certificados de prenda agraria de que trata el art. 16 de la ley 24 de 1921, los certificados de la Superintendencia Financiera acerca de la existencia de sobregiros a cargo de titulares de cuentas corrientes (art. Iº de la ley 133 de 1948 incorporado en el art. 327, numeral 4.1, letra p) del Estatuto Orgánico del sistema financiero[10]) y el cobro de

"En ei trámite ante las autoridades de policía se pierde mucho tiempo, si consideramos que sus fallos sólo constituyen, de declararse por tal autoridad una obligación, base probatoria para adelantar procesos ordinarios en los cuales se puede obtener un título ejecutivo (sentencia de condena). Esto sólo contribuye a desgastar aun más la deteriorada imagen del aparato estatal. De otorgar mérito ejecutivo a tales condenas, además de aliviar el trabajo de la rama jurisdiccional, se le otorgaría mayor seriedad y respetabilidad a las actuaciones policivas". Ojalá se vuelva pronto al sendero y transitado y se reestructure como lo hizo la ley 23 de 1991, la posibilidad de otorgar fuerza ejecutiva a las decisiones de las autoridades de tránsito cuando declaran la responsabilidad y el monto de los peijuicios ocasionados en accidente de tránsito.

10 Señala la letra p) como función técnica de la hoy Superintendencia financiera lo siguiente: "Expedir los certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los bancos, los saldos en contra de clientes de estos por concepto de pagos de sobregiros ó descubiertos en cuenta corriente, y los provenientes de cartas de crédito abiertas or entidades bancarias de Colombia por orden de sus clientes y utilizadas por los eneficiarios, los cuales prestarán mérito ejecutivo"

los servicios y expensas a cargo del arrendatario pagados por el arrendador (art. 14 de la ley 820 de 1993) son ejemplos evidentes de títulos ejecutivos que no tienen el origen previsto en el art. 422, pues son creados sin la intervención del deudor y no provienen de autoridad con jurisdicción.

Para ilustrar lo anterior ejemplificaré con el evento de certificación de los sobregiros: el superintendente Financiero, al revisar la contabilidad del Banco acreedor, deja constancia acerca de que de acuerdo con ella la cuenta corriente del deudor muestra un saldo a su cargo por determinado valor. Al rompe se observa que la obligación no proviene del deudor, ni de providencia jurisdiccional de condena, pues este no ha intervenido para nada en la creación del título y además la Superintendencia no es autoridad jurisdiccional (al menos en éste tipo de actuaciones administrativas), ni ha tramitado un proceso que permita imponer la condena, tan sólo se limitó a constatar que en la contabilidad del acreedor aparece el sobregiro, todo lo cual evidencia el carácter especial que asume este título ejecutivo que deriva su eficacia de tal, no de que se reúnan los requisitos generales del art. 422, sino de que una ley expresamente le otorga dicho carácter.

De la misma manera la póliza de seguro hace parte de esta clase de títulos ejecutivos en el evento previsto en el num. 3º del art. 1053 del C. de Co., en el cual la obligación no proviene del deudor (la aseguradora), debido a que el no objetar la reclamación oportunamente no implica aceptación de esta; empero por disposición de la ley y a modo de sanción para aquella, se pennite

que pueda ser demandada ejecutivamente con base en el monto de la indemnización reclamada[1'].

Es de particular importancia destacar que cualquiera que sea la fuente del título ejecutivo, trátese del que proviene del deudor o de su causante, del que tiene origen en determinación de autoridad jurisdiccional o de aquel al que la ley expresamente le da fuerza ejecutiva, en todos los eventos citados, el escrito correspondiente debe contener una obligación clara, expresa y exigible; el origen del título ejecutivo en nada incide para que se requiera siempre, que el documento que la contiene presente tales características, aspecto que jamás se puede perder de vista.

Tan evidente es lo anterior que el CPACA al definir la obligación en favor del Estado que presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, expresamente señala en el art. 99: "Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:"

Por esa razón una providencia condenatoria en abstracto no presta mérito ejecutivo y por el mismo motivo si el Superintendente Financiero certifica que en una cuenta corriente existe un sobregiro pero no señala la cuantía del mismo, no existe título ejecutivo. Con estos ejemplos se demuestra por qué el contenido de un título ejecutivo siempre debe ser el de una obügación con las características explicadas.

LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro,* Du~re_Editores, Bogotá, 2015, 6ª edición, páginas 567 a 685 donde comento a espacio lo atinente a la acción ejecutiva especial en contra de las aseguradoras.

3. LA CONFESIÓN FICTA COMO TÍTULO EJECUTIVO

Para complementar las anteriores nociones y partiendo del supuesto de que el art. 33 de la C. P. en lo que respecta a que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, no toca con los aspectos civiles,[12] debo analizar los requisitos para que la confesión presunta prevista en el art. 205 del CGP preste mérito ejecutivo.

Ya se dijo que la confesión presta mérito ejecutivo si de ella surge una obligación clara, expresa y exigible, cuando se obtiene mediante el interrogatorio de parte extraproceso, aspecto que no presenta duda alguna cuando el citado compareció personalmente a responder el interrogatorio, sin que importe si éste se formuló verbalmente en la audiencia o estaba precedido de pliego escrito.

Empero, si se quiere ejecutar sobre la base de una confesión presunta en interrogatorio de parte extraproceso, o sea cuando el citado no asiste a responder y no presenta oportuna excusa para justificar su ausencia, es requisito sine qua non que tal prueba se baya solicitado mediante pliego, abierto o cerrado, en el que se formulen las preguntas, siempre y cuando se presente como anexo del escrito en que se solicitó la prueba o que se sustituya el

12 Puede ser consultado mi artículo "Aspectos de la Constitución frente al derecho procesal civil", publicado en Derecho Público, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, N° 2, 1992, página 33, donde se estudia el artículo 33 de la C. P. y se demuestra que su alcance es sólo para el proceso penal, tesis que además ha sido sostenida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia N° 129 de octubre 17 de 1991 y el profesor Jairo PARRA QU1JANO en informe ai Tribunal de Bogotá del 29 de julio de 1991. En suma, se trata de un punto pacífico.

interrogatorio en la audiencia, señala el art. 184 del CGP, lo que presupone, si se está en la audiencia, que el citado compareció, pues de no haberlo hecho no se abrirá la audiencia y será ilegal cambiar el cuestionario.

En efecto, en el interrogatorio de parte como prueba extrajudicial se aplican las mismas reglas establecidas para el interrogatorio en el proceso y el art. 202 del CGP dispone: "El interrogatorio será oral. El peticionario podrá formular las preguntas por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba, presentarlo o sustituirlo antes del día señalado para la audiencia" y se adiciona en el inciso segundo que si el absolvente concurre a la audiencia "podrá sustituir o completar el pliego", con lo que resulta evidente que la confesión ficta o presunta siempre debe estar basada en un interrogatorio escrito presentado previo a la audiencia.

Ahora bien, si el día de la diligencia asiste el absolvente, al formular el interrogatorio el solicitante puede manifestar que prescinde del contenido de las preguntas escritas y formularlas verbaímente. Ello es viable, pues no se lesiona ningún derecho del citado, situación que sí podría darse cuando, aprovechando la no presencia del llamado a responder, se llegase a permitir la formulación verbal de un interrogatorio para obtener una confesión presunta, posibilidad que la ley no puede patrocinar.

Si el interrogatorio se ha formulado por escrito en la oportunidad legal, o sea, acompañando a la solicitud en pliego escrito ' d presentándolo antes de la apertura de la audiencia y se han cumplido las citaciones que la ley ordena, personal para el auto que yseñala fecha para el interrogatorio de parte extraproceso según

lo indica el art. 200 del CGP, si el citado no comparece, se debe aplicar en lo pertinente el art. 205 del CGP .

Se tiene entonces que si el citado a un interrogatorio de parte extraproceso no asiste y se trata de actuación en la que se presentó pliego de preguntas escrito, debe el juez esperar los tres días que señala el art. 204 del CGP para efectos de presentar excusa. Si así sucede y es atendible, señalará nueva fecha para la diligencia, respecto de la cual no se admite ninguna exculpación

Empero, si vencido el plazo ninguna se alegó, o la presentada no la acepta el juez, quedan sentadas las bases para efectos de determinar si de las preguntas no respondidas surge la confesión de hechos que pueden tener como consecuencia la aceptación de una obligación clara, expresa y exigible, pero únicamente será el juez ante quien eventualmente se va a iniciar el proceso de ejecución, el autorizado para hacer el análisis pertinente y, si es del caso, aceptar que existe la presunción de confesión de las preguntas asertivas, para efectos de determinar si profiere o no el mandamiento de pago, porque el juez ante quien se surtió la diligencia extraproceso procederá a devolver la actuación al solicitante con el fin de que haga de ellas el uso que estime necesario.

Naturalmente, si se adelanta el proceso ejecutivo, el demandado podrá desvirtuar la presunción legal que surgió de la calificación, mediante las excepciones perentorias que puede interponer.

En conclusión, si el interrogatorio de parte extraproceso se solicitó para formularlo verbalmente en audiencia, la no comparecencia del citado (así se le haya notificado la orden de manera

personal) no le acarrea ser declarado confeso, pues por tratarse de interrogatorio verbal no es aplicable la presunción, porque al ser en este caso actuación extraprocesal no existe demanda ni contestación, con lo cual queda claro que para que la confesión ficta o presunta preste mérito ejecutivo es necesario siempre que exista pliego escrito contentivo de las preguntas, oportunamente presentado, de cuyo análisis bajo el supuesto de que el ausente de haber estado en la diligencia hubiera aceptado los hechos, suija úna obligación clara, expresa y exigible.

4. *CONTENIDO DEL* TÍTULO EJECUTIVO

El título ejecutivo debe demostrar al rompe, la existencia de prestación en beneficio de un sujeto de derecho. Es decir, que el obligado debe observar en favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar o de no hacer, o dos de ellas combinadas, o las tres, en fin, depende del alcance del negocio jurídico celebrado o de lo dispuesto en el fallo o, excepcionalmente, en la ley, pero, en todo caso, no se ha ideado como contenido de la relación obligacional una conducta que pueda ser diferente de las señaladas; por lo tanto, en el título ejecutivo necesariamente se debe plasmar una obligación de dar, de hacer o de no hacer que debe ser expresa, piara y exigible, requisitos, se reitera, predicables de cualquier título ejecutivo, no importa su origen.

El ser expresa la obligación, implica un requisito que se puede entender mejor si analizamos etimológicamente el concepto. El vocablo expresar, de acuerdo con el Diccionario de la eal Academia Española de la Lengua, significa “manifestar con labras lo que uno quiere dar a entender” y expreso lo que es

"claro, patente, especificado",[13] conceptos que aplicados al del título ejecutivo implican que se manifieste con palabras, quedando constancia, usualmente documental escrita y en forma inequívoca de una obligación; de ahí que las obligaciones implícitas y las presuntas, salvo que la ley disponga lo contrario, no son demandables por vía ejecutiva.[14]

Como complemento se exige, con redundancia, pues se acaba de ver que el ser expreso conlleva la claridad, que la obligación sea clara, es decir que sus elementos constitutivos, sus alcances, emerjan con nítida perfección de la lectura misma del título ejecutivo, en fin, que no se necesiten esfuerzos de interpretación para establecer cuál es la conducta que puede exigirse al deudor.

En lo anterior queda patente la intención del legislador de resaltar la diafanidad de la obligación para agregar, pleonásticamente, el requisito de claridad que la presupone el ser expresa.[15]

13 Real Academia Española de la Lengua, Diccionario de la lengua española, 21ª ed., Madrid, 1992, págs. 661.

14 Cfr. Hernando MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil,* Parte especial 6ª ed., Bogotá, Edit. ABC, 1973, pág. 157 y NELSON MORA, *Proceso de ejecución*, Bogotá, Edit. Temis, 1972, pág 75, quien afirma con acierto que no valen, pues, las expresiones meramente indicativas o representativas de la existencia de la obligación, ni tampoco las expresiones presuntas, salvo el caso de la confesión ficta y en éste, únicamente respecto de las preguntas asertóricas formuladas al interrogado que no compareció. És decir, que las llamadas obligaciones implícitas, esto es, las que están incluidas en el documento (tanto en el escrito como en el documento que contiene la declaración verbal), pero sin que estén expresamente declaradas, no pueden exigirse ejecutivamente.

15 PARRA QUIJANO Jairo, *Derecho Procesal Civil*, Parte Especial, Librería del Profesional, Bogotá, 1995, página 265, advierte que "La obligación no es expresa cuando haya de hacer explicaciones, deducciones o cualquier otro tipo de

La tercera condición para que la obligación pueda cobrarse ejecutivamente es que el derecho sea exigible. Este requisito lo define la Corte así: "La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago solución inmediata por no estar sometida a plazo, condición o modo, esto es por tratarse de una obligación pura y simple y ya declarada".[16]

Agrego que en idénticas circunstancias se encuentra la obligación cuando sometida a plazo o condición, el plazo se ha vencido o se cumplió la condición, caso en el cual, igualmente, aquélla pasa a ser exigible.

Hernando Morales [17] dice que debe distinguirse, como desde tiempo atrás se ha venido haciendo, entre exigibilidad y mora. Para este tratadista el requisito condicionante del título ejecutivo es la exigibilidad y no la mora, y advierte que "aunque la regla general es que la simple exigibilidad permite el mandamiento ejecutivo, la ley estatuye ciertos casos en que la obligación no puede cobrarse mientras el deudor no esté en mora. Tal sucede con las obligaciones de hacer, según el art. 1610 del C. C. y con la contenida en la cláusula penal, conforme al art. 1594 de la misma obra, lo cual se explica por tratarse de peijuicios convenidos por

rodeos mentales para explicar que es lo que "virtualmente" contiene. En otras palabras, no prestará mérito ejecutivo la obligación virtual. Si se permitiera ingresar al ejecutivo con una obligación de este tipo, prácticamente el requisito de expreso habría que predicarlo del intérprete y no de la obligación, lo que resultaría atentatorio de los derechos del ejecutado que tendría que recurrir y defenderse de construcciones mentales y no de realidades manifiestas", anotaciones que comparto.

16 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 31 de agosto de 1942, "G. J.", t. LIV, pág. 383.

17 MORALES MOLINA Hernando, ob. cit., Parte especial, pág. 157 y 158.

el incumplimiento o la demora, los que requieren la constitución en mora del deudor, conforme al art. 1615, ibídem".

Según el art. 1608 del C. C., el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, pero en la inmensa mayoría de los casos el momento de la exigibilidad coincide con el de la mora. De ahí que, desde el punto de vista práctico la diferenciación, entre los dos conceptos salvo las excepciones mencionadas, poca utilización tiene y sólo en eventos excepcionales como el de las obligaciones de hacer es menester observar el requisito de la constitución en mora.

Insisto, en relación con el título ejecutivo, el estatuto procesal sólo se refiere a la exigibilidad, pues es el caso más frecuente. Sin embargo, cuando se da primero la exigibilidad y luego la mora, aquella no impide iniciar la actuación ejecutiva debido a que en dos normas del CGP así se indica.

En efecto, el art. 423 del CGP señala : "Requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito. La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación.", norma que reitera lo antes consignado en el art. 94 ib, al prescribir: "La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación."

í? Queda, así establecido que conforme al art. 422 del CGP í|son títulos ejecutivos los documentos auténticos (lo que hoy es ¿presunción general), provenientes del deudor o de su causante, 'tque contienen una obligación expresa, clara y exigible y sobre la Ííbase de ellos es que puede adelantarse el proceso de ejecución.

5; LA UNIDAD DEL TÍTULO EJECUTIVO

El concepto de unidad del documento en el cual consta el i,título ejecutivo dio lugar a encendidas polémicas durante la vigencia del Código derogado pues se creía que al denominarse "título ejecutivo", debería ser un documento escrito único, criterio '•simplista y revaluado, porque hoy se acepta que dicha unidad es ^jurídica y no física.

Pueden existir títulos ejecutivos simples los que constan en un solo documento, como una letra o un pagaré, pero nada im- . pide que el título ejecutivo esté integrado por varios que en su conjunto muestran la existencia de la obligación con las caracte- : nsticas previstas en el art. 422 del CGP, que permiten adelantar ·fel proceso de ejecución, pues lo que cuenta es que del escrito o 'del conjunto de documentos complementarios suija una obliga- ición clara, expresa y exigible.

Es más, en algunos casos el título ejecutivo no puede ser simple, unitario físicamente, sino que necesariamente es com- puesto, como sucede con las obligaciones sometidas a condición, ; en las que a más del documento en que constan, debe acompasarse la prueba de que ocurrió la condición, como claramente lo ¿dispone el art. 427 del CGP, que regula la forma de demostrar ¡que se infringió la obligación de no hacer y el cumplimiento de

la condición al ordenar que:[44] a la demanda deberá acompañarse el documento privado que provenga del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocesal o la sentencia", que pruebe el cumplimiento de la condición o el incumplimiento de la obligación de no hacer.

Esta norma no exige perentoriamente una de esas pruebas sino la que obtenga el acreedor y sea pertinente según el caso, lo cual pone de presente que la idea de que la unidad jurídica del título ejecutivo debe fatalmente coincidir con la unidad física, es equivocada como la que más.

Al respecto abundan los ejemplos. Así, si se dicta un auto que impone condena in genere y que se concreta en la actuación prevista en el art. 283 del CGP, el título ejecutivo estará físicamente compuesto de dos providencias: la que impuso la condena y el auto aprobatorio de su concreción; la demanda ejecutiva con base en el art. 1053, num. 3 del C. de Co., implica allegar la póliza y la prueba de que se presentó reclamación a la aseguradora; el incumplimiento de la promesa de venta de un inmueble, en cuanto a la no asistencia a suscribir la escritura, implica, a más de acompañar la promesa, la certificación expedida por el notario acerca de la no comparecencia de una de las partes o la escritura que se acostumbra para dejar fe de esta circunstancia.

En resumen, si se cumplen los requisitos para que un documento escrito sea título ejecutivo, bien se ve que aplicando los criterios contenidos en el art. 422, salvo situaciones especiales taxativamente contempladas en la ley, la vía procesal adecuada para obtener la efectividad de la obligación es la del proceso ejecutivo, independientemente de que el documento sea una letra,

gssyscr- r'

Kajjp-' un cheque o un pagaré como erradamente se entiende en nues- - tro medio. Cualquier otro documento escrito que igualmente los reúna permite adelantar este proceso. Si cada caso concreto se ssgüs* estudia y enfrentado al art. 422 resiste el análisis, la vía procesal será la ejecutiva. De lo contrario procederá el proceso verbal.

p¿¿v Ilustro con un ejemplo lo anterior, ¿Qué pasa si un tarjeta habiente de una de las taijetas de crédito utilizadas en nuestro jjj§& medio (Diners, Credibanco, etc.) no paga el valor del compro- ^ bante que ha suscrito? ¿Será viable el cobro por la vía ejecutiva?

'31S

El primero de los requisitos se cumple, pues se ha visto que £ existe un documento escrito. Igualmente aparece allí una obligación clara, expresa y exigible, por cuanto se señala con toda precisión una suma líquida de dinero y se acepta que se pagará a tf- su presentación, es decir que la obligación es pura y simple por . no estar sometida a plazo o condición y, además, está suscrita (el documento proviene del deudor) por el obligado.

: Aparentemente se reúnen los requisitos del título ejecutivo. ¿ Empero, falta analizar el de la autenticidad. En efecto, las firmas ¿ colocadas en los comprobantes que dan cuenta del empleo de tar- • jetas de crédito están dotadas de presunción de autenticidad, de ahí que al quedar reunidos todos los requisitos del art. 422 debe ¿dictarse el mandamiento de pago.

& TRAMITE DEL PROCESO EJECUTIVO

(ni. *Generalidades*

Explicaré el trámite del proceso ejecutivo y al efecto re- |pérdo que todos los temas a los que me refiero a continuación

pueden darse hasta antes del remate, haya o no bienes embargados, aun cuando es de suponer que las más de las veces lo estarán, porque adelantar un proceso ejecutivo para recaudar sumas de dinero, que son la mayoría, contra un deudor insolvente tendrá poca utilidad, salvo la de interrumpir los términos de prescripción.[18]

Si no se practican medidas cautelares, resulta jurídicamente imposible adelantar la actuación propia del remate por cuanto el primero de sus requisitos es que existan bienes embargados y secuestrados. Si llegado el momento del remate no existen bienes objeto de medidas cautelares, sólo queda esperar a que alguna de las partes, preferentemente la demandante, denuncie los bienes que puedan existir en cabeza del deudor y se proceda a su embargo y secuestro, pues de lo contrario el proceso se paralizará indefinidamente, lo que se predica tan sólo de la ejecución por obligaciones en dinero, pues si otro es el contenido de la prestación el remate no es parte de la actuación.

Por el proceso ejecutivo singular se pretende el pago, expresión que empleo en su cabal sentido o sea como la observ ancia de la prestación debida, de obligaciones con garantía personal, también de las que tienen garantía real y cuando se ejercitan las

18 Estas medidas son de suma trascendencia, porque la práctica muestra que la inmensa mayoría de los procesos de ejecución terminan con la efectividad de aquéllas, pues el deudor al que le son embargados y secuestrados sus bienes, normalmente busca la forma de cancelar su obligación. Por ello afirmo que las medidas preventivas, por su oportunidad y eficacia, dan al proceso ejecutivo toda la importancia que reviste y hacen que se cumpla la obligación no atendida en oportunidad, pues en nuestro medio algunas personas renuentes a cumplir, no obstante que el acreedor agota los medios extrajudiciaies de cobro, pagan al ser embargados y secuestrados sus bienes.

Wdós simultáneamente o sea el caso la denominada acción mixta, /dónde el acreedor con garantía prendaria o hipotecaria desea haj§per efectiva totalmente la responsabilidad patrimonial del deudor.

Cuando hay obligaciones con garantía personal, el deudor %fdebe responder por ellas con la totalidad de su activo patrimonial, itfesalvo la existencia de un crédito preferencial, los acreedores " jspn esta garantía (denominados genéricamente quirografarios), gozan de ningún derecho especial, sin que importe para nada f ría antigüedad de sus créditos, aspecto éste que se debe tener pre- ¿l|sénte al estudiar la intervención de terceros acreedores dentro del ^^próceso de ejecución y lo concerniente a la sentencia de gradua- sj'ción de créditos, lo que evidencia la imperativa necesidad de co- ¿.nocer adecuadamente las nociones de obligaciones para entender Ifeéstas explicaciones.

En el derecho colombiano no es viable, salvo la existencia *Sde un motivo de preferencia en el crédito que nace art. 2493 del /if .C. del privilegio y de la hipoteca, pretender que por el solo -Ahecho de ser más antigua en el tiempo una determinada obliga- ^- ción, el acreedor tiene derecho a que con el producto del remate 'J·'de los bienes del deudor se le pague primero a él, pues si se trata S de acreedores quirografarios, como lo estipula el art. 2492 del ^.C. C., concurren "a prorrata cuando no haya causas especiales ¿para preferir ciertos créditos". En consecuencia, sólo si existe un ^crédito con privilegio es posible pretender un pago preferencial.

'

áS'fT.2. *La demanda ejecutiva*

-í.sn/j ▪

V El libelo debe reunir los requisitos generales de toda de- jíganda y como anexo obligatorio, el título ejecutivo; de la de-

manda y sus anexos, es menester acompañar copias para que se le entreguen al demandado cuando le sea notificado el mandamiento de pago.

El contenido del petitum de la demanda está necesariamente condicionado por la índole de la obligación cuya efectividad se pretende lograr por la vía ejecutiva; es decir, si la obligación es de dar, de hacer o no hacer implicará una forma diferente de presentar la solicitud, de ahí que los arts. 424, 426,427 y 428 del CGP, se ocupen de lo concerniente a la forma como se formulan las diversas pretensiones según la índole de la obligación cuyo cumplimiento se quiere.

Se debe tener en cuenta que en materia de obligaciones de dar diversas a dinero, de hacer y de no hacer, se consagra expresamente la posibilidad de que el acreedor opte por el subrogado pecuniario, es decir, que en lugar de pedir que se cumpla la obligación in natura, o sea en la forma originalmente pactada, solicite que se le indemnicen los peijuicios compensatorios que el incumplimiento le causó, para lo cual señalará la suma de dinero pertinente más los intereses que sobre ella se generan. Esto permite al demandante diversas opciones para elaborar su demanda ejecutiva, según el interés prevalente que le motive en ese momento.

Esta facultad, consagrada en favor del acreedor, hace más evidentes las graves consecuencias que corre el deudor por no atender oportunamente las obligaciones a su cargo, pues ya no podrá cumplir la obligación en la forma originalmente establecida, salvo que así lo acepte su acreedor; si es demandado ejecutivamente y quiere cumplir, por ejemplo, entregando las cabezas de ganado a las que se comprometió y el acreedor opta por los

peijuicios compensatorios, no cuenta con ningún instrumento le- . gal que le permita obligar al acreedor a recibir esos bienes.

Finalmente, también se puede dar el caso del acreedor que no está interesado en hacer cumplir la obligación que consta en el título ejecutivo ni en la forma pactada ni acudiendo al subrogado pecuniario, porque opta por la resolución del contrato (arts. 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.).

Si ese es su deseo debe acudir al proceso verbal para obtener la resolución y las condenas adicionales por peijuicios, porque el proceso de ejecución se ha instituido para el cumplimiento de obligaciones y no la resolución de contratos.

6.2.1. *La demanda por obligaciones de dar sumas de dinero*

Si se trata de ejecutar una obligación de dar sumas de dinero, el art. 424 prescribe que puede solicitarse no sólo el pago de la cantidad líquida, entendiendo por tal la "cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas", sino también los intereses desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se efectúe.

En esta modalidad que constituye la más usual de las ejecuciones, es posible demandar no sólo el capital adeudado, sino también los peijuicios moratorios que, en tratándose de dinero, se denominan intereses, que se solicitarán de acuerdo con lo pactado en el título ejecutivo, si allí aparece estipulación expresa al respecto y están dentro de los márgenes legales, o a falta de esta, de acuerdo con lo que la ley prevé y la índole de la obligación, civil o comercial, de diferente alcance en lo que a su monto respecta.

Es conveniente anotar que para establecer la competencia del proceso de ejecución, si lo que se cobra es dinero se tomará el capital y se sumarán los intereses debidos hasta el día de la presentación de la demanda, sin que importe para nada los intereses que se causen con posterioridad, que de todas formas se cobrarán en el mismo proceso, ya que el criterio que adoptó el art. 26 numeral 1, es sólo para radicar competencia y nada más. Así, si al presentar la demanda el capital era de $100.000.000.oo y los intereses de $9.000.000.oo [19], el proceso, será de menor cuantía sin que importe que con el transcurso del tiempo los intereses lleven a que la obligación exceda de la cifra límite de la menor cuantía.

Ahora bien, cuando el Código menciona la cantidad líquida o liquidable por simple operación aritmética, lo que quiere significar es el contenido expreso y claro de la obligación en forma tal que para estos fines es igual solicitar el pago de un millón de pesos o de cinco cuotas de doscientos mil pesos, pues en ambos eventos es claro el concepto de liquidez de la obligación.

6.2.2. *Forma de demandar los intereses en proceso de ejecución*

Siempre que se demande el cumplimiento de una obligación y la prestación sea en dinero, se podrá pedir que el mandamiento ejecutivo también se profiera por los intereses que se deban, de acuerdo con el contrato o con la ley,[20] de modo que

19 Para el año 2016 la menor cuantía va hasta $110.597.550.oo.

20 Igualmente es necesario recalcar que si una norma señala expresamente los intereses, como acontece con el art. 1080 del C. de Co., que los establece para las obligaciones derivadas del contrato de seguro y a cargo de la aseguradora en "un interés moratorio igual al certificado como bancario comente por la Supermten-

se debe tener presente que dado que en materia de pretensiones «l&• en el proceso de ejecución éstas siempre deben presentarse de manera expresa, si los intereses no se solicitan el juez no puede ^¿ decretarlos de oficio. En otras palabras, debe existir de manera específica la solicitud de pago de los intereses.

Sy Para solicitarlos en lo que a su tasa concierne, se debe estar *M-* ante todo a lo pactado en el negocio jurídico, es decir, a lo que ¿p^las partes hayan convenido expresamente en materia de intereses ajjjf. corrientes y moratorios, siempre y cuando se encuentren dentro '•ápp; de los límites máximos permitidos por las disposiciones civiles, comerciales o penales; empero, también es posible solicitarlos si¹¹ señalar una específica tasa cuando, tal como lo señala el inci- |;Y so final del art. 424 del CGP, ésta es variable.

• Destaca en lo pertinente la norma que "Cuando se pidan ^v intereses y la tasa legal o convencional sea variable, no será nece- sario indicar el porcentaje de ia misma", con lo que se solucionó el problema derivado de la exegética interpretación de 1a forma de pedir intereses.

En efecto, numerosos jueces exigían por entender que se rejlfe quería que se indicara en la demanda de manera concreta la tasa de interés que debía pagar el demandado, lo que en muchos casos no era posible, debido a que en la mayoría de las obligaciones se establece que se pagará la tasa máxima de interés moratorio gáJYfvigente, o el que corresponda a determinados períodos tal como

¿i|^encia Bancaria aumentado en la mitad", ante esa expresa limitación legal no es ^posible solicitar cifra diferente ni demandar ejecutivamente otros peijuicios dado ¿•¿que éstos son, tratándose de obligaciones en dinero, precisamente los intereses.

sucede, por ejemplo, con el art. 1080 del C. de Co. en materia de obligaciones derivadas del contrato de seguro.

Con esta disposición desaparece toda duda y no será perentorio siempre señalar una específica tasa en la demanda y, por ende, tampoco en el mandamiento de pago.

Si no existe pacto expreso acerca del monto de tales intereses o, como es frecuente, sólo se pactan los intereses correspondientes al plazo pero nada se dice en relación con los de mora, surgen varios interrogantes a saber: ¿cómo se demandan y cómo se decretan los intereses de mora?; ¿Se puede solicitar ejecutivamente el pago de intereses sobre intereses, es decir, la aplicación de los arts. 884 y **886** del C. de Co.?

Para resolverlos es necesario tener en cuenta lo siguiente: El art. 884 del C. de Co., dispone: "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces el bancario corriente", y el inc. 2º de la misma norma, que estimo derogado, indicaba que "Se probará el interés bancario comente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria", empero, el art. 180 del CGP señala que "Todos los indicadores económicos nacionales se consideraran hechos notorios", es decir que no se requiere la prueba de ellos, encontrándose obviamente lo atinente a las tasas de interés, con lo cual se le prestó un señalado servicio a la economía procesal, al hacer superfluo cualquier medio en orden a probar tasas de interés.

En cuanto a los intereses moratorios, que en principio son una y media veces de la tasa de ios corrientes, se limitan por lo r que señala el Código Penal que al tipificar el delito de usura (art. ; v 305), dispone que se presenta cuando se cobre un interés que "ex- \ ceda en la mitad del interés bancario corriente que para el perío- 5 do correspondiente estén cobrando los bancos según certificación (de la Superintendencia Bancaria" -hoy Financiera-, de donde se fe infiere que la tasa de intereses moratorios comerciales no podrá ?■ exceder la que el estatuto penal acepta como máxima legal para que no haya usura.

: : Se recomienda entonces que al elaborar las demandas ejecutivas se tenga presente esta regla, porque de inobservarla se aplicaría la sanción prevista en el art. 72 de la ley **45** de 1990 que "v indica: "cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites ' fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá '=.■ todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios, o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En : tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de . las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos • intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción".

Es conveniente resaltar que la interpretación anterior em- 5 pieza a ser cuestionada y se advierte que es posible demandar los intereses moratorios pactados, sin que opere la limitación propia t_ del delito de usura, con el argumento de que lo que se consagra # en el art. **886** del C. de Co. es una sanción para el deudor incum- ^ plido, cuyo monto está claramente determinado y que nada tiene que ver con la existencia del delito de usura que se tipifica cuando : sé presta dinero o se vende a plazos y se cobran intereses a una

tasa mayor de la prevista. Que como en el evento que analizamos no se trata de que se esté prestando dinero ni de ventas a plazos, sino de sancionar el incumplimiento no tiene porqué operar la limitación.

No obstante me reafirmo en la primera de las interpretaciones pues sin desconocer que es cierto lo señalado en la tesis anterior, en cuanto a que no se está realizando un contrato de mutuo, no lo es menos que analizada sistemáticamente la normatividad colombiana, no quiere que por concepto de intereses moratorios se pague una suma mayor de aquella que de ser cobrada constituiría usura.

Otro aspecto, que también hace relación con los intereses en el proceso de ejecución, es el del cobro de intereses sobre los intereses, que reglamenta el art. **886** del C. de Co. Esta norma ha sido objeto de severas críticas por cuanto se afirma que fomenta la usura y el enriquecimiento ilícito. Quienes así opinan, desconocen que el no oportuno pago de los intereses priva al acreedor de una justa retribución sobre su dinero y que son aceptables, siempre y cuando se ajusten a la preceptiva del art. **886** del C. de Co., pues cosa diversa es que se le quiera dar aplicación a esta norma cuando la ley no lo permite.

En el sistema económico capitalista los intereses son una adecuada defensa contra la desvalorización de la moneda y una equitativa retribución por el riesgo que come el acreedor. Bien se comprende que si el deudor los paga oportunamente, ese dinero ingresa al patrimonio del acreedor quien de inmediato puede colocarlo nuevamente para obtener un adecuado rendimiento, del cual se vería privado si el deudor no los cancela.

En este orden de ideas se podrá considerar que se deben insr tereses sobre intereses desde el momento mismo en que el acree-|r dor deja de percibirlos. Pero ello no acontece así. El art. **886** preceptúa que los intereses pendientes no producirán intereses "sino ^ desde la fecha de la demanda judicial del acreedor o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

Entonces, al presentar la demanda ejecutiva no se podrá cobrar intereses de intereses si la demora en pagarlos no es superior ¿ a u n año. Pero ello no quiere decir que no se pueda pedirlos para que se consideren en la liquidación del crédito, a la tasa máxima prevista para el interés de mora, por cuanto, como ya se dijo, 1 constituyen sumas de dinero de las que el acreedor se ve privado por el incumplimiento del deudor, sólo que para tener derecho a ¿ ellas la demora del deudor debe ser mayor de un año y aparecer la Obligación cierta, tal como acontece con las que están contenidas §: en un título ejecutivo.
I2&:

Pasando a otro aspecto de las pretensiones en demanda ejet| éutiva, por una errada asimilación de lo previsto en el inciso final ¿ - del artículo 284 del CGP, algunos sostienen que dentro del proceso de ejecución es viable demandar para que dentro del man-|| dámiento ejecutivo se disponga lo atinente al reajuste monetario del capital cobrado posibilidad que, salvo una excepción, no es pertinente dentro del proceso ejecutivo.

Recuérdese que el proceso ejecutivo no está destinado para "Cdecíarar obligaciones sino para hacerlas efectivas; por tal razón, es pertinente solicitar que además de proferir el mandamiento Sfde pago por el capital se realice la declaración concerniente al

reajuste monetario, porque esa manifestación no es propia de esta actuación, pues únicamente si ia obligación de pagar actualizada aparece de manera expresa en el título ejecutivo es cuando se puede, dentro del proceso ejecutivo hacerlo,

. Es el caso cuando el título ejecutivo es una providencia (auto o sentencia) de condena donde expresamente se haya ordenado pagar una suma con la correspondiente actualización monetaria, hipótesis en la cual es posible, por expresa permisión del inciso final del art. 284 solicitar que la actualización se haga en el proceso que se adelante para su cobro, evento en el que las bases para hacerlo están dadas en la sentencia que se quiere hacer cumplir, la cual necesariamente tuvo que actualizar la condena hasta la fecha de ella, de modo que sólo comprenderá lo que viene, como lo dice el artículo "en el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia definitiva y el día de pago".

Si la sentencia no impuso condena al pago del reajuste, bien claro está que no se podrá solicitar esta condena dentro del ejecutivo para hacerla efectiva, todo lo cual pone de presente lo descaminados que se encuentran quienes pregonan que en todo ejecutivo puede solicitarse ese reajuste.

Otra posibilidad de solicitar en proceso ejecutivo el pago del reajuste monetario, se presenta cuando en el título ejecutivo se ha pactado expresamente su pago y forma de calcularlo, hipótesis en la cual estimo que no es posible exigir que deba acudirse al proceso verbal, porque las bases para obtener la actualización son las mismas del caso anterior, aun cuando se trata de evento de rara ocurrencia pues en estos casos se prefiere acudir al concep-

to de intereses moratorios, a todas luces de mayor significación económica.

V 6.2.3. *Obligaciones de dar bienes distintos de dinero*

Si la obligación es de dar bienes distintos de dinero, siempre y cuando sean muebles, el ejecutante podrá solicitar, además del cumplimiento de la obligación en su forma original, que la ejecución prosiga también por las sumas de dinero que en el negocio jurídico se hayan estimado como peijuicios moratorios o, en su defecto, por aquella que el demandante estime bajo juramento.

Se debe tener presente que el art. 426 del CGP, faculta al demandante para pedir conjuntamente con la entrega del bien "que la ejecución se extienda a los peijuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que la entrega se efectúe, para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, si no figura en el título ejecutivo", con lo que se quiere significar que para adelantar la ejecución no es obstáculo el hecho de que no se haya pactado en el documento la sanción por mora, pues al proceder su estimación bajo juramento se podrá llevar a cabo la ejecución simultáneamente por la obligación principal y los peijuicios, es más, así se cumpla con la entrega del bien puede proseguir el proceso para obtener el pago de los peijuicios.

El proceso ejecutivo no es medio idóneo para pedir la entrega de bienes inmuebles, pues el art. 426 dice que solamente procede cuando se trata de "la obligación de dar una especie - mueble, o bienes de género distinto de dinero", limitación lógica, •: pues para la entrega de bienes inmuebles existen otros procedí-

mientos, sea que se trate de obtener la restitución de la posesión material o la devolución de la tenencia.

En efecto, si se incumple la obligación de entrega material de un inmueble vendido, se acude al proceso verbal de entrega ya analizado, y si se trata de obtener la restitución de la tenencia por arrendamiento, se emplea al proceso de lanzamiento, y en los casos no previstos expresamente se aplica la entrega contemplada en el art. 308 del CGP. En fin, debe quedar claro que para lograr por las vías coercitivas la entrega del bien inmueble, el proceso ejecutivo no es el llamado a obtener esa finalidad, debido a que esas vías están contenidas en otras disposiciones.

Por eso el legislador no previo expresamente el proceso ejecutivo para estos casos, ya que al referirse a bienes muebles o "bienes de género distinto de dinero", los bienes inmuebles no pueden entenderse comprendidos dentro de esta expresión, debido a que por su naturaleza no pueden ser de género.

A este conclusión se llega además, si se analizan el art. 432 del CGP que al referirse al contenido del mandamiento ejecutivo menciona las especies muebles o de bienes de género distinto de dinero, o el art. 306 ib. que regula el proceso de ejecución dentro del mismo expediente, y se refiere al "pago de una suma de dinero, o a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas".

Se ha pretendido, sobre la base de que es una modalidad de obligaciones de hacer, señalar la procedencia del proceso ejecutivo para la entrega de bienes inmuebles, cuando se trata de ejecutar un fallo arbitral que decide en tomo a la terminación de

contratos de arrendamiento, y aseveran que como los árbitros tan sólo pueden llegar, en el caso anterior, a declarar terminado el • contrato y disponer la restitución de un inmueble, para obtener ■ efectivamente ésta, se debe acudir al proceso de ejecución por ¿ obligación de hacer ante la justicia ordinaria.

En absoluto, advierto que el proceso arbitral busca esencial-aente definir si a una de las partes le asiste determinado derecho, realizar las declaraciones pertinentes y, de ser el caso, imponer la condena a que haya lugar, sólo que, de ser necesaria la ejecución del laudo, debe acudirse a la justicia ordinaria para obtener ante . ella el cumplimiento de la decisión, bien en un proceso ejecutivo ^completo o mediante la diligencia de entrega cuando se ordena la restitución de un bien, en el evento de que se dirima una contro- ■ versia que implique la orden de entrega por disponerse la restitución de la tenencia de bienes inmuebles, tal como sucedería, por ejemplo, en el caso de un laudo arbitral que ordene la restitución ? de un inmueble en la hipótesis de que los árbitros hayan definido . una controversia en tomo a un contrato de arrendamiento.

En efecto, si el asunto atinente a la restitución de la tenencia por arrendamiento de bien inmueble, se hubiera resuelto por la justicia ordinaria, la forma de hacer cumplir la sentencia sería •ante el mismo juez a través de la diligencia de entrega y como parte del mismo proceso, pues en este caso no se aplica el art. 306 del Código General del Proceso que permite también ante el níismo juez adelantar "proceso ejecutivo a continuación", proce- ,Jf2"tte cuando se trata de condenas de dar sumas de dinero, más no de entregar bienes inmuebles.

Por eso es que para cumplir lo ordenado en el laudo se adelantará ante la justicia ordinaria el trámite que conforme a las reglas generales que señalan como se cumple sentencia de un juez civil en igual sentido y se observarán las de usual aplicación de acuerdo con el contenido de su parte resolutiva.

Por lo anterior, se hace necesario precisar la~ índole de la obligación impuesta en el laudo y dado que ante los árbitros no se pueden adelantar procesos de ejecución ni diligencias de entrega, se debe asumir que idéntica decisión la tomó un juez civil, para concluir que de la misma manera como se ha podido hacer cumplir la sentencia proferida por un juez, se debe proceder ante los jueces para hacer acatar la obligación declarada e impuesta en el laudo arbitral.

En suma: el tribunal de arbitramento agotó la etapa cognoscitiva; el juez civil competente, de acuerdo con la naturaleza de la obligación impuesta en el laudo, debe completar por el medio idóneo la parte correspondiente a su cumplimiento, de manera idéntica a como lo hubiera efectuado el juez de haber dictado sentencia en el mismo sentido.

En virtud de lo expuesto, para efectos de cumplir con la orden de restitución de la tenencia de un bien inmueble, contenida en el laudo arbitral ejecutoriado, se debe solicitar al juez civil que fije fecha para llevar a cabo la diligencia de entrega, que tramitará, exactamente igual a como acontecería en todo proceso de restitución de tenencia y está sometida a las vicisitudes previstas por los arts. 308 y 309 del CGP de idéntica manera a como lo estaría en el evento de que la practique un juez civil en cumplimiento directo de su sentencia ordenando la restitución de un inmueble.

El motivo es claro: para hacer cumplir el laudo que ordena la restitución de la tenencia de un bien inmueble dado en arriendo, cuando el contrato se declaró terminado y como consecuencia se dispuso la entrega, lo único que resta es agotar dicho paso, observando las previsiones de los artículos 308 y 309, de modo que tan sólo este trámite es el que debe adelantar el juez civil a quien compete completar la labor de la jurisdicción en lo referente al cumplimiento del laudo, de ahí la razón de la tesis atinente a que el proceso de ejecución en ningún caso permite su adelantamiento para efectos de obtener la entrega de bienes inmuebles.

6.2.4. *Obligaciones de hacer*

Respecto de las obligaciones de hacer, el art. 426 del CGP contempla un sistema similar al de las de dar, al permitir demandar los peijuicios moratorios y estimarlos bajo juramento si no estuvieren pactados en el título ejecutivo. En los dos casos que comento (dar y hacer) el demandante en principio quiere el cumplimiento de la prestación en la forma originalmente establecida, circunstancia que no debe confundirse con la contemplada en el art. 428, que como se verá a continuación cubre la posibilidad de que si el demandado no observa la obligación tal como se solicitó, le permite al demandante pedir, en subsidio los peijuicios compensatorios, estimándolos bajo juramento en cantidad líquida de dinero.

6.2.5. *La petición de perjuicios compensatorios y moratorios en las ejecuciones de dar y de hacer*

El artículo 428 del CGP consagra una serie de interesantes alternativas respecto de las obligaciones de dar bienes distintos

de dinero y de las obligaciones de hacer, al disponer que el acreedor podrá demandar desde un principio en vez de la obligación en forma original, los peijuicios que ha sufrido, compensatorios y moratorios, siendo los primeros la cantidad en que se considera ha resultado afectado el demandante por la no entrega del bien o la no ejecución del hecho, y los segundos los intereses que dicha suma generaría mensualmente, con lo que se observa que esta forma de ejecución se rige exclusivamente por las normas propias de la ejecución por sumas líquidas de dinero, dado que realmente lo que se demanda es dinero.

Adicionalmente el inciso segundo de la norma dispone que "Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por peijuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo, deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior".

En esta hipótesis el demandante quiere que se le cumpla la prestación en la forma originalmente pactada, pero previendo la posibilidad de que el deudor no acepte la orden del juzgado o no se allane a cumplir, estima el valor compensatorio y los intereses sobre esa cantidad, conducta prudente, pues a más de la celeridad del proceso, se obtiene la seguridad de que el juez no lo declare terminado al aplicar el inciso final del art. 428, a cuyo tenor cuando se ha demandado la prestación en la forma pactada y el deudor no cumple y no se ha hecho la petición en forma subsidiaria, se declarará terminado el proceso por auto que no admite apelación, decisión que constituye un ejemplo de forma atípica de terminación del proceso y que no genera efectos de cosa juzgada, pues al

% no haber decisión de fondo, nada impide que el acreedor pueda % intentar de nuevo la ejecución.

Con un ejemplo se aclaran las posibilidades que tiene el ^ demandante para elaborar las pretensiones del libelo frente a las obligaciones de dar distintas a dinero y hacer: Juan se compro- mete a hacer una casa para Pedro. La obligación consta en un documento que reúne todos los requisitos del título ejecutivo y ^ no ha sido atendida en oportunidad. El demandante Pedro puede jjj§ formular demanda pidiendo que se ejecute el hecho debido, que se construya la casa y estima los peijuicios moratorios. También ÍÉ puede, si ya no le interesa la ejecución del contrato, formular su ¡|lt. demanda por sumas líquidas de dinero, estimando una cantidad í **Por Pei3uicio** compensatorio, es decir, lo que vale la casa y otra por los peijuicios moratorios, que serán los intereses de mora que *¿0* se causen sobre el capital reclamado en vez de la casa.

^ Frente a estas dos posibilidades extremas existe una tercera: solicitar como pretensión principal que se cumpla la obligación %′ en su forma original, es decir que se construya la casa, estiman- *£■′do bajo juramento una suma por peijuicios moratorios, además, pe*;: podrá presentar como pretensión subsidiaria y para ser tenida en pl cuenta en el evento de que el ejecutado no cumpla dentro del plazo que el juez le otorgue, que en tal hipótesis siga la ejecución por una suma de dinero como principal y otra como peijuicios moratorios, tal como se acaba de señalar.

¿y- En síntesis, en las obligaciones de dar bienes muebles, es- ^ pecies o géneros distintos de dinero, o en las obligaciones de jSy hacer, se puede demandar el cumplimiento de la obligación con -p- varias opciones, a saber:

1. En su forma original, más los peijuicios moratorios que se estimaron bajo juramento, si no estaban señalados en el título ejecutivo;

2. Demandar el cumplimiento en la forma pactada y, como petición subsidiaria, que en caso de no cumplirse la obligación dentro del plazo otorgado por el juez, siga la ejecución por los peijuicios compensatorios y los correspondientes intereses moratorios;

3. Solicitando directamente esos peijuicios que, como señala el art. 428, se estimarán y especificarán "bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal, y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma liquida de dinero".

Téngase en cuenta que cualquiera que sea la oportunidad en que se opte por demandar los peijuicios compensatorios, dado que esta alternativa implica necesariamente una cantidad de dinero más sus intereses mensuales, desaparece la posibilidad de estimar por aparte ios peijuicios moratorios, por cuanto los intereses los reemplazan.

6.2.6. *Obligaciones de no hacer y por obligación condicional*

El artículo 427 del CGP se refiere a la ejecución por obligaciones de no hacer y desarrolla lo previsto en el art. 1612 del C. C., norma que en su inciso Iº dispone: "Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los peijuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho"; de ahí que señale que cuando se pida ejecución *por* peijuicios "derivados del

¿ff incumplimiento de una obligación de no hacer, o la destrucción ÍS de lo hecho, a la demanda deberá acompañarse el documento pri- vado que provenga del deudor, el documento público, la inspec- 4Í;: ción o la confesión extrajudicial extraprocesal o la sentencia que pruebe la contravención"

Si es posible destruir lo hecho y tal destrucción es "necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato"[21], la ejecución se adelanta como si se tratara de obliga- ciones de hacer, pero, si se opta por los peijuicios compensato- ríos junto con los correspondientes moratorios, el proceso segui- ' rá su curso como si fuera una obligación de dinero. Adviértase fj: que en este caso es viable demandar la destrucción y en subsidio p. los peijuicios.

De todas esas posibilidades goza el demandante para formular sus pretensiones en la demanda, que de reunir los requi- sitos legales y estar acompañada de un título ejecutivo, permite *¿k:* pasar a la providencia que reemplaza el auto de admisión de la ¿V demanda y que se denomina mandamiento ejecutivo o de pago JR que está regulado por una serie de disposiciones correlativas a las que acabo de explicar, pues de acuerdo con lo que se pide se despachará el mismo, de ahí que procede ahora su estudio.

21 La expresión transcrita permitirá al ejecutado excepcionar demostrando que ya no se justifica destruir debido a que carece de objeto hacerlo por no ser va IpT. útil para los fines con que se hizo el pacto. Así, por ejemplo, podría probar que *y&gy* destruir el muro que impedía la vista al mar, debido a nuevas construcciones que ^¿ igualmente no lo permiten, hace inocuos los fines que motivaron el acuerdo in-

7. EL MANDAMIENTO EJECUTIVO

En el proceso de ejecución no hay auto admisorio de la demanda ni traslado de ella, pero sí una providencia, que hace sus veces por cuanto implica que el juez encontró que la demanda reunía los requisitos legales y que el título era ejecutivo: es el mandamiento ejecutivo o de pago.

Esta providencia puede no proferirse si se dan las mismas razones que justifican la inadmisión o el rechazo in limine de la demanda, o porque el documento allegado como presunto título ejecutivo no contiene los requisitos exigidos por el art. 422, o por las dos causas.

Queda así claramente establecido que en el proceso ejecutivo el juez debe aplicar las disposiciones que le permiten inadmi- tir o rechazar una demanda. Si bien es cierto que el mandamiento ejecutivo no es estrictamente un auto admisorio de la demanda, más por razones de recalcitrante ortodoxia procesal que por motivos prácticos, pues no existe ninguna razón valedera para establecer la diferencia, dentro de la estructura de este proceso es su equivalente; por ello esas normas generales tienen plena cabida en este proceso especial, aspecto que reafirma el art. 430 del CGP. al señalar que "Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquel considere legal''.

Así, por ejemplo, si la demanda ejecutiva no reúne los requisitos formales o el demandante no adjunta uno de los anexos obligatorios de toda demanda, el juez puede inadmitirla para que

se dé cumplimiento a los requisitos que exige la ley. De no hacer- ;)p se así en el plazo de cinco días, entonces el juez proferirá un auto negando el mandamiento ejecutivo, lo que equivale a rechazar la demanda.

Se debe combatir la tesis según la cual el art. 90 del CGP no es aplicable en el proceso de ejecución en cualquiera de sus formas y que lo que procede siempre que no se reúnen alguno de los requisitos formales de la demanda es negar de plano su pro- *m* férimiento. Quienes la defienden acuden, con criterio exegético, a soluciones facilistas para deshacerse rápidamente de los negocios, sin reparar en que esas demandas se presentarán de nuevo al reparto, y que, de otra parte, se cercena el legítimo derecho que asiste al demandante para que se le otorgue la posibilidad de corregir los errores procedimentales que el juez observe, como sucede en los restantes procesos.

Quede entonces claro que en el proceso ejecutivo al analizar la demanda el juez debe controlar que *ésta* reúna todos los requisitos que exigen los arts. 82, 83, 84, 85, **88** y 89 del CGP. Si así fuere y además se anexa título ejecutivo, en vez de dictar auto admisorio de la demanda proferirá el denominado mandamiento o mandamiento ejecutivo que es su equivalente.

"g, 7.1. *Forma de hacer valer la ausencia de requisitos formales del título ejecutivo*

Se trata de punto de especial interés debido a que de forma precisa se delimitan dos campos de acción en lo que con la de- lp'fensa del ejecutado concierne; el primero de ellos se refiere a ios ^'requisitos formales del título ejecutivo, es decir todo lo que atañe

con la observancia de las exigencias previstas en el art. 422 del CGP. El segundo es el atinente con la defensa de fondo del demandado, o sea el cuestionamiento de la existencia total o parcial de la obligación por la cual se le ejecuta, los que en la práctica es usual confundir y no es extraño observar que el abogado de la parte ejecutada emplea la excepción "perentoria" de inexistencia de los requisitos formales del título, ejemplo, porque la obligación no es clara, no proviene del demandado o no es exigible, lo que es un error debido a que aquí no se cuestiona la obligación en sí, sino la idoneidad del título ejecutivo.

Para diferenciar el tratamiento procesal de tales aspectos, el inciso segundo del art. 430 del CGP dispone que: "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.", con lo cual queda determinado que si no se emplea la reposición y el mandamiento queda en firme, no es posible replantear el tema de la carencia de dichos requisitos por vía de excepciones perentorias, ni tampoco alegar causal de nulidad por trámite inadecuado debido a que la misma desapareció en el Código General del Proceso, tal como se comprueba del análisis del art. 133 de dicho estatuto y deberá afrontarse la ejecución, empleando, de ser el caso excepciones perentorias.

Evidencia la disposición que comento, el cuidado que deben tener los ejecutados para aprestarse a la defensa de sus intereses una vez se les notifique el mandamiento ejecutivo, por cuanto el plazo de ejecutoria es de tres días, de modo que si el juez profirió el mandamiento ejecutivo únicamente dentro de los tres días siguientes a la notificación al ejecutado es que este puede discutir lo atinente a carencia de los requisitos formales del título ejecutivo, es decir que no es clara o expresa la obligación, que no es exigible la misma o que el documento como tal no es idóneo por emplearse una copia cuando la ley dispone que para ese evento debe ser solo el original.

Y es que el objeto de esta disposición fue el de cortar de raíz una errada y difundida interpretación judicial que pregonaba que al ir a dictar sentencia el juez podía de nuevo revisar los requisitos formales del título ejecutivo, la que generaba graves incongruencias procesales, que se erradican con esta norma, pues queda claro que todo debate en tomo a la suficiencia o no del título ejecutivo, se agota en esta inicial etapa, de modo que ya no serán de recibo supuestas excepciones perentorias basadas en carencia de esos requisitos.

Cuando se ha interpuesto en tiempo el recurso de reposición y el juez encuentra que falta algún requisito formal del título ejecutivo y lo revoca, el inciso tercero del art. 430 señala que: "el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien

ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.", disposición que puede tener aplicación en dos eventos, a saber: si el ejecutante no apeló del auto que revocó el mandamiento ejecutivo o cuando interpuso el recurso de apelación, procedente según el numeral 4 del art. 320 del CGP y el superior confirmó , evento en el cual se presenta circunstancia que debe ser adecuadamente entendida.

En efecto, el plazo para presentar la demanda de proceso declarativo es de "cinco días siguientes a la ejecutoria del auto", el que es sencillo de contabilizar cuando no se apeló; empero, si se apeló, en estricto sentido la ejecutoria se presenta cuando se notifica el auto en segunda instancia y vence el término de ejecutoria, sin que sea posible presentar la demanda ante el juez del conocimiento "dentro del mismo expediente", debido a que la apelación se surte en el efecto suspensivo, tal como lo advierte el art. 438 del CGP, de ahí que debe interpretarse que en este evento, los cinco días corren a partir del día que se notifique el auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior, previsto en el art. 329 del CGP.

Destaco que no se trata de reformar la demanda ejecutiva inicial, sino de presentar una nueva demanda bajo la orientación de proceso declarativo, en esencia el verbal, con la saludable consecuencia de que los efectos de la interrupción de la prescripción o de la caducidad se estructuran desde cuando se notificó el mandamiento de pago, pues se actúa en el mismo expediente y el auto admisorio de la demanda se notifica por estado, lo que corrobora el penúltimo inciso del art. 430 al prescribir que: "De presentarse en tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá

■9"
%■ teniendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inope- *f* rancia de la caducidad generados en el proceso ejecutivo."

Se entiende que la notificación por estado del auto admi- "Jt sorio de la demanda declarativa únicamente se da si el inicial _ V; ejecutado sigue siendo demandado, pero si se adicionaron otros demandados, respecto de estos debe ser efectuada la notificación fÜ personal, debido a que la norma se refiere únicamente a quien ya ■%(estuviese vinculado en el proceso ejecutivo terminado.[22]

% Empero y por aplicación de la misma norma, si se repone, revoca y no hay apelación no quedó contemplada la condena en í costas, solo la de peijuicios cuando se practicaron medidas cau- ¿ telares.

Si no se emplea la posibilidad explicada en la oportunidad propicia la demanda puede ser formulada en proceso separado, ^ ante el juez competente por factor diverso al de conexión que es ■ el que opera en la hipótesis mencionada.
T3£r

El inciso cuarto del art. 430 que señala: "De presentarse en H. tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá tel?^niendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inoperan- j cía de la caducidad generados en el proceso ejecutivo.", se predi- h *l* ca de la demanda presentada dentro de los cinco días siguientes, ® ifó de la que lo fue posteriormente, de ahí que debe erradicarse ^ el equívoco proveniente de la errada colocación del inciso quinto
f';-.
Ir-

Cuando se apela y el superior confirma se debe aplicar el art. 365 del CGP. |||£uyo numeral Iº que señala que se condena en *costas* a quien se le resuelva desfa- Üyorablemente el recurso de apelación, es decir las costas de la segunda instancia.

que parece dar a entender que se predica de toda demanda debido a que está a continuación del inciso cuarto.

En efecto, si se deja vencer el plazo de los cinco días nada impide presentar la demanda declarativa por así señalarlo la misma norma al destacar que: "Vencido el plazo previsto en el inciso anterior, la demanda podrá formularse en proceso separado.", pero sin gozar de los beneficios antes reseñados y sin que, reitero, opere el factor de conexión pues debe ser presentada ante el juez competente según las reglas generales y por ende, de nuevo sometida a reparto.

Dispone el inciso final del art. 430 que "El trámite de la demanda declarativa no impedirá formular y tramitar el incidente de liquidación de perjuicios en contra del demandante, si a ello hubiere lugar.", norma que plantea un interrogante cual es el de que no quedó prevista como una consecuencia de la revocatoria del mandamiento de pago por vía del recurso de reposición la condena al pago de peijuicios, como si lo prevé el numeral 3 del art. 443 del CGP cuando se declaran probadas las excepciones perentorias, de ahí el interrogante atinente a si puede el juez oficiosamente disponer esas condenas en peijuicios, el que se debe responder negativamente debido a que ante la ausencia de norma expresa que contemple esa posibilidad de condenar en abstracto al pago de los peijuicios no veo jurídicamente posible que el juez lo pueda hacer sin existir el soporte legal que se lo permita, pues sin duda es esta una modalidad sancionatoria y por analogía no puede crearse esa carga.

Es más, considero que tampoco en este caso puede condenar al pago de las costas debido a que esta hipótesis de revocato

ria por vía del recurso de reposición no está prevista en ninguno de los numerales del art. 365 del CGP, en especial del primero que indica: "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código."[23]

Diferente es el caso cuando se han practicado medidas cautelares de embargo y secuestro, debido a que en esta hipótesis si existe norma especial que contempla la condena al pago de costas y peijuicios, porque el numeral 4º del art. 597 del CGP señala que se levanta el embargo y el secuestro "Si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago o por cualquiera otra causa" y el numeral 10° de la misma disposición señala que en este evento "se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa."

En resumen, si se revoca el mandamiento de pago por prosperar el recurso de reposición y quedar en firme la decisión, si no hay medidas cautelares practicadas no es posible, por ausencia de norma que lo autorice, condenar en costas y peijuicios; si se dieron tales medidas a más de que se ordena su terminación proceden esas condenas.

23 El problema proviene de que en el art. 430 del CGP omitió ia'previsión que traía el art. 505 del derogado C. de P.C. cuyo inciso final señalaba: "Cuando se revoque el mandamiento ejecutivo se condenará al ejecutante en costas y perjuicios". Sin duda es un aspecto que debe ser prontamente corregido en futuras reformas.

Resalto que en la hipótesis de revocatoria del mandamiento ejecutivo en las que sea procedente la imposición de la condena en abstracto al pago de peijuicios generados por las medidas cautelares y las costas será el mismo juez que revocó el mandamiento de pago el llamado a conocer del trámite de concreción de la condena y de la liquidación de costas con la advertencia legal de que si se hizo uso del derecho de presentar la demanda del proceso verbal "El trámite de la demanda declarativa no impedirá formular y tramitar el incidente de liquidación de peijuicios en contra del demandante, si a ello hubiere lugar.".

Sentadas las bases anteriores es del caso estudiar las diversas formas que asume el mandamiento ejecutivo de acuerdo con la índole de las correspondientes pretensiones.

7.2. *El mandamiento ejecutivo por obligaciones de dar sumas de dinero*

Cuando la obligación que se demanda es la de dar sumas de dinero, por cierto la más frecuente, el mandamiento ejecutivo ordenará el pago de la cantidad líquida de dinero dentro de los cinco días siguientes, junto con sus intereses, desde la exigibilidad hasta la cancelación de la deuda, según lo dispone el art. 431 del CGP.

Esos cinco días de que habla el art. 431. no pueden entenderse como una ampliación legal del plazo para cumplir la obligación, como una purga de la mora, pues ya se vio que la base para demandar es, precisamente, la exigibilidad de la obligación; es tan sólo un plazo de carácter procesal para dar al deudor oportunidad de pagar en ese término la obligación exigible junto con

Isus intereses, costas, etc., y evitar que el proceso continúe ocaísionándole mayores erogaciones; de modo que si la obligación no
'^ cumple dentro de esos cinco días, el proceso seguirá su curso.

.. Ahora bien, ¿desde cuándo se cuentan esos cinco días? Por el mandamiento ejecutivo el primer auto que se dicta dentro ;áél proceso, debe notificársele al demandado en forma personal, directamente o por intermedio del curador, de suerte que el pla- "50 corre desde el día hábil siguiente a aquel en que se notificó personalmente el mandamiento ejecutivo, bien al demandado, su ¿apoderado o a su curador

Se advierte que esos cinco días también se computan para contabilizar los diez que el art. 442 del CGP otorga al demandado para proponer excepciones perentorias; sí se cree que sólo ventilados los cinco días es ese el momento desde el cual se empiezan a contar los diez para excepciones, existe un craso error pues el art. 442 señala un término de diez días para proponer excepciones que se computa también a partir de la notificación del mandamiento de pago, salvo que se pida reposición del mismo, porque en tal hipótesis los términos a que me refiero corren a partir de la notificación del auto que niega la reposición, tal como lo dispone el art. 118 del CGP en su inciso cuarto, al regular la interrupción de los términos.

Sli De otra parte se debe advertir que el término de ejecutoria (tres días) también se empieza a contabilizar el día hábil siguiente de la notificación del mandamiento ejecutivo, en forma tal que a partir de entonces corren conjuntamente varios términos: entre otros el de ejecutoria de tres días, en esencia para utilizar la reposición, aclaraciones o complementaciones; para proponer

excepciones perentorias de diez días y el señalado para el cumplimiento de la obligación de cinco días o el que el juez señale en los casos en que le es permitido hacerlo.

En el mandamiento ejecutivo por obligaciones dineradas, corresponde al juez señalar, de ser posible, con toda precisión el momento a partir del cual se causan los intereses y su tasa, por cuanto deben erradicarse aquellos que emplean frases de cajón, tales como "los intereses de ley, o las que de acuerdo con el documento correspondan, etc.", que sólo vienen a ser fuente de problemas posteriores cuando de liquidar el crédito se trata.

De modo que corresponde al juez procurar la máxima exactitud en el señalamiento de la tasa de interés por la cual se libra la ejecución y la fecha a partir de la cual se deben pagar los intereses en especial cuando las tasas corrientes y de mora no están expresamente indicadas en el título ejecutivo.

Naturalmente, se debe tener presente que ante la variación que presentan las tasas de intereses corrientes y de mora, cuando éstas no se han especificado en el título ejecutivo, en cuanto a su monto podrá referirse el mandamiento a lo que certifique la Superintendencia Financiera, evento en el cual la tasa no queda determinada pero sí determinable, tal como lo prevé el inciso final del art. 424 del CGP.

Cuando el mandamiento versa sobre sumas de dinero pactadas en moneda extranjera "cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará el mandamiento ejecutivo en la divisa acordada", destaca la parte final del inciso primero del art. 431 con lo que se precisa

Ip que el mandamiento señalará el valor respectivo de la moneda ¿¿extranjera, i₀ más usual, dólares americanos, adicionando que se fpBSgasará a pesos colombianos a la tasa vigente cuando haya lugar al ^^p-gag°, de modo que en el momento está de sobra toda referencia a I# las tasas de equivalencia o conversión respecto de la correspondiente moneda extranjera.

Téngase presente que la redacción, parte de un supuesto sSlCy es el de que se haya pactado que la suma a convertir será la '¿fe: equivalente en pesos al día del pago, porque si existe otro tipo de acuerdo, ejemplo, la cantidad pasada a pesos el día de exigibili- f¡fedad de la obligación, se estará siempre a lo acordado.

■'

r Recuérdese también que el juez debe estar atento en señalar el monto de ios intereses de acuerdo con lo solicitado o en la que |i§:- considere legal, de modo que si la solicitud es notoriamente ile- l╢- gal, ejemplo se piden intereses a la tasa del *50%* anual cuando ios ^. máximos moratorios permitidos son, por ejemplo, el 34% anual, debe sin negar el proferimiento de la providencia, reducirlos a la §Hpr!tása adecuada tal como lo impone el art. 430 del CGP al indicar que se ordena cumplir la obligación en la forma pedida "si fuere «procedente, o en la que aquel (el juez) considere legal".

Por último, advierto que el inciso final del art. 431 dispone ¿que: "Cuando se haya estipulado cláusula aceleratoria, el acree- ¿dór deberá precisar en su demanda desde qué fecha hace uso de lla", manera que esta exigencia se erige en un requisito adi- Shcmal de la demanda que, en caso de no cumplirse le permite al Jjez la inadmisión para que se subsane, debido a que ese dato es ¿gentral para determinar desde cuando se causan los intereses y jfSbe quedar consignado en el mandamiento ejecutivo.

7.3. *El mandamiento ejecutivo por obligaciones de dar bienes muebles diversos a dinero*

El mandamiento ejecutivo tratándose de obligaciones de dar especies muebles o bienes de género distinto de dinero, está previsto en el art. 432 que en su numeral 1, expresa que, a más de disponer la obligación de pagar los peijuicios moratorios si el demandante los hubiere pedido en debida forma, "el juez ordenará al demandado que entregue al demandante los bienes debidos en- el lugar que se indique en el título, si ello fuere posible, o en caso contrario en la sede del juzgado, para lo cual señalará un plazo, prudencial".

Se observa que en este caso excepcional, el término *que señala el juez para que se cumpla con lo ordenado no corre a partir de la notificación del mandamiento ejecutivo sino de su ejecutoria que es casi inmediata si se recuerda que contra el mandamiento de pago no procede recurso de apelación, de modo que salvo el recurso de reposición o la solicitud de aclaración, com-; plementación o corrección de un error, empieza a correr el lapso fijado por el juez.

Para la entrega de los bienes se estará ante todo a lo previsto' en el título ejecutivo, de donde se infiere que si el juez competente no es el mismo del lugar donde la entrega debe ser realizada,- se librará despacho comisorio para efectuarla. l

No obstante, si la entrega no es posible realizarla en el si-' tio pactado, se hará en la sede del juzgado[24], hipótesis en la cuaT

24 Por sede del juzgado no solo se enciende el sitio en el que físicamente se. encuentra ubicado el mismo, que es una posibilidad de interpretación. También*'

estimo que el demandado debe acreditar al menos sumariamente ' la imposibilidad para entregar en el sitio originalmente señalado y será únicamente a través del recurso de reposición que podrá cuestionarse el sitio de entrega.

Paso ahora a analizar cómo se procede cuando se van a entregar los bienes.

Presentados los bienes, si el demandante no comparece o lo hace pero se niega a recibirlos sin dar razón válida alguna, el juez los entrega a un secuestre y declara cumplida la obligación mediante auto, declaración que también debe hacer si el demandante "comparece y acepta recibir ios bienes, sin que necesariamente termine el proceso, pues si se cobran los peijuicios moratorios y el deudor no los cancela, seguirá la ejecución para hacerlos efectivos, debido a que el hecho de que el deudor cumpla entregando el bien debido, no lo exonera de pagar las sumas adeudadas por : peijuicios moratorios y las costas del proceso.

El num. 2º del art. 432 dispone que si el demandante no comparece o se niega a recibirlos sin formular objeción, si los bienes corresponden con lo ofrecido según criterio del juez, se le • entregan a un secuestre por cuenta del demandante y se declarará cumplida la obligación; de la misma manera si el ejecutante asis- >.te. a la diligencia y decide recibirlos, el juez declarará cumplida Ha'obligación.

icobija el territorio del municipio en el que están las oficinas del juzgado. Para dar jun ejemplo. caricaturesco pero ilustrativo al máximo, si lo que se debe entregar es una piara de cincuenta ejemplares, no veo cómo puede hacerse en las oficinas ¿del juzgado, pero obviamente en algún sitio adecuado del municipio donde está la -Tsede" podrán llevarse los ejemplares porcinos de nuestro ejemplo.

Se plantea entonces el interrogante de si tal declaración implica la terminación del proceso de ejecución. Creo que no necesariamente acontece así y para el efecto se debe tener en cuenta lo siguiente:

En primer término recuerdo que si las pretensiones de la demanda se presentaron para que se cumpliera la obligación en su forma original (por ejemplo, que se entregue un cairo o se construya una casa, pues la hipótesis que desarrollo es viable en obligaciones de dar y de hacer) y además se solicitó que la ejecución contemplara los peijuicios moratorios estimados bajo juramento; al entregarse el bien se cumple la obligación en su forma original pero no lo relacionado con los peijuicios, respecto de los cuales no puede aceptarse que dicha declaración los cobije, por referirse sólo a la prestación en su forma primigenia y no a las consecuencias de su incumplimiento, de ahí que el inciso segundo del numeral 2º del art. 432 disponga que: "La ejecución proseguirá por los peijuicios moratorios, si fuere el caso".

Se tiene así que cuando el mandamiento de pago dispone que prosiga la ejecución para obtener el pago de los peijuicios moratorios, no queda duda alguna de que si se declara el "cumplimiento de la obligación", tal expresión sólo cobija la prestación en su forma original. Si no se cancelan los peijuicios derivados del incumplimiento, el proceso de ejecución continuará para que por los trámites señalados en el art. 439 del CGP el demandado sea obligado a cancelar los peijuicios estimados bajo juramento. De no estar de acuerdo con ellos, conducta ésta perfectamente viable, "podrá objetar la estimación de los peijuicios hecha por el ejecutante en la demanda caso en el cual se dará aplicación a lo.

/ dispuesto en el artículo 206. El juez convocará a audiencia para " practicar las pruebas y definir el monto de los peijuicios".

En esta hipótesis el demandado puede acatar la orden de ■ cumplir la obligación en su forma original y limitar la contro- i yérsia a la discusión de los peijuicios, cuya regulación seguirá '/Tei trámite antes indicado pero "si no se acredita la cuantía de los I perjuicios, el juez declarará extinguida la obligación, terminada íla ejecución en lo referente a aquellos y continuará por las demás préstaciones, si fuere el caso".

v. Es menester destacar que cuando en la diligencia de entrega de los bienes debidos no se presenta el demandante, no es posible asumir que el juez de manera fatal deba declarar cumplida la obligación, como se desprendería de una rápida interpretación del numeral 2 del art. 432 que menciona la no comparecencia; en absoluto, el juez debe verificar que se trata de los mismos bienes sobre los cuales versa el mandamiento ejecutivo y en tal hipótesis es cuando debe declarar cumplida la obligación; empero, si no j corresponden, así el demandante no asista, perfectamente puede /.declarar que no lo son para lo cual aplicará el trámite previsto en l eí numeral 3 del art. 432.

En conclusión, en las obligaciones de dar y de hacer, cuando sólo se solicita el cumplimiento de la obligación en su forma '/original y no se pide ejecución por el pago de los peijuicios monitorios, el proceso termina al declararse cumplida la obligación según lo dispuesto en los numerales 2º del art. 432 y del art. 433 del CGP De resto, se procede como dispone el art. 439 del CGP se da la primera de las situaciones previstas, terminación del proceso por declaración de cumplimiento de la obligación,

tal circunstancia no exonera de la condena en costas, porque el asociado se ha visto competido a incurrir en los gastos de la demanda, lo que implica que se le debe otorgar esa retribución si la razón estaba de su parte.

Prosiguiendo con el análisis del numeral 3º del art. 432, si el demandante comparece y objeta la naturaleza y/o la calidad de los bienes, el juez decidirá inmediatamente pero si estima necesario para formarse una adecuada idea decretará un dictamen pericial, entregará los bienes presentados a un secuestre que designa en el acto y dispondrá que "Dentro de los veinte (20) días .uientes a la diligencia el ejecutante deberá aportar dictamen ricial para demostrar la objeción. Presentado el dictamen, se xerá traslado al ejecutado por el término de tres (3) días, den- del cual podrá solicitar que se convoque a audiencia para in- rogar al perito.", de modo que se erige en carga del ejecutante presentar la experticia con la cual busca acreditar que los bienes no son de la calidad debida, de manera que si dentro de ese pre- clusivo lapso no lo aporta, se entiende tácitamente desistida la objeción y el juez ordenará al secuestre que entregue los bienes al ejecutante y, de ser el caso, declarará terminada la ejecución.

Adiciona el mismo numeral 3 º que: "Vencido el término para aportar el dictamen, o el de su traslado al ejecutado, o surtida su contradicción en audiencia, según el caso, el juez resolverá la objeción. Si considera que los bienes son de la naturaleza y calidad debidas, ordenará su entrega al acreedor; la ejecución continuará por los peijuicios moratorios, si se hubiere ordenado su pago. Cuando prospere la objeción y se hubiere dispuesto subsidiariamente el pago de los peijuicios, continuará el proceso por

f

' éstos; en caso contrario se declarará terminado por auto que no ¿v tiene apelación."

C Si la decisión es favorable al demandado, es decir, si los /bienes son de la naturaleza y la calidad debidas, una vez ejecutoriada la providencia que así lo dispone, ai demandante no le qiiéda otra opción que la de aceptarlos: además el juez puede "declarar cumplida la obligación, dejando a salvo la posibilidad de
• seguir el proceso para el pago de los peijuicios moratorios, como ^Zya se explicó.

JiSV;;- Si los bienes no se presentan en la cantidad debida, el de- "f|p?mandante no está obligado a aceptar el pago parcial, así sean de naturaleza y calidad acordadas. Por lo tanto, para los efectos de incumplimiento da igual que no se presenten o que no se ofrezcan V en la cantidad o calidad debida. Ahora bien, si la cantidad no es ~*M:* la. debida, bien puede aceptarla el demandante siempre y cuando lo solicite en el momento de la diligencia y seguirá el proceso "por ios peijuicios compensatorios correspondientes a la parte ^f insoluta de la obligación, si se hubiere pedido subsidiariamente ¿I/ en la demanda y ordenado su pago", hipótesis que pone de pre- sente que la pretensión económica contenida en la estimación de los peijuicios compensatorios se reduce en la proporción que se j||p:presenten los bienes recibidos, salvo que las partes en la diligen- ^te bia expresen otra cosa.

vIP' Así, por ejemplo, si se solicita la entrega de 100 cabezas de fc|Vganado y, caso de no cumplimiento de la obligación estimaron los ■^*vividos* en cien millones de pesos, si en la diligencia se acepta ^lllrécibir cincuenta cabezas de ganado, si las partes nada dicen, se — ^entiende reducido en un 50% el monto de los peijuicios compen-

satorios por los que prosigue el proceso; naturalmente, si en la diligencia se expresa otra cosa por las partes deberá estarse a lo por ellas acordado.

7.4. *Mandamiento ejecutivo por obligaciones de hacer*

El mandamiento ejecutivo en las obligaciones de hacer se rige por una norma general que es el art. 433 y por otra especial que es el art. **434**, si la demanda concierne con la suscripción de documentos.

Dispone al artículo 433 que presentada la demanda el juez en el mandamiento ejecutivo ordenará al deudor que cumpla la obligación dentro del plazo que señala, el que varía según el contenido de la conducta esperada del deudor y que fija el juez de acuerdo con su prudente juicio[25].

Si el demandado ejecuta el hecho dentro del término fijado, debe comunicarlo al juez para que proceda a señalar día y hora para practicar la diligencia de reconocimiento de lo hecho y determinar si reúne las calidades y exigencias pactadas. Si el demandante no concurre a la diligencia, o no formula objeciones dentro de ella o acepta expresamente la obra ejecutada, el juez declara cumplida la obligación; pero si se presentan objeciones, dejará lo ejecutado si es del caso hacerlo, en poder de un secuestre y procederá a otorgar al ejecutante un plazo de veinte días

25 Si el ejecutado considera que el plazo no es viable podrá utilizar el recurso de reposición para argumentar la necesidad de que se fije uno mayor. Empero, estimo que fijado el mismo, con o sin recurso de reposición, no hay lugar a su ampiiación, salvo que las partes de común acuerdo consideren otra alternativa.

para que presente dictamen pericial, tal como se explicó respecto del artículo anterior.

Ahora bien, si el demandado no cumple la ejecución de la obra y el demandante no pidió los peijuicios compensatorios e insiste en la realización de la obra en los términos estipulados, puede solicitarle al juez que autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de dicho término, y si el juez lo ordena, deberá aprobar el contrato que se efectúe a fin de evitar que se pueda lesionar el patrimonio del demandado con estipulaciones gravosas para él, pues en últimas es quien debe pagar, dándosele ' además la ocasión de poder controvertir el auto que aprueba la contratación por su cuenta.

Ciertamente, el hecho de que deba ejecutarse la obra a expensas del demandado no quiere decir en modo alguno que sea éste quien contrate al tercero para que la ejecute, pues lo más . probable es que no esté dispuesto a hacerlo y, por lo tanto, es el demandante quien debe adelantar tales gestiones y realizar las -erogaciones pertinentes, salvo que el ejecutado decida asumirlas, evento en el cual estimo que se mantiene la responsabilidad del demandante frente al ejecutor de la obra, pues al fin y al cabo fue con éste que contrató.

Presentadas las facturas y comprobantes, una vez aprobados por el juez, la ejecución seguirá por esa suma de dinero si tales gastos no los ha hecho el deudor, pues si éste los sufragó, la ejecución sólo puede proseguir por los peijuicios moratorios.

En efecto, el num. 4o del art. 433 del CGP dispone que "los gastos que demande la ejecución los sufragará el deudor, y si éste no lo hiciere los pagará el acreedor". En consecuencia, el deudor puede, por ser derecho que le asiste, vigilar la ejecución del contrato autorizado por el juez. Pero se advierte que, autorizado el contrato por el juez e iniciada su ejecución, el deudor no puede desconocerlo pretextando que va a ejecutar la obra o que tiene otros operarios para hacerla, pues está de por medio la defensa de los intereses del tercero contratado; tal conducta sólo sería posible resolviendo el contrato, de común acuerdo con el tercero y con la anuencia del demandante.

7.4.1. *El mandamiento ejecutivo por obligaciones de hacer en la modalidad de suscripción de documentos*

Si la obligación de hacer es en la modalidad de suscribir documentos, el art. 434 del CGP dispone que el mandamiento ejecutivo debe contener "la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o documento en el término de tres días contados a partir de la notificación del mandamiento o pago, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el art. 436", término éste de contenido procesal que sólo busca dar ocasión al demandado para que cumpla y evite los mayores perjuicios que para él implica la prosecución del proceso.

Lo anterior no conlleva que vencido el término de tres días, contados a partir de la notificación, el juez pueda firmar el documento como aparentemente podría pensarse, pues tal conducta únicamente la podrá observar una vez ejecutoriada la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución, como lo tiene previsto el

art. 436 para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de las de no hacer cuando debe destruirse lo hecho.

Lo anterior es lógico pues de no ser así se privaría al demandado de la oportunidad de demostrar en excepciones que tiene razón en no cumplir, o que ya había cumplido; de manera que sólo se procede a suscribir el documento o a realizar la obra respectiva o a destruir lo hecho, cuando existe sentencia ejecutoriada favorable al demandante, es decir que ordena seguir adelante con la ejecución.

Agrega el inciso primero la expresión: "A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o en su defecto, por el juez", con lo que se establece un anexo obligatorio a la demanda y, por ende, su inobservancia daría lugar a aplicar las normas de inadmisión o, incluso, de rechazo de la demanda ejecutiva.

Ciertamente, como se trata de demandar la suscripción de un documento sin que importe la modalidad, es decir que bien puede ser a través de una escritura pública o de un documento privado, caso de terminar exitosamente la ejecución debe el juez suscribir, con los mismos efectos que si lo hubiera hecho el obligado, el respectivo documento, cuyas estipulaciones, si bien se infieren del título ejecutivo, no siempre se conocen con precisión, lo que puede prestarse a indebidas sorpresas y situaciones ambiguas cuando de la elaboración suscripción del respectivo documento concierne.

Por eso es deber adicional del ejecutante elaborar, si es que no existe creada por las partes la respectiva minuta o un con-

trato de promesa y en un todo de acuerdo con lo previsto en el título ejecutivo, el proyecto de documento o minuta que deberá suscribir el juez caso de que haya lugar a hacerlo, con lo cual se permite que desde el comienzo del proceso pueda debatirse todo lo que concierne con la obligación y los alcances que determina su concreción documental.

Ahora bien, si el proyecto de documento ya existe o la minuta se presentó, lo que es usual en el caso de promesas de venta de inmuebles, se allegará el mismo o copia de él, pues de lo que se trata es que se conozca desde un comienzo el alcance de las estipulaciones que el juez, de ser el caso, firmará ante la renuencia del ejecutado a hacerlo y se pueda debatir en el desarrollo de las excepciones perentorias no únicamente la obligación de suscribir o no el documento sino los términos del mismo, de manera tal que si el juez va a firmarlo, está superado todo debate acerca de su contenido.

El inciso segundo del art. 434 establece un caso excepcional en que el mandamiento de pago está condicionado a la práctica de medidas preventivas. Bien sabido es que una ejecución con base en garantías personales, se puede adelantar sin llevar a cabo embargos o secuestros y no son estas cautelas en cuanto a su práctica, condicionantes para dictar el mandamiento ejecutivo; empero, esta norma dispone que si la obligación de suscribir un documento implica "transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado que acredite su propiedad en cabeza del ejecútante o del ejecutado, según el caso"; si se trata de bienes muebles no sujetos a registro, para proferir el mandamiento de pago también es necesario su secuestro porque, según el mismo artículo en su inciso final, "para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que éstos hayan sido secuestrados como medida previa".

Tales exigencias las encuentro de manifiesta utilidad con el fin de evitar innecesarios trámites, pues de nada serviría que una persona demandara a otra para que se le obligara a firmar escritura pública de un bien que se comprometió a vender, si éste no es de su propiedad, al igual que lo es, si se trata de bienes muebles tener la absoluta certeza de su existencia[26].

El requisito del embargo busca que antes del mandamiento ejecutivo se establezca que el demandado es el titular del derecho de dominio sobre el bien mueble o inmueble al cual se refiere el documento que debe ser suscrito, y que al serlo trasladará el derecho de dominio o constituirá gravamen real sobre él; así, si se trata de bien sometido a registro y se acompaña certificado que acredite que quedó embargado por ser del ejecutado, se tiene la certeza de la titularidad del derecho de dominio; si es mueble y se secuestra sin oposiciones o desechadas las mismas, igualmente se tiene una base segura para presumir que es de propiedad del ejecutado y, caso de implicar el documento transferencia del dominio con la entrega material del mueble, ésta se podrá cumplir con la orden al secuestre para que la haga.

.26 En la práctica es inusual este proceso respecto de bienes muebles, salvo los sometidos a registro.

Así las cosas, si no se puede registrar el embargo por cualquier motivo, ejemplo el bien no pertenece al ejecutado o es de su propiedad pero se halla embargado, o no se perfecciona el secuestro sea porque el bien no se localizó o prosperó una oposición que imposibilitó su práctica, debe el juez dictar una providencia en la cual niegue el mandamiento de pago y se archive la actuación, sin que se generen efectos de cosa juzgada.

Es de lamentar que en el caso de que el bien pertenece al ejecutado pero está embargado, no se haya previsto la posibilidad de que si el ejecutante expresamente lo solicita se pueda suscribir el documento, en especial si se trata de escritura pública, de manera tal que si se levanta el embargo vigente se pueda inscribir el

suscrito por el juez.

Esta modalidad de ejecución es particularmente útil en las promesas de compraventa de inmuebles en las que será demandado el contratante que se rehúsa a firmar. En tales casos el título ejecutivo lo constituye el contrato de promesa de compraventa, si se ajusta a los requisitos del art. 422 del CGP y el juez procederá a correr la escritura pública respectiva, caso de renuencia del demandado. Sin embargo, no puede perderse de vista que el sistema obra para que se suscriba cualquier documento respecto del cual se haya adquirido la obligación de hacerlo, por ejemplo un pagaré, pero sin que pueda desconocerse que la más frecuente aplicación se da respecto de la constitución de derechos reales (promesas de venta) y gravámenes hipotecarios.

Ahora bien, surge el interrogante acerca de si una vez suscrito por el juez el documento que realiza la transferencia del derecho de dominio o de otro derecho real como en la constitución

del usufructo, puede el mismo proceder a su entrega material, hipótesis que resuelve de manera afirmativa, el art. **434** al otorgar las herramientas necesarias para, en aquellos casos en los cuales del documento aportado como título ejecutivo, suija además la obligación de realizar la entrega material del bien sobre el cual versa el proceso, pueda el juez al culminar el mismo y como complemento de la suscripción del documento, ordenar esa entrega.

En efecto, el inciso segundo del art. 434 señala en su segunda parte que: "El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura".

Pone de presente lo anterior que el derecho de pedir el secuestro debe ser ejercitado exclusivamente en la demanda y el juez al decretar el mandamiento de pago ordenará la práctica de esta medida cuando verifique del estudio del título ejecutivo que existe la obligación de realizar la entrega material, de modo será bajo este supuesto que ordenará la práctica del secuestro pedido, pues de oficio no lo puede hacer.

Si se logra la práctica de la diligencia de secuestro, que como toda diligencia de esta índole, se encuentra sujeta a las vicisitudes del art. 309 del CGP, el bien quedará bajo la disposición del secuestre, de manera tal que si tiene que ser cumplida la obligación reclamada ejecutivamente, una vez suscrito por el juez el documento que da cuenta de la transferencia del derecho real, y acreditado el registro del mismo, el juez le ordenará al secuestre que realice la entrega al ejecutante.

Debe entonces el juzgado ser particularmente cuidadoso para efectos de decretar el secuestro sj se ha solicitado, pues no basta que exista petición al respecto sino que la solicitud se halle fundada en que de acuerdo con el documento que se presenta como título ejecutivo, la obligación además de ser la de suscribir el documento, imponga la entrega material del bien sobre el cual versa el mismo, pues se busca obtener el cumplimiento íntegro de la obligación pactada.

Cuando se trata de suscripción de documentos respecto de bienes que no están sometidos a registro, es necesario que éstos se hallen secuestrados como medida previa, dispone el inciso final del art. **434**, norma que debe entenderse en el sentido que para que se pueda proferir el mandamiento ejecutivo es menester que se haya logrado ese secuestro.

En efecto, cuando se indica que: "Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que éstos hayan sido secuestrados como medida previa", esa orden no es nada diversa al mandamiento ejecutivo, pues la hipótesis es la misma que para los bienes sometidos a registro, sólo que para éstos se tiene la certeza acerca de quien es el titular del derecho de dominio con el embargo, mientras que para los restantes bienes será con el secuestro, de modo que si éste no se lleva a efecto porque prospera una oposición, no se podrá proferir el mandamiento ejecutivo, de idéntica manera como no se puede hacer cuando el embargo no se registra, salvo el evento de que se haya pedido la ejecución por peijuicios, en subsidio, tal como adelante se comenta.

Debemos cuidamos de pensar que la orden a la cual se refiere la norma es la sentencia, porque no tendría objeto proceder al secuestro después de ella y, caso de que no se localice el bien o que prospere la oposición, en suma que se imposibilite el secuestro, encontrar que se perdió lastimosamente todo el curso del proceso, con el agravante de que en tal altura del mismo ya no se podrá optar por los peijuicios compensatorios.

Como el inc. 3º del art. 434., señala que: "No será necesario el certificado de propiedad cuando se trate de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, ganados u otros medios de explotación económica o de la posesión material que se ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor" y el documento que debe suscribirse, enajenación de mejoras, se refiere a un bien sobre el cual el demandado no tiene ningún derecho real, mal puede pedírsele al demandante que allegue el certificado de tradición.

No obstante, la exigencia que hace el mismo inc. 3º de la norma acerca de que: "pero en estos casos se acompañará el certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado", me parece de muy difícil cumplimiento porque al registrador le tocaría estudiar todos los folios de matrículas inmobiliarias para expedir certificar sobre la inexistencia, circunstancia que en la práctica dificulta esta modalidad de ejecución.

Aun cuando la norma nada dice, considero que previo al mandamiento de pago el juez debe cumplir la diligencia de secuestro de tales mejoras, pues de no ser así corre el riesgo de adelantar un proceso en el vacío y al fin y al cabo se trata de una

modalidad de suscripción de documentos que versan sobre bienes no sometidos a registro.

7.5. *Mandamiento ejecutivo por obligaciones de no hacer*

El mandamiento ejecutivo por obligaciones de no hacer implica que el juez otorgue un plazo al demandado para que destruya lo hecho cuando así lo ha solicitado el demandante. En estos casos el demandante puede optar por estimar los peijuicios y si el demandado no destruye lo hecho lo podrá hacer el demandante, para lo cual se observará el trámite previsto en el art. 435 del CGP: se contratará a un tercero que ejecute la destrucción, y el contrato lo debe aprobar el juez. Las cuentas definitivas las pagará el demandado siguiéndose, si es necesario, ejecución por su valor y por los peijuicios moratorios, si se hubieren pedido, tal como ya se explicó.

Si el ejecutado considera que es del caso aplicar el art. 1612 del C. C., porque ya no es necesaria la destrucción para obtener la finalidad que se persiga con el contrato primitivo, pues ella puede cumplirse por otros medios, debe proponer la correspondiente excepción dentro del término apto para hacerlo, plazo dentro del cual podrá presentar cualquier otro hecho exceptivo que tenga.

Un ejemplo puede aclarar esta circunstancia. Dos personas celebran un contrato por el cual una de ellas se compromete a no construir una pared para permitir que la casa del vecino tenga vista sobre unos montes (el objeto del contrato consiste en una obligación de no hacer: no edificar para permitir la vista). Con el tiempo se construyen grandes edificios que impiden toda visibilidad a los montes, sin que el muro tenga ya ninguna incidencia, ra

zón por la cual quien se obligó a no elevarlo, decide construir uno de tres metros. En este caso existe inobservancia de la obligación, pero no será necesario destruir lo hecho, aunque sí indemnizar los peijuicios causados por ese incumplimiento, pues el Código Civil es muy claro en señalar que de todos modos subsiste la obligación de indemnizar por el incumplimiento.

7.6. *La ejecución subsidiaria por perjuicios*

El artículo 437 del CGP es la disposición que se encarga de indicar la forma como se procede en el evento de que se haya solicitado la obligación de dar, de hacer o de no hacer en su forma original, pero previendo el no cumplimiento dentro del plazo señalado por el juez, se estimaron los peijuicios compensatorios y los correspondientes moratorios para que prosiguiera la ejecución por suma líquida de dinero, hipótesis en la cual el juez dictará el mandamiento ejecutivo por la obligación solicitada y en el mismo auto y de manera simultánea, señalará que si dentro del plazo no se cumple la obligación, la ejecución proseguirá por los peijuicios estimados, sin necesidad de un nuevo mandamiento ejecutivo, o sea que basta que culmine el plazo dado para que se cumpla la obligación en su forma original y que éste haya precluido sin ser observada, para que el proceso prosiga por las cantidades señaladas de manera subsidiaria en el mandamiento ejecutivo, de ahí la importancia de, si el demandado no piensa cumplir en su forma original, oportunamente, si lo estima necesario, realice la objeción a los perjuicios estimados y decretados en subsidio.

Un ejemplo ilustra lo anterior. Si el demandante pidió que se dispusiera la entrega del automóvil que especificaba el título

ejecutivo y estimó los peijuicios moratorios por la no entrega a razón de cien mil pesos por mes y además expresó que en subsidio, y para el caso de que no se produjera la misma en el plazo indicado por el juez, estimaba el valor de aquel en cincuenta millones de pesos y los peijuicios moratorios a la tasa del 2% mensual de interés, en el mandamiento ejecutivo se dispondrá la entrega del bien y el pago de los peijuicios moratorios estimados por la no entrega. Además indicará la misma providencia que si vencido el plazo no se ha cumplido, la ejecución proseguirá por las sumas de dinero solicitadas en subsidio, con lo que se asegura que no se proferirá un nuevo mandamiento ejecutivo y sin necesidad de providencia adicional que lo indique, si vence el término y no se presenta el bien perseguido, prosigue la ejecución por suma de dinero.

Se debe tener presente que esta posibilidad de demandar en subsidio por los peijuicios compensatorios no es ajena a la hipótesis del proceso ejecutivo cuando se solicita la suscripción de documentos debido a que el ejecutante puede prever, en aquellos casos donde la medida cautelar de embargo y secuestro es condicionante del mandamiento de pago, que éste no se lleve a efecto, evento en el cual si se utiliza la forma de presentar las pretensiones que comento, no terminará la actuación porque deberá proferirse el mandamiento ejecutivo directamente por los peijuicios estimados.

Así, por ejemplo, si el demandante pide que se libre el mandamiento ejecutivo con el fin de que se obligue al ejecutado a suscribir la escritura pública de venta de un inmueble y en subsidio, que se siga la ejecución por determinadas sumas como peijuicios

compensatorios y moratorios, el juez, antes que nada, debe disponer el embargo del bien sobre el cual versará la escritura.

En la hipótesis de que el registrador se niegue a inscribir el embargo por no ser de propiedad del ejecutado, caso de que no se hubiere formulado otra solicitud terminará la actuación ejecutiva; no obstante si se pidió la ejecución en subsidio por peijuicios, esta posibilidad es similar a la de no cumplimiento del ejecutado y no dudo en sostener que será viable dictar el mandamiento ejecutivo directamente por éstos.

7.7. *El incidente de regulación de perjuicios*

Ya se vio que en todos los casos de demanda ejecutiva por obligaciones diferentes a las de dinero, se pueden estimar los perjuicios, tanto moratorios como compensatorios, cuando el demandante, tratándose de éstos últimos, decide no exigir el cumplimiento de la obligación en los términos inicialmente pactados, o queriendo el cumplimiento en la forma estipulada prevé que el demandado no lo hará y en subsidio estima los peijuicios compensatorios y moratorios en la misma demanda, tal como dispone el art. 428 del CGP.

Pues bien, esa estimación, que depende exclusivamente del buen criterio del demandante consultando la realidad económica del concreto evento, no podrá hacerse efectiva respecto del ejecutado sin que éste tenga la oportunidad de cuestionarla, que es precisamente el término para proponer excepciones, evento en el cual, según el art. 439 del CGP "se dará aplicación al artículo 206. El juez convocará a audiencia para practicar las pruebas y definir el monto de los peijuicios."

Evidencia lo anterior que como el ejecutante hizo la estimación de los peijuicios, debe el ejecutado dentro del plazo que tiene para proponer excepciones perentorias objetar la estimación de manera razonada y en esta hipótesis se le dará traslado por cinco días al ejecutante para que adjunte o solicite pruebas, se convoca por el juez a audiencia y en ella se decide lo pertinente.

Dentro del trámite que corresponde para la objeción de los peijuicios, el ejecutante debe demostrar el monto de los mismos, por cuanto sobre él recae la carga de la prueba, ya que es ese precisamente el efecto de la objeción; si no le es posible hacerlo el juez declarará extinguida la obligación, decisión que significa que se pierde definitivamente el derecho por cuanto el demandante no tiene la posibilidad de demandar la regulación de los peijuicios en un proceso verbal.

Y es que, en verdad, si el demandado objeta la estimación de peijuicios realizada por el demandante, para lo cual le basta manifestar su inconformidad, automáticamente la estimación queda sin efecto, pues debe seguirse el trámite del art. 206 y si "Si no se acredita la cuantía de los peijuicios, el juez declarará extinguida la obligación, terminada la ejecución en lo referente a aquéllos y continuará por las demás prestaciones, si fuere el caso", con lo que resulta claro que el no demostrar los peijuicios implica, en la mayoría de los casos la terminación del proceso y del extinción del derecho.

Drástica en grado sumo es la disposición pero justificada si se tiene en cuenta que ella evita los juramentos estimatorios efectuados de manera irresponsable y precipitada sobre bases irreales, que serán precisamente aquéllas que en caso de objeción

debe soportar probatoriamente el ejecutante, pues ya se dijo que al ejecutado le basta objetar razonadamente la estimación, para que se radique en el demandante toda la carga probatoria.

Por eso, si no obtiene la demostración al menos parcial de lo que juró no solamente se acaba el proceso de ejecución sino que se extingue el derecho, lo que significa la liberación del deudor quien ya no podrá volver a ser demandado por ninguna vía, pues es menester resaltar que se declara extinguida la obligación.

Debe quedar claro, que si dentro del trámite para probar el monto de los peijuicios estimados se establece una cuantía inferior a la indicada, el proceso proseguirá por el monto acreditado, pues sería un exabrupto sostener que debe probarse exactamente lo jurado; en absoluto, si es menor lo establecido, simplemente el ámbito monetario del proceso se reducirá, sin que se altere la competencia en caso de que la cifra implique un cambio dentro de los límites de las cuantías.

Cabe advertir, finalmente, que cuando el ejecutado objeta la estimación de los peijuicios y, además, propone excepcio- nes perentorias, debe darse el trámite propio de las excepciones *L* perentorias, que serán resueltas en la sentencia si a ello hubiere l lugar, porque de prosperar alguna excepción perentoria que le ponga fin a la ejecución sobra pronunciamiento sobre el tema 1 de la objeción a los peijuicios estimados, de manera tal que en *¿V* esta hipótesis bien puede suceder que el juez no obstante decla- rar no probadas las excepciones perentorias declare terminado el proceso en el evento de que no se haya probado el juramento *£■ estimatorio objetado.

*#?T

Un ejemplo ilustra la hipótesis: Carlos demanda para lograr el cumplimiento de la obligación de construir una casa, opta por los peijuicios compensatorios y estima el valor de la misma en trescientos millones de pesos. El ejecutado presenta la excepción perentoria de prescripción de la acción y, además, objeta la estimación de peijuicios. Adelantado el trámite propio de las excepciones el juez declara no probada la excepción de prescripción y, además, atendiendo a que Carlos no probó el monto de los peijuicios, declara extinguida la obligación.

Es de resaltar, para culminar con la explicación del art. 439, que en algunas hipótesis el proceso puede proseguir no obstante que se declara extinguida la obligación y "terminada la ejecución en lo referente a aquellos", debido a que el proceso "continuará por las demás pretensiones, si fuere el caso", de modo que se trata de señalar algunos eventos de cuándo puede ser el caso de esa no culminación.

Si se presenta una ejecución con dos pretensiones acumuladas, ejemplo la entrega de un automóvil y la de unos semovientes y se optó en los dos casos por los peijuicios compensatorios, perjuicios que el demandado objetó y dentro del trámite pertinente no probó el valor estimado respecto del automotor pero sí los de los semovientes, el proceso seguirá por lo que corresponde a éstos.

O, tómese el caso de quien demandó la entrega del automotor en su forma original y estimó los peijuicios moratorios en determinada cantidad de dinero, los que al ser objetados y no probados llevan a que la ejecución prosiga sólo para lograr la entrega del automotor.

7.8. *El trámite del proceso de ejecución una vez notificado el mandamiento ejecutivo*

Notificado el mandamiento ejecutivo en forma personal, sea directamente al demandado o por intermedio de curador, el trámite subsiguiente depende de la conducta procesal observada por el ejecutado y puede consistir en:

1. Cumplir la obligación dentro del plazo señalado en el mandamiento ejecutivo;

2. Pedir, dentro del término de ejecutoria, reposición del mandamiento ejecutivo, mecanismo procesal que igualmente es el indicado para proponer excepciones previas;

3. No observar ningún comportamiento positivo, es decir, guardar silencio;

4. Solicitar la regulación de intereses o la reducción de la pena, hipoteca o prenda;

5. Objetar la estimación de los peijuicios hecha por el demandante, aspecto ya estudiado;

6. Proponer el beneficio de excusión;

7. Presentar excepciones perentorias.

Analicemos las anteriores posibilidades:

1) Cuando el demandado cumple la prestación dentro del plazo señalado, que como ya lo anoté no constituye una condonación de las sanciones por mora, de todos modos se procede a condenarlo al pago de las costas del proceso, habida cuenta que

se requirió la intervención de la administración de justicia para obligarlo a pagar. Empero, si el demandado demuestra que estuvo dispuesto a pagar y el acreedor "no se allanó a recibirle", será exonerado de dicho pago, correspondiéndole demostrar dentro de un incidente la conducta elusiva del ejecutante. El trámite de este incidente no impide entregarle al demandante el objeto con el cual se cumplió la obligación.

Prefiero utilizar esta expresión a la del art. 440 del CGP que señala que el trámite del incidente "no impedirá la entrega al demandante del valor del crédito", pues se podría entender que la disposición sólo se refiere a las obligaciones en dinero. El término "valor del crédito", utilizado por la norma que comento, no puede entenderse en el estricto sentido de sumas de dinero, sino de objeto de la obligación; piénsese que el demandado pague con las cien cabezas de ganado que estaba obligado a entregar y objete la condena en costas y se verá que la disposición comprende toda clase de obligaciones. Esta conclusión se desprende, además, de la parte inicial del mismo inc. Iº del art. 440, que indica: "cumplida la obligación".

2) Caso de que el ejecutado decida no cumplir con lo dispuesto en el mandamiento de pago, la primera conducta que puede esperarse es que solicite la reposición del mandamiento de pago, recurso que está dirigido a cuestionar la existencia del título ejecutivo por cualquiera de sus aspectos meramente formales tales como claridad y exigibilidad, o hacer valer alguna causal de excepción previa, aspecto ya analizado, no obstante lo cual recuerdo que lo concerniente con discusiones acerca de si existe o no título ejecutivo, a la luz de los lincamientos señalados en

el art. 422 del CGP, es decir si la obligación es clara, expresa o exigible, es aspecto que se debe plantear a través del recurso de reposición y no es pertinente hacerlo por la vía propia de las excepciones perentorias.

Así las cosas, se tiene que si el ejecutado estima que la obligación no es clara o expresa, debe presentar sus planeamientos a través del recurso de reposición, e igual cosa debe hacer si considera que la exigibilidad no se da, debido a que si guarda silencio respecto de esos tópicos, le está vedado replantearlos a través de excepciones perentorias.

3) Si el demandado no cumple la obligación ni presenta excepciones perentorias, (conducta omisiva), dispone el art. 440 del CGP que el juez procederá a dispondrá por medio "de auto que no admite recurso, el remate y avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al demandado".

4) Otra opción que tiene el ejecutado, una vez se le ha notificado el mandamiento ejecutivo, es utilizar la facultad que le confiere el art. 425 y dentro de los diez días que tiene para proponer excepciones, solicitar "la regulación o pérdida de los intereses, la reducción de la pena, hipoteca o prenda y fijación de la tasa de cambio", peticiones que se deben tramitar en la misma forma que las excepciones perentorias y conjuntamente con éstas JSÍ se propusieron; en caso contrario se resolverán mediante un 'incidente que se tramitará por fuera de audiencia."

5) También puede el ejecutado proponer el beneficio de excusión, pero en este evento debe guiarse por el numeral 3º del art. 442 del CGP que señala que este deberá alegarse "mediante reposición contra el mandamiento de pago", para efectos de que se aplique el art. 2383 del Código Civil que señala: "El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal", disposición que en la práctica ha dejado de tener vigencia pues la figura de la fianza clásica ha sido reemplazada por la solidaridad.

6) Finalmente, el demandado puede proponer excepciones perentorias y lo debe hacer dentro de los diez días siguientes al de la notificación del mandamiento ejecutivo, salvo el caso de que haya solicitado reposición del mismo, pues en este evento éstos se computan a partir de la notificación del auto que negó total o parcialmente la reposición, tema éste del régimen de excepciones dentro del proceso de ejecución que analizo adelante con todo detalle.

7.9. *La reforma de la demanda ejecutiva*

Considerando la regulación efectuada en el Código General del Proceso, concretamente en el art. 93, acerca de la aclaración, corrección y reforma de la demanda, es claro que por aplicación de tal norma son viables tales conductas en el proceso ejecutivo desde la presentación de la demanda y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial cuando el ejecutado ha interpuesto excepciones perentorias, pues de no ocurrir lo anterior cuando vence ese plazo se profiere la orden de seguir con el avalúo y remate de los bienes, de manera que salvo esta explicación adi

cional, en lo restante me remito a lo explicado en la parte general de esta obra.[27]

8. LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS EN EL PROCESO EJECUTIVO

8.1. *Objeto de las excepciones*

Estimo con CLARIA OLMEDO,[28] que el objeto de la excepción es "evitar la sujeción perseguida por el demandante como resultado concreto del proceso por él provocado". En otros términos, la excepción busca evitar que prosperen las pretensiones aducidas por el demandante, enervarlas.

La excepción persigue desconocer el derecho en que el demandante fundamenta su pretensión o la declaración de que ésta no se ejerce dentro de la oportunidad debida. Por ello, soy partidario de la tesis que niega el carácter de excepción a las denominadas "excepciones previas", pues éstas son simples medidas de saneamiento del proceso y no buscan que se desestimen las pretensiones aducidas.

Y es tan evidente lo anterior que si se acepta que la excepción es conducta propia de la parte demandada, se observa que los hechos que se tipifican como excepciones previas perfectamente los puede alegar aún el demandante o reconocer el juez de oficio,

v 27 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Código General del Proceso, parte general,* Dupre Editores, Bogotá, 2016, paginas 579 a 581.

"28 CLAJRLA OLMEDO Jorge A., *Derecho procesal,* t. I, Buenos Aires, Depalma, 1982, pág. 314.

como causales de nulidad, dado que tal como lo señala DEVIS [29] "Los impedimentos procesales se refieren a los simples defectos de procedimiento, o a la falta de algún presupuesto procesal de la acción o previo del juicio o del procedimiento.

"No se trata propiamente de excepciones, aun cuando nuestro Código, lo mismo que el español y varios más de Sudamérica, impropiamente dan a los impedimentos procesales la denominación de excepciones dilatorias" o previas, que es lo mismo.

No obstante, en Colombia se insiste en mantener la denominación sin variación alguna, porque se siguió el criterio que, en la *Relación Grandi*[30] referente al empleo de nuevas acepciones por el legislador se plasmó, el cual hallé atinado en un principio, para atemperar el impacto de los cambios acerca del empleo de ancestrales términos, pero creo ya es hora de revaluar; allí se advirtió: "También en cuanto a la terminología se han evitado los excesivos tecnicismos y las innovaciones que no fueran indispensables. El lenguaje de un Código debe estar, en lo posible, al alcance de la gente común; y no sirve agravar el esfuerzo que la práctica tiene que realizar para acostumbrarse a la nueva ley, con modificaciones de terminologías que no estén estrictamente exigidas por innovaciones en la sustancia".

29 DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Estudios de derecho procesal,* tomo I, Bogotá Edit. ABC, 1979, pág. 425.

30 *Relación Grandi,'* N° 19, citada por C ALAMANDREI Piero, *Los estudios de derecho procesal en Italia,* Ed. Ejea, Buenos .Aires 1959. pág. 83.

8.2. *De las excepciones en la parte general del Código de Procedimiento Civil*

El estudio del régimen de las excepciones en el proceso ejecutivo obliga a hacer una referencia al sistema general, pues en este proceso se establecen normas diversas a las comunes para todo tipo de proceso.

Tratándose de las mal llamadas excepciones previas, el demandado usualmente debe alegarlas dentro del término para contestar la demanda, proponiéndolas en un escrito autónomo destinado especialmente para tal fin. Presentadas, se tramitan, y resuelven mediante auto que en algunos casos puede determinar la finalización del proceso y, en otros, la adecuación del mismo, subsanadas las fallas que se hubieran observado, para asegurar una posterior tramitación libre de vicios.

Considerando la finalidad de estas excepciones, para que cumplan su cometido deben alegarse al empezar el proceso y se debe resolver sobre ellas antes de proseguir el trámite. Aun el nombre (excepciones previas) escogido por nuestro estatuto pone de presente que se han denominado así por cuanto su pronunciamiento debe ser previo a cualquiera otra actuación propia del proceso en el que se han formulado, única forma como pueden cumplir adecuadamente con la función de saneamiento para la que han sido creadas.

En cuanto a las excepciones perentorias, los arts. 281 y 282 del CGP constituyen las normas básicas sobre éstas. En la primera de tales disposiciones se dice que la sentencia debe reconocer ■ las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas .;si así lo exige la ley; se agrega más adelante que: "En la sentencia .,se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del

derecho sustancial sobre el que verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y haya sido alegado por la parte interesada, a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio".

En la segunda norma se recalca que "en cualquier tipo de proceso", el juez debe reconocer, aun de oficio, el hecho exceptivo que aparezca probado salvo las excepciones de "prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda", oportunidad que no sólo sirve para proponer esas excepciones que requieren petición de parte sino, también, toda otra excepción perentoria que el demandado tenga contra las pretensiones de la demanda, pues aunque el juez las puede reconocer de oficio, por la índole de las relaciones que se debaten es una carga que corresponde al demandado y, de no cumplirla, sólo excepcionalmente podrá el juez declarar oficiosamente probada una excepción, ya que es el demandado quien conoce los hechos y sabe cuáles son las pruebas útiles. Esa facultad oficiosa reconocida a los jueces en el Código que implica teóricamente un gran avance sobre muchas legislaciones que exigen que toda excepción se alegue, en la práctica es poco utilizada.

En resumen, son dos las características importantes del tratamiento de las excepciones en el sistema del CGP: 1. Normalmente las debe alegar (previas y perentorias) el demandado; 2. Si no lo hace y se estructuran dentro del proceso las circunstancias que ameritarían su declaratoria, el juez, salvo las que deben ser alegadas, las puede reconocer de oficio, las perentorias en la sentencia y las que serían causal de excepción previa mediante el trámite de la nulidad que el juez puede impulsar de oficio, salvo

cuando el no alegarlas el demandado en tal forma conlleva saneamiento de la nulidad que podrían originar.

Las excepciones previas tienen un trámite separado y sus-, tancialmente diferente de las excepciones perentorias, las primeras se resuelven mediante auto, las segundas usualmente en la sentencia, salvo excepciones como las del proceso divisorio en donde se proponen por vía del recurso de reposición y resuelven por auto (art. 409 CGP).

8.3. *Las excepciones previas en el proceso ejecutivo. Procedencia*

En el proceso de ejecución pueden proponerse todas las causales que el art. 100 tipifica como circunstancias que generan una excepción previa, salvo la prevista en su num. 2o denominada compromiso o cláusula compromisoria.

En verdad, en un proceso ejecutivo, de conformidad con lo señalado en la ley 1563 de 2012, Estatuto Arbitral, no puede alegarse la excepción de compromiso o de cláusula compromisoria, debido a que si en un contrato se ha pactado la cláusula compromisoria pero existe motivo que permite acudir a la justicia civil a través de un proceso de ejecución, la cláusula compromisoria es ineficaz, de la misma manera que lo sería el compromiso, porque los árbitros carecen de facultad para adelantar procesos ejecutivos, incluso el necesario para cumplir lo decidido en su laudo, en virtud de que una vez proferido el mismo cesan sus funciones, de .ahí que todo lo que toque con ejecuciones es competencia exclusiva de la justicia ordinaria.

En este orden de ideas, si en un contrato se ha pactado cláusula compromisoria, pero de su análisis surge con nitidez la posibilidad de ejecutar, la cláusula, que sólo es predicable cuando la controversia amerita un proceso de conocimiento, es ineficaz; es por eso que la única excepción previa que no puede darse en el proceso de ejecución es la de cláusula compromisoria o compromiso, genéricamente cobijadas bajo la expresión pacto arbitral; todas las demás se pueden formular, a no ser que se sean títulos ejecutivos en los que su proposición está restringida, porque se trata de una sentencia que se va a ejecutar a continuación dentro del mismo expediente (art. 306 CGP), donde no se permite ninguna excepción previa por así desprenderse del numeral 2º del 442.

8.3.1. *Trámite de las excepciones previas*

Las excepciones previas son procedentes en el proceso de ejecución pero la proposición de ellas debe ser mediante el empleo del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, de ahí que si excepcionalmente se requieren pruebas, debe el interesado adjuntarlas con el escrito respectivo, aun cuando es lo cierto que en pocas ocasiones es que se acude a ellas, porque la práctica muestra que casi siempre se pueden resolver sobre la base de la actuación existente.

En la hipótesis de que al resolver de plano, es decir, sin ninguna otra actuación pues se suprimió para el proceso ejecutivo cualquier trámite adicional y en especial el incidental, se declare que prospera una excepción previa se indica en el numeral 3º del art. 442 que "el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso pueda continuar: o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término dé cinco (5) días, para subsanar los defectos o

presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y peijuicios", regulación que otorga al funcionario una gran elasticidad en orden a disponer lo pertinente para subsanar los errores procedimen- tales que se observen o, de no poderlos corregir directamente el juez, ordenar a la parte que ios corrija o presente los documentos que pueden hacer falta, para lo que la ley señala un plazo de cinco días, so pena de que se revoque el mandamiento de pago, auto que es apelable en el efecto diferido, lo que tiene como razón de ser que si existen medidas cautelares se deberán mantener hasta la decisión del recurso, pero exceptuando de la apelación la excepción previa de falta de competencia que, de ser declarada, implica que el juez debe disponer que el proceso vaya al competente para que allí prosiga la actuación, manteniendo vigencia el trámite hasta ese momento surtido.

8.4. *Las excepciones perentorias en el proceso ejecutivo*

Según se vio las excepciones perentorias, excepto tres (prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben alegarse), pueden ser reconocidas aun de oficio por el juez; lo que en los demás procesos constituye excepción, en el proceso ejecutivo es principio general'y absoluto. Así, es obligación alegar las excepciones perentorias, pues el juez no las puede reconocer de oficio si el demandado no las propone; cuestión diferente es que al alegarlas, salvo las tres citadas, recobra el juez la facultad de declararlas de oficio si se estructuran probatoriamente.

" La razón para que el juez no pueda, sin la iniciativa del eje-
^ícutado, declarar excepciones perentorias obedece a que si debe
^acompañarse como anexo obligatorio de la demanda un docu

V"

mentó escrito que se presume auténtico que contenga una obligación clara, expresa y exigible, de cuyo análisis el juez infiere la posibilidad de la ejecución, el demandado es notificado y no excepciona, mal puede el juez, sin que exista ninguna circunstancia procesal que varíe la situación inicial, dudar de la suficiencia del título ejecutivo y disponer de oficio que se practiquen pruebas, pues tal conducta implicaría que no halla con nitidez reunidos los requisitos para ejecutar y en esta hipótesis lo que ha debido hacer es negar el mandamiento de pago.

Por eso, si no se presentan excepciones perentorias, el art. 440 del CGP obliga al juez para que por auto disponga que siga adelante la ejecución al señalar que ordenará "el remate y avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen".

Uno de los aspectos más delicados del tratamiento de las excepciones perentorias en el proceso de ejecución se presenta cuando el demandado excepciona, se practican pruebas y no se estructuran las excepciones alegadas, sino otras, pues se duda acerca de si puede el juez declarar de oficio las que se probaron pero no corresponden con las alegadas, salvo, claro está, las tres que siempre deben ser propuestas en la oportunidad debida.

Ante todo, debe quedar precisado que si el demandado excepciona no le basta con negar el derecho esgrimido contra él, sino que debe señalar los motivos para proponer el hecho exceptivo y probar las razones de su negativa. La diferencia entre la oposición y excepción no viene al caso por cuanto no es posible oponerse sin excepcionar, pues una simple negativa de las pretensiones (que la doctrina tradicional llama defensa u oposición) no

tiene absolutamente ningún efecto, no genera ninguna alteración procesal: la defensa u oposición sólo se entiende ejercitada cuando se formula a través del mecanismo de las excepciones.
<;

De esta manera si dentro del término del traslado para proponer excepciones el demandado dice que no existe el derecho Consagrado en el título ejecutivo, pero no concreta la razón de esa ¿egativa, es lo mismo que si nada hubiera dicho y entonces debe dictarse el auto que ordena seguir la ejecución previsto en el art. 440, porque el art. 442 del CGP exige una serie de requisitos para formular excepciones y repudia como tales la simple negativa, al ordenar que es necesario expresar "los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas ", de manera que no cumplir por parte del ejecutado con esa carga es igual a guardar silencio en lo que a sus efectos concierne.

Ahora bien, si el demandado excepciona y practicadas las pruebas pertinentes se establece la existencia de un hecho exceptivo perentorio distinto del que se formuló por ejemplo, se presentó como excepción el pago pero se probó una novación, considero que el juez faltaría a su deber si no declara probada la excepción: Tal rigor no lo quiere ni lo puede patrocinar el Estatuto Procesal , porque la conducta del demandado le abre al juez la posibilidad de aplicar el art. 282.

De otra parte, no debe confundirse la obligación de proponer excepciones con la de denominarla. Si del acervo probatorio surge nítidamente un hecho exceptivo distinto del alegado, el desmandado había observado una conducta clara al desestimar la - pretensión ejecutiva y por tanto sería aberrante desconocerle su [A] derecho, so pretexto de que expresamente no propuso esa excep

ción sino otra, tema sobre el cual es pertinente recordar lo que al respecto ha dicho la Corte: "Lo importante no es el nombre con que se bautice la excepción de fondo, sino la relación de los hechos en que se apoya. Algo más, se hace necesario afirmar que lo fundamental en verdad no es la relación de los hechos que configuren una determinada excepción, sino la prueba de los mismos en virtud de que, al tenor de lo dispuesto en el art, 306 precitado, si el juez encuentra probados los hechos que las constituyen, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia. Actualmente el concepto privatista del proceso ha cedido ante los nuevos rubros del derecho procesal que busca la realización de la justicia fundándose en una verdad verdadera y no meramente formal".[31]

De no ser así carecería de objeto que el num. 2 del art. 443 que señala: "Cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente, en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte decretará las pruebas en el auto que fije fecha para ella".

En resumen: si en el proceso de ejecución el demandado presenta excepciones perentorias, por ese solo hecho el juez podrá decretar pruebas de oficio y, además, declarar probadas todas las excepciones que se estructuren probatoriamente salvo, como se sabe, las de prescripción, compensación y nulidad relativa que tienen que ser alegadas; en cambio, si no presentó ningún hecho exceptivo no surge para el juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio y, en consecuencia, tampoco puede reconocer de oficio ningún hecho exceptivo perentorio.

31 Corte Suprema de Justicia sentencia de noviembre de 1979, ponentes: doctor Germán GIRALDO ZULUAGA, publicada en Jairo LÓPEZ MORALES. *Jurisprudencia civil*, Ed. Lex, 1979, pág. 459.

y'y

¿f- 8.4.1. *Efectos de la proposición de excepciones perentorias en el proceso de ejecución*

Cuando se proponen excepciones perentorias en un procesa so ejecutivo, incuestionablemente varía la naturaleza jurídica del T>. proceso que de ejecutivo pasa a tomar el carácter de proceso de fe cognición. Como afirma MICHELLI[32] con la oposición se instau- L ra un proceso de cognición que se desarrolla según las normas ya vistas. El oponente adquiere la posición de actor y a él le incumbe la carga de la prueba de los hechos modificativos o extintivos del f crédito "porque el acreedor acciona (o quiere accionar) in execu- tivis", de ahí que el tratamiento y decisión de las excepciones pe- %' rentorias tienen el mismo alcance que en el proceso de cognición, £ ■ máxime en un sistema como el colombiano que en el proceso eje- cutivo admite proponer todas las excepciones posibles, con las li- nutaciones excepcionales si el título es una sentencia de condena.

En este orden de ideas, si se propone la excepción de nulidad del contrato, la de falta de causa, la de falsedad o la de pago, Ú el proceso ejecutivo se desarrolla con las mismas características del proceso de cognición.[33] porque así como en el proceso de

rí;

A 32 MICHELLI GIAN Antonio, *Derecho procesal civil, Proceso de ejecución,* Buenos Aires, Ed. Ejea, 1970, pág. 109. En el mismo sentido ROCCO, *Tratado* T-; ' *de derecho procesal civil*, t. IV, Parte Especial, Bogotá, Edit. Temis, 1976, pag. 399 quien afirma: "Cuando la oposición se propone mediante el procedimiento de citación, se siguen en el procedimiento de oposición las reglas normales del pro-)¿.c ceso de cognición ... en tal caso la oposición adopta el carácter de una declaración incidental de certeza.

PÉREZ GORDO Alfonso, *La suspensión del juicio ejecutivo*; Barcelona, *%,* Éd. Hispano Europea, 1971, pág. 93, señala que cuando se excepciona se presenta -"Y úna situación de anormalidad análoga a la del proceso de declaración, aun cuando no acepta que se dé íntegramente la convención.

cognición el juez puede decretar pruebas de oficio y declarar excepciones, en el proceso de ejecución puede hacer lo mismo, sólo que la carga de la prueba se invierte y queda radicada en cabeza del ejecutado.

Con un ejemplo se puede ver el carácter realmente cognoscitivo que asume el proceso de ejecución cuando se formulan excepciones perentorias. Piénsese en un contrato que reúne todos los requisitos del título ejecutivo en contra de una de las partes, pues de él surge una obligación con todas las características que exige el art. 422.

Si el deudor considera que el contrato está afectado de nulidad, v. gr., porque hay error que vicia el consentimiento, debe iniciar un proceso declarativo verbal para que se declare esa nulidad. Empero, si antes de hacerlo el acreedor lo ejecuta y el deudor propone la excepción de nulidad del contrato, los efectos de su declaración son los mismos, cualquiera sea el medio procesal que se siga. Esto hace evidente la semejanza entre un ejecutivo en el que se proponen excepciones perentorias y un proceso de cognición, pues no obstante que la posición de las partes es distinta y hay inversión de la carga de la prueba, se puede obtener idéntica finalidad a la que se perseguiría en un proceso declarativo, con idénticos efectos en lo que a la cosa juzgada concierne.

8.5. *El origen del título ejecutivo y las excepciones perentorias*

El régimen de las excepciones en todo proceso ejecutivo varía según sea el origen del título ejecutivo. El título ejecutivo puede tener tres fuentes a saber: El negocio jurídico bilateral o

m-

mm unilateral, en que el obligado ha intervenido directamente en su creación, la expresa determinación de la ley y la providencia judicial, normalmente una sentencia de condena, que por su contenido se acomode a lo señalado en el art. 422, caso este último en el cual se restringen los hechos exceptivos.

Procedo al análisis de esos aspectos:

8.5.1. *Las excepciones perentorias cuando el título ejecutivo proviene de un negocio jurídico o de expreso señalamiento de la ley*

Según el numeral Iº del art. 442, en este caso proceden todas las excepciones perentorias que el ejecutado pueda tener contra la pretensión aducida en la demanda.

Debe anotarse que el criterio adoptado por el Código es correcto, a diferencia de otras legislaciones como la argentina (Código de la capital) y la española en que sólo es posible proponer §¡¡¡1¡Í' los medios de defensa taxativamente señalados por la ley, dejan- g§¡gjt|; do algunos aspectos de vital importancia para ser tramitados en **lililí'** juicio declarativo y aplicar la prejudicialidad de proceso civil a proceso civil, solución que implica notable aumento en la activi- jj|||fe- dad jurisdiccional y en los trámites con los consiguientes costos; el Código colombiano permite debatir en el proceso ejecutivo todos los aspectos que de una u otra manera puedan enervar la ejecución.

|HÉf¿.': De esta forma los hechos exceptivos no tienen límite y el ^^B- juez debe pronunciarse sobre cualquiera que se le presente, lo que ^^K-es correcto si se recuerda que al proponerse excepciones perento- lliiSí'J

rías el proceso de ejecución se transforma (su naturaleza jurídica) en proceso de cognición.

8.5.2. *Excepciones cuando el título ejecutivo es una providencia judicial*

Inicialmente destaco que de los títulos ejecutivos comprendidos bajo la denominación genérica de providencia judicial, a no dudarlo la sentencia es el más importante, pero se debe recalcar que no toda sentencia amerita su cumplimiento a través de proceso ejecutivo; sólo la condenatoria, que acoge una pretensión en virtud de la cual se impone al demandado una obligación de dar, hacer o no hacer y que recaiga sobre bienes.[34]

En segundo término es menester que esa sentencia de condena no tenga previsto un trámite para su cumplimiento diverso del proceso de ejecución, como sucede por ejemplo, en el caso del proceso de restitución de tenencia en que la sentencia impone la obligación de restituir un bien mueble, o el proceso de entrega del tradente al adquirente, cuyo cumplimiento se logra a través de un trámite especial previsto dentro del mismo proceso, como lo es en esencia la diligencia de entrega prevista en el art. 308 del CGP.

Cuando el título ejecutivo es una sentencia de condena que permite adelantar un proceso ejecutivo, únicamente se puede eje-

34 FAIREN GUILLEN Víctor. Temas del ordenamiento procesal. Proceso civil, t. II, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pág. *88 L* señala que existe una serie de sentencias que se deben ejecutar pero en un plano totalmente desligado de los bienes, "una sentencia de divorcio, por ejemplo, supone en cuanto a su ejecución una serie de medidas personales de extraordinaria trascendencia y adoptar con la máxima prudencia y, delicadeza, máxime cuando pueden afectar en su propia persona a otras de buena fe, como son los hijos".

cutar a continuación dentro del mismo expediente debido a que : el art. 306 del CGP acoge como regla general la atinente a que el juez de la condena es el mismo de la ejecución.

Es así como el tema de las excepciones perentorias frente a este título ejecutivo lo regula exclusivamente el numeral 2º del • art. 442 con el enfoque de reducir los hechos exceptivos y señalarlos de manera taxativa.

En efecto, señala el numeral en cita que "sólo podrán ale- T garse las excepciones de pago, compensación, confusión, nova- ' ción, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen ■ en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de citación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida."

8.5.3. *Las excepciones perentorias frente a los títulos valores*

Si el documento base para el cobro es un título valor, debe advertirse que existe un régimen que si bien es cierto es taxativo, no obstante es tan amplio que cobija las más disímiles situaciones. Puede afirmarse que aun cuando el art. 778 del C. de Co. está redactado en forma restrictiva, la amplitud de los numerales 12 y 13 cobija cualquier excepción imaginable con la cual se pueda desconocer la obligación contenida en el título valor, que se quiere cobrar ejecutivamente.

En efecto, dispone dicha norma que contra la acción cambiaría esto es, contra la acción ejecutiva, son procedentes trece ^excepciones. El num. 12 de esta norma dice que son viables "las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o tras-

ferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa" y de acuerdo con el num. 13. "las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor". De modo que si a estas dos causales sumamos las que hablan de caducidad, prescripción, omisión de los requisitos que debe contener el título, demanda contra quien no suscribió el título, etc., se comprende la razón de mi punto de vista.

8.5.4. *Persona habilitada para proponer excepciones perentorias*

En el proceso de ejecución con garantía personal la única persona que las puede proponer es el demandado, por ser el obligado; sólo existe una excepción que adelante precisaré donde se otorga a los acreedores una habilitación especial para excepcionar.

Si el título ejecutivo, cualquiera que sea su origen, contiene una obligación que sin garantía específica, su efectividad se busca a través de la denominada garantía personal, es decir, por medio de la sujeción del activo patrimonial del deudor al cumplimiento de la obligación. Sólo el deudor y dentro de este concepto se entiende incluido a quien lo garantice, puede ser demandado y, por ende, es el único habilitado para proponer excepciones.

No obstante, hay un caso en el cual las excepciones no las propone el deudor ejecutado sino, así parezca contradictorio, otro acreedor. El art. 463 del CGP, dispone en su num.4o que si se presenta el fenómeno procesal de la acumulación de demandas ejecutivas "antes de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, cualquier acreedor podrá solicitar que se declare que

su crédito goza de determinada causa de preferencia, o se desconozcan otros créditos mediante escrito en el cual precisará los hechos en que se fundamenta".

Esta norma tiene su razón de ser en la posibilidad de que los hechos que generan excepciones perentorias no los haya alegado el ejecutado y bien claro se ve que la expresión "se desconozcan otros créditos", no puede cobijar nada diferente a aquellas circunstancias que, si los hubiera alegado el demandado, serían excepciones perentorias.

8.5.5. *Forma de proponer las excepciones perentorias y su trámite*

Dentro del término de diez días, que se cuentan a partir de la notificación del mandamiento ejecutivo o de la notificación del auto que no repuso el mandamiento ejecutivo, deberá el demandado en escrito separado presentar sus excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden y acompañar los documentos que reposen en su poder relacionados con aquellas , con lo cual sigue las reglas generales sobre la materia.

Cada excepción perentoria debe justificarse determinando los hechos que en opinión del excepcionante la estructuren y tratando, en lo posible, de darle alguna denominación, aun cuando no es un aspecto esencial, mas sí recomendable.

Vencido el plazo para formular excepciones el juez debe, por medio de auto, disponer que del escrito de excepciones presentado en término, se le dé traslado a la otra parte para que en un plazo de diez días, manifieste lo que a bien tenga y adicione o

solicite las pruebas que estime pertinentes por así disponerlo el art. 443 del CGP en su numeral Iº.

Este traslado debe decretarse por medio de auto y no surtirse directamente en secretaría, como usualmente ocurre y el proferirlo supone que el escrito de excepciones reúne los requisitos legales; de suceder lo contrario así lo debe manifestar el juez. De no ser ésta la razón, no se justificaría decretar el traslado mediante auto.

Vencido el plazo de diez días puede acontecer que el demandante guarde silencio, sin que sea aplicable a dicha conducta lo señalado en el art. 97 del CGP acerca de las consecuencias de la falta de contestación de la demanda, por cuanto si bien la naturaleza jurídica del proceso de ejecución se transforma cuando se proponen excepciones, la falta de contestación al escrito de excepciones no genera, por aplicación analógica del art. 97, un indicio en contra del demandado por una razón simple, elemental: las normas sancionatorias no admiten interpretación extensiva y, por ende, esa disposición que es propia del proceso declarativo no opera en el ejecutivo; en consecuencia, el silencio no genera ningún efecto negativo al ejecutante, salvo el de que ha perdido la oportunidad de solicitar pruebas; lo único que el juez podrá hacer será considerar el artículo 241 del CGP, éste sí de carácter general que prescribe: "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes".

Surtido el traslado, señala el numeral 2º del art. 443 que: "el juez citará a la audiencia prevista en el artículo 392, cuando se trate de procesos ejecutivos de mínima cuantía, o para audiencia inicial y, de ser necesario, para la de instrucción y juzgamiento,

como lo disponen los artículos 372 y 373, cuando se trate de procesos ejecutivos de menor y mayor cuantía.", es decir se aplica el trámite propio de los procesos declarativos verbales.

Empero, adiciona la disposición que cuando el juez "advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial", de oficio o a petición de parte, "decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373."

8.5.6. *La falsedad como excepción*

Analizar todas las excepciones que pueden presentarse en un proceso de ejecución sería labor de nunca acabar y desbordaría el objeto de esta obra. No obstante, existe una excepción que por su complejidad merece ser específicamente analizada cual es la de falsedad del documento presentado como título ejecutivo, porque con base en su análisis y prescindiendo de cualquier otra circunstancia el juez ordena la ejecución, lo que hace que la tacha de falsedad que se esgrima contra él requiera de un especial tratamiento en cuanto a la forma para proponerla.

• ' De conformidad con el art. 269 del CGP, si se acompaña ún documento con la demanda, la'parte contra quien se presentó i "podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se ;'ácompañó a esta, y en los demás casos en el curso de la audiencia que ordene tenerlo como prueba."

Adiciona el artículo 270 que para los procesos de ejecución "deberá proponerse como excepción", referencia poco afortunada pues lo que realmente significa la norma es que en estos procesos la tacha recibirá el trámite propio de la excepción perentoria.

Lo primero que debo dejar en claro es el plazo dentro del cual se puede tachar de falso el título ejecutivo. Como en el ejecutivo no existe término de traslado de la demanda, se entiende que la oportunidad para tachar será dentro del término que se cuenta para proponer excepciones perentorias; si dentro de este plazo se formula únicamente la tacha o bien esta y cualquier otra excepción perentoria, siempre el trámite será el propio para dichas excepciones, ya explicado, pero debe también el juez disponer lo señalado en el art. 270 del CGP en materia de reproducción del documento presentado como título ejecutivo así como la experticia sobre las posibles adulteraciones pero todo dentro del trámite fijado para las excepciones perentorias en el ejecutivo.

8.5.7. *Necesidad de reformar el régimen de excepciones en el proceso de ejecución destinado al cobro de dinero*[35].

La ejecución para obligaciones de dar bienes diversos a dinero, las que buscan el cumplimiento de obligaciones de hacer o

35 Desde varios lustros atrás y mantengo la observación señalo que debido a la crisis que presenta el proceso de ejecución, tan demorado como cualquier declarativo, reitero la posibilidad de limitar las excepciones perentorias, especialmente en la ejecuciones por sumas de dinero, y permitir únicamente la de pago total o parcial sustentada en pmeba documental, con la salvedad de que si excepcionalmente se hubiera podido proponer otra o si no existe la prueba documental del pago, se podrá ventilar por la vía propia del proceso declarativo, pero sin que se paralice el trámite del ejecutivo, solución que no deja de mostrarse interesante por práctica, pero que tal vez por esa razón no fue admitida en la

no hacer, son excepcionales frente a las de dinero, y es lo usual que el origen del título ejecutivo sea o una sentencia de condena la que tiene unos pasos especiales para hacerla observar o un contrato diferente del mutuo, por lo que no justificaría buscar respecto de ellas el cambio de ahí que el análisis debe estar centrado a las dé dar sumas de dinero, por ser en éstas donde radica el problema.

Circunstancia que debe ser tenida en consideración, pues siempre ha constituido un obstáculo para traer al proceso de ejecución por sumas de dinero una estructura adecuada a sus características, la constituye el tener presente que en la relación acreedor-deudor, los dos deben ser objeto de la tutela estatal y que así como el deudor tiene el derecho exigir que en los procesos en su contra no se vulnere ningún derecho fundamental, igual se debe predicar de los acreedores, pues respecto de ambos debe campear, es de perogrullo, la observancia del debido proceso, uno de cuyos controles esta precisamente en impedir que cualquiera de las partes abuse de su derecho de litigar.

Y tanto abusa de esa prerrogativa constitucional el acreedor que emprende ejecuciones precipitadas o se excede en la práctica de medidas cautelares, como el deudor que ejerce su derecho de defensa proponiendo medios exceptivos inexistentes con el único objeto de dilatar el proceso e impedir que de manera razonablemente pronta pueda llegar a su culminación la acción destinada a que se cumpla la obligación.

Y es que no puede perderse de vista que si bien el juez cuenta, en teoría, con unos medios legales para impedir esos abusos, en la práctica son normas que se han tomado inoperantes y que, paradójicamente, de aplicarlas, lo único que se obtiene es

una mayor demora en las actuaciones, porque se pone en tela de juicio la decisión del juez a través de recursos, recusaciones, quejas ante la Procuraduría y el Consejo Superior de la Judicatura, de ahí que no se utilicen esos medios correctivos.

Es necesario entender que el exceso en el ejercicio de los medios de defensa, es una forma de desconocer el debido proceso y se trata de -conductas que deben ser encausadas legalmente para impedir su práctica indebida, lo que nada tiene de violatorio de la Carta.

Es un tema al que se le debe quitar todo tinte populista, por el hecho incontrastable que quienes usualmente acuden como demandantes al proceso de ejecución son sujetos de derecho económicamente fuertes[36], de ahí que por esa sola circunstancia la tendencia ha sido la de permitir al deudor unos medios de defensa que van más allá de lo que el principio de la igualdad, emanación del derecho fundamental al debido proceso permite, pues desconocen el mismo al desarrollar una legislación indebidamente protectora del deudor.

Es por eso que se debe tener presente que el proceso de ejecución es un mecanismo que también debe asegurar al acreedor la posibilidad de obtener por medio de un sistema garantista, la oportuna y ágil efectividad de las obligaciones que no fueron atendidas, sin tener que someterse a los excesos en el ejercicio del derecho de defensa que la actual legislación permite a los deudores.

36 Y es que se pierde de vista que tan necesarios son para el sistema financiero los usuarios del crédito, *como* quienes io suministran, relación simbiótica que determina las bases para la mutua subsistencia.

Así las cosas, si un sujeto de derecho acude a la utilización de un crédito, lo que origina un contrato de mutuo, en caso de que la obligación no sea oportunamente pagada, el acreedor debe contar con un mecanismo de coerción pronto y expedito para lograr el restablecimiento de su derecho, que no es otro diferente al del proceso de ejecución, de ahí la necesidad de buscar que el . mismo sea efectivo y que, sin impedir el razonable ejercicio de la defensa, asegure al acreedor el poder lograr la efectividad de su obligación en términos adecuados.

Realizar una reforma integral a fondo del sistema del proceso ejecutivo en Colombia en lo que con la regulación del régimen de excepciones perentorias frente a las ejecuciones dinerarias es una forma de lograr la anhelada agilización de los procesos.

Con relación al primer aspecto, la estructura operante en el régimen de excepciones perentorias en los procesos de ejecución es la siguiente: una vez notificado el mandamiento de pago, se cuenta con un plazo de diez días para proponer excepciones perentorias, las que pueden ser de toda índole, debido a que salvo taxativos y excepcionales eventos en donde se limitan o se prohíben, es un campo donde quedó a la creatividad del apoderado del deudor proponer las defensas de fondo que estime viables, que es la regla general y lo que se practica en la mayoría de los procesos, tal como quedo explicado.
r

Esa amplitud en la posibilidad de proponer hechos exceptivos, es una de las fuentes evidentes de la inusual demora que presenta el trámite del proceso de ejecución, pues se proponen

multiplicidad de hechos que supuestamente las estructuran[37], para cuya demostración se solicita la práctica de todo tipo de pruebas, cuando en la inmensa mayoría de los eventos todo se reduce a si existió o no el cumplimiento, o sea el pago, entendido en su sentido lato, de observancia de la prestación debida por el deudor.

Es así como ante el hecho elemental, que es el de casi todos los ejecutivos, de pretender el pago de una suma de dinero, usualmente proveniente de contratos de mutuo y de compraventa, no se limita la defensa a lo esencial que es acreditar el pago de la obligación, sino que artificiosamente se proponen otros hechos exceptivos como son nulidades por vicios del consentimiento, abuso de la posición dominante, abuso del derecho, contrato no cumplido, empleo de cláusulas abusivas etc..

Y en cuanto al pago no se presenta prueba documental alguna, sino que se solicitan para su demostración pericias, declaraciones de testigos, inspecciones judiciales con exhibición de documentos, pues se asevera que el acreedor no otorgó recibo de los abonos o que si lo hizo estos se extraviaron.

37 En el estudio elaborado por iniciativa del Banco de Crédito, denominado "Colombia: Derechos de Crédito y Procesos concúrsales" y a cargo del experto Adolfo Rouillon, mayo de 2006, se lee a la página 30 del mismo que: "La propia legislación procesal desvirtúa la ejecutividad del proceso ejecutivo, debido a la amplitud de defensas y excepciones que el deudor puede legalmente oponer en dicho proceso....el deudor tiene derecho a oponer todas las excepciones y defensas disponibles e imaginables. La falta de restricción a las excepciones y defensas admisibles en el juicio ejecutivo hace que, en realidad, el proceso supuestamente ejecutivo se convierta en un proceso ordinario, largo, tedioso e ineficaz. En esto radica una de las principales causas de demoras de estos procesos que, en teoría, debería ser un mecanismo judicial sumario de cobro, y que en la práctica no funciona con efectividad."

Dadas las limitadas posibilidades del juez de poner coto a lo que, es evidente, se trata de una maniobra dilatoria, no le queda alternativa diversa decretar y practicar en audiencia aspecto que es la génesis de todo el problema, pues en estos casos la única prueba que debe ser atendible es la documental, concretamente los recibos que den cuenta del pago efectuado, de ahí que se hace imperioso eliminar la posibilidad de pruebas diferentes[38].

La regulación jurídica debe recoger lo que son las prácticas de la sociedad, tener en cuenta las conductas que desarrollan los asociados en sus relaciones y de ese análisis, de nuevo las valiosas reglas de la experiencia, es claro que la conducta observada por todo deudor de sumas de dinero que paga una obligación es la de exigir un recibo que dé cuenta del abono realizado y si el pago es completo, que se le devuelva el documento que suscribió como garantía.

La costumbre comercial es esa y los acreedores, especialmente las entidades crediticias, siempre entregan los correspondientes recibos, obligación que además les impone de manera perentoria el art. 877 del C. de Co. al señalar que "El deudor que pague tendrá derecho a exigir un recibo y no estará obligado a contentarse con la simple devolución del título; sin embargo la posesión de este hará presumir el pago".

Esa práctica además la recoge la propia ley procesal en el art. 225 del CGP al señalar que "Cuando se trate de probar obli

38 Las otras excepciones atendibles que no requieren de práctica de prueba alguna, son la de prescripción y caducidad de la acción, cuya existencia verifica el juez con el análisis del título ejecutivo y la oportunidad con que se inició la ejecución.

gaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión."

Así las cosas, se tiene que si la ley y la costumbre ponen de presente que lo adecuado, al ser pagada una obligación, es que se expida un documento que dé cuenta del abono o cancelación que a ella se hace y que el deudor casi siempre exige el recibo, no es indebida o ilegal la exigencia en orden a que si el acreedor ejecuta para obtener su cumplimiento, el medio de defensa que pueda oponer sea el de pago, total o parcial, adjuntando prueba la documental que acredita el mismo, sin peijuicio, claro está, de la excepciones de prescripción y caducidad.

En tal orden de ideas, reitero que es susceptible de ser reformada nuestra legislación procesal civil en el sentido de consagrar esa restricción cuando se trate de ejecuciones para lograr el pago de sumas de dinero cuya causa está en un contrato de mutuo, dejando abierta la posibilidad de que si se carece de dicha prueba documental o, eventualmente, exista algún otro hecho exceptivo perentorio, pueda el deudor iniciar un proceso declarativo, que no interrumpe el trámite del ejecutivo, con la seguridad de que muy raros serán esos eventos, debido a que de acogerse la propuesta, se cercena la posibilidad de emplear las excepciones perentorias como sistema para dilatar el avance del proceso

de ejecución[39], que es el exclusivo fin que se persigue en casos como los mencionados.

Como consecuencia de lo anterior, si vencido el lapso del traslado inicial al ejecutado no presenta la excepción de pago, o lo hace pero no aporta la prueba documental, de igual manera si alega caducidad o prescripción, el juez debe una vez surtido el traslado al ejecutante, dictar la providencia ordenando remate.

En efecto, para dejar incólume el ejercicio integral del derecho de defensa del deudor, no se le permite dentro de la ejecución excepciones diversas a las señaladas, pero si llegasen a existir otras, ejemplo vicios del consentimiento, novación, compensación, las podrá hacer valer adelantando un proceso ordinario que no generaría prejudicialidad para la ejecución y que, de prosperar, permitiría volver las cosas al estado anterior con la correspondiente indemnización de peijuicios o ir por el subrogado pecuniario, con la seguridad, reitero, de que mínimos serán estos procesos, debido a que frente a sumas de dinero la discusión en la inmensa mayoría de los casos, es si hubo o no pago de ellas.

Ahora bien, como numerosas ejecuciones presentan como base documental para la ejecución, títulos valores, esencialmente

39 Y es que dentro de nuestra "fauna abogadil", son ya famosos los abogados que se han especializado, no en defender los intereses que se les encomendaron, sino en dilatar, posponer y confundir. En el campo penal surgen como '"figuras" de la actividad los auto publicitados "juristas" cuyo gran mérito es lograr que sus clientes salgan por "vencimiento de términos", lo que explotan como grandes éxitos profesionales y los gritan a los cuatro vientos a través de "periodistas" que tienen a sueldo en todos los medios informativos. En materia civil, es lo mismo, no permitir que llegue el asunto a pronta decisión y muera el proceso en el olvido del desistimiento tácito.

letras de cambio, cheques y pagarés en los que no necesariamente se expresa que tienen su causa en un contrato de mutuo, le bastará al demandante aseverar en la misma que ese es su origen para efectos de que se pueda aplicar el régimen especial de excepciones perentorias que sigo proponiendo con la esperanza de que en un futuro la iniciativa cale.

Debido a que se presentan inquietudes provenientes de quienes ven con temor la drástica reducción probatoria propuesta para las excepciones perentorias, donde tan solo se permite, para la gran mayoría de las ejecuciones, prueba documental, al ponerse de presente que, por las experiencias surtidas en la hoy Superintendencia Financiera, antes Bancaria, un número considerable de quejas provenía de la mala liquidación realizada por las entidades crediticias en lo que tiene que ver con tasas de interés aplicables e indebida capitalización de ellos, en las que en numerosas ocasiones la razón estaba del lado del quejoso, aspecto frente al cual no se veía clara la posibilidad de defensa del ejecutado, se advierte que la circunstancia no constituye motivo de excepción perentoria y no es pertinente debatirla en la etapa inicial del proceso, debido a que es propia de la denominada liquidación del crédito, oportunidad posterior, que parte del supuesto de que se profirió auto o sentencia ordenando seguir adelante con la ejecución, bien porque no se propusieron excepciones perentorias o estas fueron negadas, etapa de liquidación, que es la ocasión propicia para debatir todo lo que tiene que ver con intereses o liquidación de créditos de naturaleza especial como los de UVR.

9. LA SENTENCIA EN EL PROCESO EJECUTIVO

Si no se proponen excepciones perentorias, se profiere el auto que ordena que siga la ejecución; pero si las hay su trámite culmina con la correspondiente sentencia respecto de la cual hay tres posibilidades que pueden darse y cada una de ellas tiene un tratamiento particular en lo que al sentido de la decisión se refiere según sea totalmente favorable al demandado por ser exitosas integralmente las excepciones, prosperen parcialmente las propuestas o deban negarse las mismas en su integridad, supuestos que paso a analizar.

9.1. *La sentencia totalmente favorable al demandado*

Por disposición del num. 3º del art. 443 la sentencia favorable al demandado le pone fin al proceso y en ella se debe ordenar la condena en costas y la indemnización de los "peijuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso", lo que evidencia que las condenas se imponen en todos los casos en que triunfa el excepcionante, háyanse o no practicado medidas cautelares, porque en lo que toca con los peijuicios éstos los puede ocasionar el proceso con o sin medidas cautelares, aun cuando es de prever que si las hubo mayores serán aquellos.

Se trata de dos causas generadoras de peijuicios diferentes y que no son excluyentes; en efecto, resalto que la sola circunstancia de iniciar un proceso ejecutivo, cuando no se tenía la razón para adelantarlo, se puede erigir en un factor determinante de graves peijuicios para el demandado; en verdad, el conocimiento del hecho dentro del medio puede originar que se le cierre el crédito

y que otros acreedores inicien sus ejecuciones, para no citar sino dos aspectos.

Es este uno de los pocos eventos donde, por expresa disposición legal, le está permitido al juez, por excepción a la regla consagrada en el art. 283 del CGP acerca de que toda condena debe ser en concreto, imponerla en abstracto, determinándose que la liquidación para fijar los peijuicios sufridos con ocasión de las medidas cautelares y del proceso, se hará por la vía y dentro de la oportunidad prevista en el mencionado artículo.

Se debe tener presente que ese trámite está destinado exclusivamente a concretar el monto de la condena, no a discutir si existe derecho a ella, pues el mismo surge por la expresa disposición de la ley y lo determina la circunstancia objetiva de haber prosperado las excepciones perentorias poniéndole fin al proceso, pero podrá el ejecutante demostrar que no existió detrimento patrimonial del ejecutado; no obstante, se debe destacar que la carga de la prueba de los peijuicios la tiene el ejecutado y caso de que no establezca probatoriamente su monto, el juez deberá negar la concreción.

Además, de darse las circunstancias previstas en el art. 79 del CGP y como peijuicios que tienen un origen diverso, a los dos antes citados, podría el juez condenar a los que con la actuación ejecutiva temeraria o de mala fe fueron causados, disposición que parece no existe para nuestros jueces pues rara vez la aplican así existan bases suficientes para hacerlo.

9.2. *Exito parcial de las excepciones perentorias*

Si las excepciones prosperan de manera parcial, la circunstancia procesal es similar, pero no idéntica a cuando no prosperan, debido a que se ordena que prosiga la ejecución en la forma que corresponda, de modo que si se trata de cobro se sumas de dinero se dispone el avalúo y remate de los bienes y se condena en costas.

No obstante, advierto que la condena en costas se debe imponer si fuere el caso y no necesariamente, como sucede en el primer evento, porque el juez debe aplicar el num. 5º del art. 365 del CGP, el cual señala que cuando prospera parcialmente la demanda, en este caso las excepciones, “el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

En cada caso concreto y de acuerdo con la entidad de las excepciones que prosperaron y la disminución del contenido patrimonial del derecho alegado por el ejecutante, el juez aplicará la disposición citada que introduce cambio en el aspecto de la tasación de las costas.

Naturalmente, cuando prosperan parcialmente las excepciones no habrá lugar a condenar al pago de peijuicios de ninguna índole debido no sólo a que el proceso debe seguir su curso, sino a que la disposición que comento no estableció la posibilidad de condenas adicionales que son exclusivamente para el caso de que prosperen de manera total las excepciones, norma que por tener carácter sancionatorio no admite interpretación extensiva.

9.3. *Negativa de las excepciones perentorias*

Cuando los hechos exceptivos no prosperan "en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda", prescribe el art. 443, num. 4º del CGP y además, por aplicación del art. 365 numeral Iº, se impondrá la condena en costas.

En este caso la ley no menciona para nada la posibilidad de condenar al pago de peijuicios al ejecutado que excepcionó sin razón, por la circunstancia objetiva de que no prosperen las excepciones, lo que no implica que pueda darse dicha condena si se presentan los supuestos que el art. 79 del CGP aplicable a todo proceso tiene previstos como casos de temeridad o mala fe, en especial el del inc. Iº que habla de la falta de fundamento legal de la excepción.

En suma, ejecutoriado el fallo que niega todas las excepciones o desecha parte de ellas, proseguirá el trámite necesario para cumplir la obligación perseguida de acuerdo con la modalidad que se dé (remate, suscripción del documento, entrega del bien), en fin, adelantar los pasos para que pueda cumplirse íntegramente.

9.4. *La cosa juzgada frente a la sentencia que resuelve excepciones perentorias en el proceso ejecutivo*

No corresponde en esta ocasión hacer un análisis profundo del concepto de cosa juzgada; me limito a recordar que ésta se estructura, cuando, como lo dice Humberto Murcia Ballén[40] se da

40 MURCIA BALLÉN Humberto, *Recurso de revisión civil,* Bogotá, Edit. Foro de la Justicia. 1981, pág. 63.

"la calidad de inmutable y definitiva que la ley positiva de cada país atribuye a ciertas sentencias firmes o ejecutoriadas".

Esta característica se predica tal como el numeral 5º del art. 443 del CGP lo señala, de la sentencia de excepciones, pues ordena que: "La sentencia que resuelva las excepciones de mérito hace tránsito a cosa juzgada, excepto en el caso previsto en numeral 3 del artículo 304", y esos efectos se refieren a la que resuelve las excepciones perentorias, cualquiera sea su sentido, es decir, poco importa si las acoge o desecha.

La disposición es de una profunda trascendencia en el proceso ejecutivo donde, salvo las limitaciones ya estudiadas, pueden proponerse todas las excepciones, motivo por el cual no es posible ignorar los efectos de la sentencia, tratando de adelantar con posterioridad procesos declarativos para desconocer lo que ya se decidió en el proceso ejecutivo.

El estatuto procesal no lo autoriza, precisamente porque ha querido que todo lo relacionado con la obligación que se pretende ejecutar se debata en el proceso ejecutivo dentro del trámite de las excepciones; de ahí que si se dejaron de proponer ciertos hechos exceptivos o no prosperaron los presentados, precluye definitivamente toda posibilidad de impugnación por hacer la sentencia tránsito a cosa juzgada, salvo, claro está, la posibilidad propia del recurso extraordinario de revisión y la salvedad del numeral 3 o del art. 304 a la que me refiero adelante.

Conviene precisar un aspecto sobre el que existe silencio Legal, que por aplicación de las normas generales sobre cosa juzgada, tal efecto también es predicable del auto que ordena seguir

adelante la ejecución cuando el demandado no propuso ninguna excepción, el cual queda ejecutoriado por no admitir recurso alguno de modo que la circunstancia de que el art. 443 sólo se haya ocupado de las sentencias de excepciones en el juicio ejecutivo, no significa que esos autos hayan quedado sin este definitivo amparo.

En efecto, podría pensarse que como el art. 443 numeral 5º sólo hace referencia a la sentencia que resuelve las excepciones, en un sentido o en otro, no da efectos de cosa juzgada material a la providencia que ordena seguir adelante la ejecución de acuerdo con el art. 440.

En absoluto, porque este auto se dicta cuando eí demandado no propone ninguna excepción al título ejecutivo esgrimido en su contra, así las hubiere tenido, es claro que aquel debe correr con las consecuencias por no cumplir con la carga procesal de hacerlas valer en este proceso y no en otro, y, por lo tanto, no puede adelantar posteriormente un proceso declarativo para desvirtuar su eficacia.

El legislador ha querido que todo cuestionamiento relativo a la eficacia del título ejecutivo y a la existencia de la obligación se haga en la oportunidad amplia que se otorga en el proceso de ejecución, por cierto muy similar al juicio declarativo en lo que a términos y estructura se refiere.

La razón jurídica es contundente. Permitir que pueda adelantarse un proceso declarativo verbal para establecer hechos exceptivos respecto de un título empleado en un proceso de ejecución donde no Se propusieron excepciones, implicaría nada

menos que llevarse de calle el principio de la preclusión, pues se parte de la base de que si no se alegaron dentro del plazo que se

En conclusión, el auto de que trata el art. 440 genera los mismos efectos de la sentencia que resuelve sobre excepciones perentorias, es decir, hace tránsito a cosa juzgada y está muy bien que ello sea así, pues admitir la solución contraria es auspiciar la litigiosidad, desconocer los alcances de la preclusión y como lo advierte la Corte, atentar contra la seguridad jurídica y la lealtad procesal.[41]

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 10 de 2001, expediente 6711, Ponente Dr. Silvio Fernando Trejos, que mantiene vigencia por referirse al mismo problema jurídico, en donde corrobora la tesis anterior al destacar que: "si así no fuera, el proceso ejecutivo como instrumento auxiliar para hacer efectivo el pago de las obligaciones perdería su razón de ser, amén de que quedaría al talante del ejecutado optar por acudir allí a oponerse al cobro judicial, o guardar silencio, cualquiera fuera el motivo que hubiere inspirado su omisión, y dejar para ir después a la vía ordinaria a exponer sus defensas, proceder éste que no sólo atentaría contra la seguridad jurídica y la lealtad procesal, son que le otorgaría a la ejecución coactiva judicial un carácter meramente provisional, lo que ni por asomo permite la ley". En sentencia del 16 de diciembre de 2005, expediente 12835-02 con ponencia del Magistrado Edgardo Villamil Portilla, la Corte reiteró la tesis anterior al indicar que: "Es que, dada la naturaleza que tiene el proceso ejecutivo en nuestro medio, que permite una fase para que las partes intenten desvirtuar el mérito sustancial de los actos que son fuente de jas obligaciones objeto de recaudo, resulta inaceptable que con posterioridad a la etapa de contradicción del título ejecutivo, puedan los deudores plantear un tema propio de las excepciones, recurriendo al proceso ordinario, si es que tal defensa fue inédita en el procedimiento ejecutivo antecedente. En últimas, si las partes celebraron un negocio jurídico que una de ellas adujo como fundamento de la ejecución, las irregularidades y vicios del acto deben alegarse dentro del proceso

Si se trata de excepciones perentorias temporales tales como la de no exigibilidad de la obligación o petición antes de tiempo, por aplicación del num. 3 del art. 304 la sentencia que así lo declara no genera los efectos de cosa juzgada material, lo cual es excepcional y correcto, de modo que cuando se de la exigibilidad caso de no haber sido atendida la prestación, se podrá adelantar la correspondiente ejecución.

Siguiendo el orden del proceso, corresponde analizar el cumplimiento de la sentencia cuando ordena seguir adelante la ejecución que es igual cuando se trata del auto que similar orden contiene, pasos que son la liquidación del crédito y el remate cuando se trata de la ejecución por sumas de dinero, temas que procedo a estudiar.

10. LA LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO Y DE LAS COSTAS

En firme la sentencia o el auto que dispone llevar adelante la ejecución y sin distingo alguno en lo que concierne con la índole de la obligación que debe ser cumplida en lo atinente a las costas, pero antes de fijar fecha para la subasta si se trata de sumas de dinero, se debe realizar la liquidación del crédito y en todo caso la de las costas; no es ésta la oportunidad definitiva para determinar el monto de tales conceptos, ya que posteriormente pueden hacerse las liquidaciones adicionales a que haya lugar.

La liquidación del crédito y la de las costas implica recor-ı dar que se trata de dos operaciones diversas, porque mientras la. primera determina con exactitud el valor actual de la obligación sumando capital, intereses y otros accesorios por los cuales se.

haya decretado la ejecución, o fijar ese monto con relación a la tasa de cambio si se trata de obligaciones en moneda foránea, incluso actualizar con base en el factor establecido en el excepcional caso de que se trate de ejecutar una sentencia de condena donde se impuso esa obligación, la liquidación de las costas conlleva la fijación de los gastos del proceso que debe pagar el ejecutado y previo el señalamiento de las agencias en derecho que hace el juez, es una labor exclusiva del secretario, mientras que la liquidación del crédito corresponde a cualquiera de las partes; finalmente sus trámites son diversos porque la liquidación de costas se rige por el art. 366 del CGP[42] y la del crédito por el art. 446 que paso a analizar.

Dispone el numeral Iº del art. 446 que una vez ejecutoriado el auto que ordena que prosiga la ejecución, o notificada la sentencia que resuelve total o parcialmente de manera desfavorable las excepciones "cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del *capital y* de los intereses causados hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, de acuerdo " con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo, adjuntando los do- r cumentos que la sustenten, si fueren necesarios."

Inicialmente observo que cuando es sentencia la que se pro-V fiere no es menester esperar a su ejecutoria, caso de que sea apelada de modo que desde su notificación puede cualquiera de las partes presentar la misma, por ser el efecto el devolutivo.

¿42; LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Código General del Proceso*, Parte General. Dupre editores, Bogotá, 2016 , páginas 1043 a 1054 donde se estudia lo .. Latineóte a la liquidación de costas, de modo que en este tomo sólo se analiza lo _ıjque tiene que ver con la liquidación del crédito.

Gr'v.

Se advierte que la disposición no mencionó el evento de la actualización del valor de la ejecución en los excepcionales casos donde puede darse caso de ser el título ejecutivo una sentencia donde aquella se decretó hasta el pago de ahí que al ser ésta una modalidad de liquidación del crédito, no vacilo en opinar que de idéntica manera la puede realizar el ejecutante, con lo cual queda fácilmente salvada la omisión, aspecto que es aún más sencillo si se considera que el indicador económico de más empleo corresponde al índice de precios al consumidor, IPC, que por ser del orden nacional no requiere de prueba por ser hecho notorio.

En la práctica será usualmente el ejecutante el interesado en promover esta diligencia pero se dará trámite a la parte que primero la presente, de ahí que el numeral 2º de esta norma señale que "De la liquidación presentada se dará traslado a la otra parte en la forma prevista en el artículo 110, por el término de tres (3) días, dentro del cual sólo podrá formular objeciones relativas al estado de cuenta, para cuyo trámite deberá acompañar, so pena de rechazo, una liquidación alternativa en la que se precisen los errores puntuales que le atribuye a la liquidación objetada.", con lo que se establece que el traslado no requiere de auto pues se hace por el secretario en la forma advertida en la disposición remitida y se determina que no basta señalar de manera general por la parte que la objete su inconformidad, sino que es menester que precise los errores que advierte y presente una liquidación sustitutiva basada en lo que estima debe ser lo aplicable, para lo cual incluso podrá acompañar un dictamen de parte si la índole de la inconformidad requiere de unos especiales conocimientos matemáticos, circunstancia que no es frecuente, pues lo usual es

controvertir la tasa de interés aplicada, el término dentro del cual se le tuvo en cuenta y excepcionalmente el monto del capital.

Una vez venza el traslado, señala el numeral 3º que "el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto que solo será apelable cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta respectiva. El recurso, que se tramitará en el efecto diferido, no impedirá efectuar el remate de bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de apelación.", norma que tiene unas destacadas connotaciones, pues de su análisis se desprende que el juez siempre, con objeción o sin ella, debe controlar la legalidad y exactitud de la liquidación presentada.

En efecto, cuando se corre traslado de la liquidación, sea la elaborada por el ejecutante o el ejecutado, el control de su legalidad lo tiene siempre de manera soberana el juez. Éste, haya o no objeción, es quien debe definir su monto de acuerdo con el estudio de cada caso concreto y siguiendo los lineamientos del mandamiento ejecutivo y la sentencia.

Es necesario desterrar la idea de que al juez, caso de no objeción a la liquidación, le corresponde, fatalmente, aprobarla tal como se presentó. En absoluto, debe decidir, con objeción o sin ella, si la aprueba o modifica, por cuanto el silencio no conlleva aceptación tácita de lo liquidado, de ahí que siempre el juez verificará la legalidad de la liquidación, sin que interese quien la haya elaborado, pues el silencio de la otra parte no conlleva una tácita aceptación que releve al juez de su análisis, aun cuando la práctica evidencia que en casos de no objeción es usual la aprobación.

Empero, si no existe objeción y el juez aprueba la liquidación tal como se presentó, el auto aprobatorio no es apelable, debido a que tan solo admite el recurso "cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta respectiva".

Advierto que con relación al auto que "resuelva una objeción", si el juez aprueba la liquidación presentada está resolviendo y admite el recurso de apelación, pues resolver conlleva las posibilidades de mantener la presentada y objetada o modificarla.

En otros términos no es lo mismo aprobar cuando no hay objeción, caso en el cual no existe recurso de apelación, que aprobar resolviendo de manera negativa la objeción, es decir manteniendo la suma estimada, evento en el que si existe recurso de apelación.

11. EL REMATE DE BIENES EN EL PROCESO EJECUTIVO

Es pertinente acometer el estudio del conjunto de los trámites que deben observarse para llegar al remate o subasta pública, etapa procesal que refleja la coactividad de la jurisdicción; en ella, aun contra la voluntad del propietario, se efectúa la transferencia del derecho real embargado, normalmente el de dominio, pero también se puede rematar el usufructo, incluso el derecho de posesión en suma cualquier bien susceptible de estimación patrimonial que esté dentro del comercio puede ser rematado.

Antes de proceder a ello debo precisar algunas bases importantes sobre el contenido sustancial de este modo de adquirir derechos reales, en especial el de dominio.

El artículo 741 del C. C. define al tradente como la persona que por medio de la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él y al adquirente como aquél que "adquiere el dominio de la cósa recibida por él", y en su inciso 3º dispone que: " En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal". Es decir, la operación jurídica compleja que se surte por medio del remate y que como efecto produce un desplazamiento en el derecho de dominio, es asimilada por ésta norma a la tradición.

Esta solución es equivocada y no resiste el menor análisis, incluso frente a otras disposiciones del Código Civil, cuyo art. 742 señala que para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente y por su representante y en el remate no existe ni la voluntad en el propietario y mucho menos la representación en el juez.

Al respecto Arturo Valencia Zea, acertadamente, comenta: "Esta regla constituye una desfiguración del concepto propio de la tradición, que consiste en la transmisión voluntaria que del dominio hace el dueño a otro, según la propia definición que da el art. 740; y en las ventas forzadas no existe voluntariedad del deudor a quien se arrebata su propiedad, y, además es indebido decir que en semejante hipótesis es el juez su representante".

En el derecho civil contemporáneo se consideran modos atípicos de adquirir el dominio (adicionales a los clásicos de ocupación, accesión, tradición, usucapión y sucesión por causa de muerte) las providencias judiciales de adjudicación. Queda así restablecido que una vez culmina el trámite del remate, se dicta

el auto que adjudica el bien dentro de la diligencia de subasta y luego el aprobatorio del remate. Este conjunto de decisiones judiciales concretan el citado modo especial de adquirir el dominio, aunadas, naturalmente, a la providencia que ordena proseguir la ejecución.

Para culminar con estas anotaciones de contenido sustancial recuerdo que en el remate no se transfieren más derechos ni distintos a los que el ejecutado tenía sobre el bien que se remata y que el derecho que se adjudica, salvo la cancelación de prenda e hipotecas por los motivos que más adelante se expresan, no sufre modificación, por cuanto el remate, a diferencia de la sentencia de pertenencia, no tiene efectos purificadores de la situación jurídica del bien que se enajena, de ahí que debe erradicarse el malentendido se suponer que por el solo hecho de comprar en remate se adquiere un bien carente de vicisitudes propias del derecho de dominio tales como gravámenes, condiciones resolutorias, inscripciones de demanda etc.

Hechas las anteriores precisiones, analizo los requisitos que deben reunirse para que el juez pueda señalar fecha para el remate, que es un paso posterior al de la orden del remate que de manera general establece el inciso segundo del art. 440 del CGP, advirtiendo que se debe entender que cualquier norma del Código que se refiera a decreto u orden del remate, emplea esta locución como sinónimo de señalamiento de fecha para el remate, aclaración que si se tiene en cuenta permite disipar malos entendidos que se originen de no tenerla presente.

Los requerimientos para dictar auto señalando fecha para el remate son los establecidos en el art. 448 del CGP, a saber:

1) Que exista auto o sentencia debidamente ejecutoriados, que ordene el remate y avalúo de los bienes.

2) Que se hayan embargado y salvo precisas excepciones, secuestrado los bienes.

3) Que exista avalúo de los bienes.

4) Que respecto de los bienes a rematar no existan peticiones de desembargo que no hayan sido resueltas pero si se trata de desembargar sólo una parte de los bienes, respecto de la restante se podrá decretar el remate;

5) Que estén liquidados el crédito y las costas, sin que sea requisito que esté en firme el auto aprobatorio respectivo.

6) Que se presente solicitud de parte o de persona especialmente habilitada para solicitarlo.

Establecidos cada uno de los requisitos que se mencionan, el juez debe señalar la fecha para la venta de los bienes en pública subasta con el objeto de que se transfiera el derecho de dominio a quien ios adquiera en el remate, para que opere el modo atípico de adjudicación por medio o en virtud de providencia judicial.

La importancia que reviste en el sistema jurídico el proceso de ejecución se hace palpable y evidente en la diligencia de remate de bienes. Mediante ella se logra obtener el cabal cumplimiento de la obligación no atendida oportunamente por el deudor, pues es posible pagarla cancelando en dinero la acreencia, o permitiendo una forma sui generis de dación en pago por autorización

de la ley, si el acreedor opta por solicitar la adjudicación del bien objeto de la licitación a buena cuenta de su crédito.

El remate de bienes y el pago al acreedor es el título que precede a los artículos 448 a 459 del CGP, normas que no sólo tienen aplicación en el ejecutivo que explico, sino que por expresa remisión se deben observar en todo proceso en el que exista la posibilidad de rematar bienes, como sucede en la sucesión, en la división de bienes comunes, en la venta de bienes inmuebles de menores y en las ejecuciones laborales, entre otros.

Una vez llegado el momento de poner en venta los bienes en pública subasta, se pueden determinar las siguientes partes en tal actuación:

a) Medidas preparatorias del remate.

b) La subasta propiamente dicha;

c) El remate por comisionado, y

d) Las medidas posteriores a la diligencia de remate.

11.1. *Medidas preparatorias del remate*

Son las actividades procesales que deben ser surtidas con el fin de preparar lo necesario para que se pueda llegar a la diligencia de subasta y están constituidas por el avalúo de los bienes y la liquidación del crédito.

11.1.1. *El avalúo de los bienes*

El avalúo, que es la estimación del valor comercial de los bienes a rematar, reviste fundamental importancia en el proceso

de ejecución, dado que la suma allí establecida será la base para conocer la consignación que permite garantizar la seriedad de la oferta que según el art. 451 del CGP es el 40% del avalúo del respectivo bien, así como las ofertas mínimas para hacer postura que de acuerdo con el art. 448 “será el setenta por ciento del avalúo de los bienes”

Es necesario poner de presente que el dictamen pericial en la modalidad de avalúo tiene dos aspectos: el primero, que llamo *medio probatorio propiamente* dicho, en virtud del cual el juez debe analizarlo, valorarlo y determinar el poder de convicción que le merece en su fallo, pudiendo aceptarlo o no; en resumen, sopesarlo como cualquier otra prueba; el segundo es el del avalúo-requisito, constituye una exigencia legal y marca la pauta para una serie de operaciones procesales, que ni el mismo juez puede desconocer una vez está en firme.

Esta característica de peritazgo-requisito la tiene el avalúo en el proceso de ejecución de manera que el efectuado, sea con intervención de perito o por aplicación de estimativos señalados por la ley, ejemplo el avalúo catastral, obra mientras no se presente una causa legal que obligue a un nuevo dictamen, que en esencia son tres.

La primera es si el bien sale por más de dos veces a remate, nadie lo compra y por solicitud de parte se aporta el nuevo avalúo, aspecto regulado en el art. 457 del CGP al señalar que: “fracasada la segunda licitación cualquiera de los acreedores podrá aportar un nuevo avalúo, el cual será sometido a contradicción en la forma prevista en el artículo 444 de este código. La misma ¿posibilidad tendrá el deudor cuando haya transcurrido más de un

(1) año desde la fecha en que el anterior avalúo quedó en firme. Para las nuevas subastas, deberán cumplirse los mismos requisitos que para la primera."

La segunda cuando se declara causal de nulidad que afecta el avalúo y la tercera en el caso de que no pueda llevarse a cabo el secuestro y se trata de bienes sometidos a registro respecto de los que se quiere llevar a subasta el derecho de dominio sin posesión material.

Debido a la duración de los procesos ejecutivos, en ocasiones varios años, se piensa que ante el fenómeno de la desvalorización o de la revaluación de la moneda es dable solicitar nuevo avalúo en orden a actualizar el ya practicado. En estos casos no es posible acceder a tal tipo de solicitud, pues salvo las excepciones reseñadas, no habrá lugar a uno nuevo. Si la desvalorización o la revaluación se da, ninguna mengua sufren los intereses del demandado, pues el bien puede ser rematado por una cantidad superior a la señalada en el avalúo, dado que se trata tan sólo de un valor de referencia[43].

No es necesario, por obvias razones, avaluar cuando es dinero lo embargado, aun en el evento de que se trate de moneda extranjera, dados los factores de conversión que de manera pre-

43 Debido a las variantes del entorno económico, lo que durante décadas fue una constante, la desvalorización del peso aunada al fenómeno de la inflación, eran circunstancias que no justificaban por la razón arriba advertida el que se diera un nuevo avalúo. Empero, el ciclo económico apunta a un fenómeno contrario, la revaluación del peso que podría determinar una completa irrealidad económica del avalúo vigente, pues un bien estimado, por ejemplo en cien millones de pesos, comercialmente vale la mitad de lo que cercano tiempo atrás representaba, en fin, tiene un alcance económico significativamente menor. Es hora de pensar que en casos como el advertido se justificaría un nuevo avalúo para efectos de permitir en condiciones adecuadas a la realidad económica poder llevar el bien a remate.

; cisa existen respecto de su equivalencia en relación con el peso colombiano, ni tampoco cuando se trata de bienes muebles que se cotizan en bolsas de valores, hipótesis en la cual basta allegar una , constancia actualizada acerca de su última cotización, se entiende " la más inmediatamente anterior a la fecha del remate.

Indica el numeral *T* del art. 444, prescripción por cierto de raro empleo, que tampoco procede el avalúo en "los casos de Los numerales 7, 8 y 10 del artículo 595 y de inmuebles" cuando el demandante solicite que se prescinda del mismo y del remate "con el fin de que el crédito sea cancelado con los productos de la administración, una vez consignados por el secuestre en la cuenta de depósitos judiciales".

11.1.1.1. *La práctica del avalúo*

El artículo 444 del CGP dispone en el inciso primero que la oportunidad para efectuarlo está determinada por el hecho de que existan bienes embargados y secuestrados una vez "notificado el áuto o la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución" y a continuación el numeral Iº señala en orden a su práctica, que: "Cualquiera de las partes y el acreedor que embargó remanentes, podrán presentar el avalúo dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto que ordena seguir adelante la ejecución", normas que muestran incongruencia.
ü

En efecto inicialmente dispone el art. 444 que el avalúo procede "Practicados el embargo y secuestro y notificado el auto o la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución", es decir que basta la notificación, no la ejecutoria de estas providencias, lo que es de especial interés frente a la sentencia pues el auto no

admite recursos[44], se agrega que cualquiera de las partes puede presentar el avalúo "dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia", lo que determina la duda referente a si aplica el inciso primero que permite el avalúo a partir de la *"notificación "* de la sentencia o si se considera el numeral Iº que lo autoriza a partir de la *"ejecutoria"* de ella.

Considero que como en este caso se trata de la sentencia que niega total o parcialmente las excepciones perentorias, si es apelada, el efecto en que se concede la apelación debe ser el devolutivo por así indicarlo el art. 323 num. 3º del CGP, razón por la cual queda acorde con lo señalado en el inciso primero del art. 444 que permite el avalúo a partir de la notificación de dicha sentencia.

En suma el avalúo se puede presentar dentro de los veinte días siguientes a la notificación de cualquiera de esas dos providencias y es ese el plazo con el que cuentan las partes, cualquiera de ellas, para hacerlo, lo que es de particular importancia debido a que se trata der un término preclusivo para ambas, por cuanto el numeral 6º de la misma norma advierte que: " Si no se allega oportunamente el avalúo, el juez designará el perito avaluador, salvo que se trate de inmuebles o de vehículos automotores, en cuyo caso aplicará las reglas previstas para éstos.", lo que evidencia que pierden las partes esa posibilidad y será sólo el juez quien debe designar el perito.

44 En este caso la inconsistencia es inocua debido a que si no se proponen excepciones el auto que ordena seguir la ejecución no admite recursos, de modo se notifica y queda ejecutoriado.

Es de anotar que si la diligencia de secuestro se frustra debido a que prosperó la oposición para su práctica, pero se trata de bienes sometidos a registro respecto de los cuales el embargo se perfecciona antes del secuestro, el plazo de los veinte días para presentar el avalúo del derecho de dominio que sin posesión material se tiene sobre el respectivo bien, en esencia los inmuebles, correrá a partir de cuando quedó notificado el auto que admitió la oposición o levantó el secuestro si la diligencia es posterior a la sentencia y a partir de la notificación de la sentencia si lo fue antes.

En la práctica lo usual será que quien lleve la iniciativa sea la parte demandante, pero no se elimina la posibilidad respecto de la demandada, o del acreedor que embargó remanente quien tiene expresa habilitación para hacerlo, de manera que es posible que en el lapso de los veinte días se presenten avalúos solo por una o por las dos partes e incluso por el tercero que embargo remanentes, cada una por su lado, hipótesis en la cual se aplica el numeral 2º del art.444 que dispone. "De los avalúos que hubieren sido presentados oportunamente se correrá traslado por diez (10) días mediante auto, para que los interesados presenten sus observaciones. Quienes no lo hubieren aportado, podrán allegar un avalúo diferente, caso en el cual el juez resolverá, previo traslado de éste por tres (3) días.", disposición que pone de presente que quien no presentó el avalúo dentro del plazo inicial lo puede hacer en esta oportunidad y el juez con base en el análisis de esas pericias determinará por medio de providencia el valor del avalúo que rige para los fines del proceso.

Para avaluar cuenta el respectivo interesado con una amplia gama de posibilidades debido a que podrá utilizar, a su elección, los servicios de entidades o profesionales especializados o un avaluador de la lista oficial del juzgado, resaltando que nada impide que el ejecutante pueda aún antes de que empiece a correr el plazo para presentar el avalúo, contratarlo, debido a que el término no es para que dentro del mismo se contrate sino para que se presente, de modo que sería una conducta prudente hacerlo con antelación, máxime si se considera que dentro de la actuación ya existen las bases para asumir que a esa etapa se llegará.

Estimo, dado que la norma nada dice, que los costos que demanden los avalúos cuando se practican por iniciativa de alguna de los interesados partes y que, inicialmente, corren por su cuenta, ingresan dentro del concepto de costas como un gasto del proceso, de manera que aconsejo presentar el recibo que dé cuenta del pago realizado, esencialmente si la erogación la hizo la parte ejecutante, para los fines posteriores de la liquidación de costas y cuyo reconocimiento estará sujeto a la razonabilidad del gasto y a que la suma pagada se encuentre dentro del rango de las tarifas que para peritos señala el Consejo Superior de la Judicatura en el arancel contenido en el acuerdo 1772 de 2003 o en el que se halle vigente, pues considero que si excede lo pagado por el ejecutante de esos límites, tan sólo se le deberá reconocer hasta el máximo permitido por el acuerdo, caso de que el perito lo hubiera designado e'1 juez.

Con relación a bienes inmuebles y a los automotores, señala la norma un especial tratamiento para su avalúo, lo cual me

permite aseverar que las disposiciones anteriormente explicadas no se aplican ni para inmuebles ni para automotores.

En efecto, dispone el num, 4º que "Tratándose de bienes inmuebles, el valor será el del avalúo catastral del predio incrementado en un cincuenta por ciento (50 %), salvo que quien lo aporte considere que no es idóneo para establecer su precio real. En este evento, con el avalúo catastral deberá presentarse un dictamen obtenido en la forma indicada en el numeral 1."

Usualmente será la cifra la que suija de tomar el avalúo catastral e incrementarlo en un cincuenta por ciento (50%), la que regirá para los fines propios del remate de inmuebles, lo que a más de agilizar la diligencia evita a las partes, normalmente y en últimas al ejecutado, la erogación que genera la práctica de toda pericia.

Ahora bien, puede suceder que en algunos casos, que serán de excepción, exista un notorio desfase entre lo que sería el precio comercial del inmueble y el resultado de la operación aritmética de tomar la base impositiva y adicionarla en un 50%, hipótesis en la cual se autoriza a quien lo aporte, para adjuntar un dictamen contratado sobre alguna de las bases ya explicadas y surtida la contradicción de rigor, tal como se hace para los restantes bienes el juez determinará el valor a considerar.

Se tiene así que cuando una de las partes o un tercero de los que están habilitados excepcionalmente para promover la diligencia de remate presentan únicamente el documento que da cuenta del avalúo catastral no es del caso correr traslados pues la referencia del valor señalada por la ley será la aplicable.

Cuando se trate de vehículos automotores dispone el numeral 5º que "el valor será el fijado oficialmente para calcular el impuesto de rodamiento sin peijuicio del derecho otorgado en numeral anterior." En tal caso, es decir cuando se estima que el valor señalado para los fines del impuesto de rodamiento está desfasado, "también podrá acompañarse como dictamen, el precio que figure en publicación especializada, adjuntando una copia informal de la página respectiva", con lo cual se determina que será el valor asignado por las autoridades de tránsito al automotor para el pago de los correspondientes impuestos aumentado en un cincuenta por ciento, el que se tome como avalúo, salvo que se crea por quien lo presenta que discrepa notoriamente de su real estimativo comercial, evento en el que se le permite presentar un dictamen de perito que contrató directamente o, la página de una publicación especializada, por ejemplo las tablas de la revista Motor donde figure otro valor sustancialmente diferente.

Insisto en resaltarlo, no se trata de indicar que el avalúo, llamémoslo así, "oficial" del automotor es, por ejemplo de treinta millones, pero que en la publicación especializada, como sería la revista denominada "Motor", aparece en treinta y tres millones o sea que no son coincidentes pero no muestran una ostensible diferencia, dado que el avalúo en el proceso ejecutivo y en general en todo proceso en donde existe remate de bienes, es apenas una guía para el adecuado desarrollo de la subasta, pero el real valor lo determina la ley de la oferta y la demanda, de ahí que puede ser vendido por cifra diversa.

Por la anterior razón que igualmente se aplica para los inmuebles, si se Ilesa a presentar junto con el documento que da

cuenta del avalúo, un dictamen que señala que el precio es diverso, únicamente decidirá el juez en la hipótesis de que sea ostensible, notoria la diferencia de las cifras, pudiéndose sugerir, si de fijar una guía se trata, que una diferencia cercana o superior al 20% con el valor actual comercial, podría justificar el acudir al otro avalúo.

11.1.2. *El avalúo de bienes con la modalidad de loteo*

Con el fin de facilitar la venta de los bienes en la subasta, disponen los parágrafos primero y segundo del art. 444 la posibilidad de lotearlos y es así que cuando se trata de bienes inmuebles el loteo se concreta en dividir el bien en varias partes, de las que se dará por separado su avalúo teniendo en cuenta que no se afecte su valor ni destinación. Si de bienes muebles se trata, el loteo consiste en formar grupos de bienes "de naturaleza semejante".

En tratándose de inmuebles señala el parágrafo segundo que: "cualquiera de las partes podrá solicitar, su división en lotes con el fin de obtener mayores ventajas en la licitación siempre que la división jurídica sea factible. Para ello deberá presentar dictamen que acredite que el inmueble admite división sin afectar su valor y destinación, con sus respectivos avalúos.", norma que como primera inquietud plantea lo atinente a la oportunidad para presentar la solicitud sobre lo que nada se dice, de ahí que considero que debe ser dentro del plazo de vente días con que se cuenta para presentar avalúos, lo que además se reafirma en que en esta petición necesariamente hay dictamen sobre los aspectos atinentes al valor de cada bien objeto de la división.

Corresponde al juez calificar si se dan los requisitos que admitan esa división, para efectos de la subasta, es decir, si el inmueble lo permite y con ello se puede lograr una ventaja económica en la licitación, si estima que no se dan los presupuestos legales para hacerlo, puede negar dicho loteo.

El dictamen debe avaluar por separado cada parte de los bienes para que puedan ser rematados independientemente. Es ese precisamente el objeto de la disposición. Así, por ejemplo, una finca de cien hectáreas podría ser muy difícil de vender dado que los interesados en comprarla pueden ser muy pocos, mientras que si se ofrece en cinco lotes de veinte hectáreas, no sólo es más fácil venderla sino que inclusive el remate puede hacerse por un mejor precio.

En este evento, además se debe tener en cuenta la necesidad adicional de efectuar debidamente el desenglobe del predio con los nuevos linderos y matrículas inmobiliarias cuya labor debe ser posterior al remate si los predios fueron adquiridos.

Cuando se trata de bienes muebles el perito debe avaluarlos por separado pero es posible solicitar que se formen grupos de muebles de naturaleza semejante a fin de facilitar su compra por un mismo interesado y de esta forma asegurar que puedan continuar prestando una adecuada función de explotación. En una industria textil tómese, como ejemplo, un complejo de tres máquinas, independientes como bien, pero complementarias en sus funciones. Si se avalúan una a una y no son objeto de loteo, en el remate cada una de ellas puede adquirirse por separado, lo que evidentemente iría en desmedro del remate en su conjunto.

Al formar un lote con esos bienes, el postor debe ofrecer por el equipo y no en forma aislada.

En el avalúo de bienes muebles, si no se dispuso el loteo, cada bien debe estimarse por separado y teóricamente en el remate es posible ofrecer la compra de cada uno de ellos considerado individualmente. No obstante, si se dispuso el loteo, para todos los fines legales, la suma de los avalúos de los bienes singulares será la del lote respectivo.

Piénsese, para ilustrar con un ejemplo, el siguiente caso: si se han embargado y secuestrado en un almacén quinientos vestidos de hombre, trescientas camisas y mil pares de zapatos debe ser estimado su valor individualmente; empero, se observa lo dispendioso que sería el remate si la oferta pudiera darse por un vestido, un par de zapatos o una camisa, de ahí que en casos como éste lo que corresponde es formar lotes, ejemplo de cien vestidos, de cincuenta camisas o de doscientos pares de zapatos para efectos de que quien desee adquirir oferte por cada lote.

Explicado el avalúo de los bienes que, ya se indicó es posterior a la sentencia o al auto que ordena seguir la ejecución, debo mencionar otro de los pasos preparatorios para señalar fecha para el remate, cual es la atinente con las medidas cautelares .

11.1.3. *Las medidas cautelares de embargo y secuestro*

Corresponde ahora hacer somera referencia en lo que esencialmente se predica del proceso de ejecución, pues el estudio a fondo de ellas se encuentra ai finalizar esta obra, de otra de las

actuaciones preparatorias para el remate y es la concerniente a las medidas cautelares de embargo y secuestro.

Si el remate versa sobre bienes inmuebles, además del embargo se requiere su secuestro por así disponerlo el art. 448 del CGP, norma que halla su razón de ser en que al exigirse además del embargo el secuestro de los bienes, sus adquirentes saben que no encontrarán ningún tipo de oposición para lograr la entrega material del bien debido a que al secuestre le basta recibir la orden de entrega para que la cumpla, y si no lo hace la hará el juez sin admitir oposiciones, quedando el adquirente a salvo de contingencias como las referidas, al menos en lo que concierne a inmuebles.

En efecto, si se lleva a cabo el secuestro del bien inmueble y no existieron oposiciones o se presentaron pero fueron resueltas desfavorablemente al opositor, el adquirente en el remate tiene la seguridad de que se le hará entrega material del bien: si el secuestre no lo entrega, lo hará el juez, pues de acuerdo con el art. 456 del CGP si el secuestre incumple la orden de entrega, el juez la hará en diligencia donde no se admitirán oposiciones ni alegar derecho de retención.

Inclusive si el secuestre pierde la tenencia del inmueble el tercero poseedor no está amparado frente a quien adquiera dentro del proceso. El juez debe llevar fatalmente a cabo la entrega del inmueble al adquirente sin admitir oposición de ninguna índole. El poseedor sólo tendría amparo en el caso hipotético e improbable de que desde el momento en que entró en posesión, que será posterior al secuestro hasta cuando se lleva a cabo la diligencia.

haya transcurrido un plazo superior al necesario para poder alegar la prescripción adquisitiva extraordinaria.

No puede perderse de vista que el artículo 2278 del C. C. prescribe que "Perdiendo la tenencia podrá el secuestre reclamarla contra toda persona, incluso cualquiera de los depositantes, que la haya tomado sin el consentimiento del otro, o sin decreto del juez, según el caso fuere", de donde surge el porqué de la tesis atinente a que sólo en el rarísimo evento de que hayan transcurrido más del plazo propio para alegar prescripción extraordinaria sin que se llegara al remate, es que un poseedor que entró a tener tal calidad luego de secuestrado judicialmente un bien es que podría tener protección legal.

Si realizado el secuestro hay oposiciones pendientes, el juez no debe proferir la orden de remate mientras aquellas no queden definitivamente resueltas, es decir por auto ejecutoriado, porque si lo son en sentido desfavorable al opositor se tiene la certeza de la entrega del bien; y si se declara que el opositor tiene el derecho a proseguir con la posesión, se podrá llevar a remate el derecho de dominio sin posesión caso de que así lo pida el ejecutante tal como lo señala el numeral 3º del art. 596 del CGP.

Ciertamente si prospera la oposición y se trata de bienes muebles, se levanta el secuestro y dado que éste perfeccionó el embargo, los bienes muebles ya no se podrán rematar. Empero, si se trata de bienes muebles sometidos a registro o de inmuebles para los cuales el secuestro no es medida perfeccionadora del embargo sino complementaria, si se levanta el secuestro el bien queda embargado y como para rematarlo debe estar secuestrado, únicamente se puede proceder a su remate si se dan las

circunstancias previstas en el art. 596 cuyo numeral 3º dispone: "Levantado el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro, quedará insubsistente el embargo. Si se trata de bienes sujetos a aquel, embargados en proceso de ejecución, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto favorable al opositor, que levante el secuestro, o se abstenga de practicarlo en razón de la oposición, podrá el interesado expresar que insiste en perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, caso en el cual se practicará el correspondiente avalúo; de lo contrario, se levantará el embargo".

En consecuencia, si no se insiste para que se remate un bien sometido a registro sin estar secuestrado es decir, que se remate el derecho de dominio sin posesión material, cuando se trata de bienes sometidos a registro, se levanta el embargo y no será posible continuar persiguiendo el bien dentro del proceso ejecutivo, pues se podrán rematar otros bienes si los hay, o denunciar unos nuevos conservando el proceso toda su eficacia.

11.2. *El auto que señala fecha para el remate*

Cumplidos los requisitos analizados anteriormente, procede el señalamiento de fecha para el remate el cual está informado por la regla técnica dispositiva, pues el juez no puede decretarlo de oficio ya que debe esperar a que exista petición de parte por así imponerlo el art. 448, norma que tiene un evidente sentido práctico pues darle la facultad oficiosa al juez para que lo haga poca utilidad tiene debido a que si no existe un sujeto interesado en que el bien se remate y asuma los gastos que demanda la diligencia, la inefectividad de la orden oficiosa sería ostensible, además de que la experiencia muestra que recargar al juez con

jggr

exceso de facultades oficiosas no trae consecuencias benéficas % para la celeridad de los procesos.

^ El derecho a pedir el remate no quedó radicado de manera exclusiva en cabeza del demandante: también puede pedirlo el demandado y el tercero que embargó el remanente, por expresa ||> permisión del art. 466 del CGP. Esto es lógico, pues bien puede suceder que el demandado esté interesado en que la subasta se g¡¡fr realice cuanto antes, para poder cumplir su obligación pronta- % mente con el producido de éste y reducir sus peijuicios y el ter- cero que embargó el remanente al tener esta especial habilitación queda a resguardo de maniobras de las partes en orden a paralizar el proceso en detrimento de sus intereses.

¡S|fr

En todo caso, frente a la disposición en estudio, debe existir la solicitud de sujeto procesal habilitado por la ley y no lo puede *J-* el juez señalar de oficio, aspecto que ha sido analizado por la | Corte al aseverar, en jurisprudencia que es de plena aplicación >.• que de así suceder se incurre en nulidad sustancial, al indicar que: 1% "De manera que si el remate se realiza sin mediar petición de par- te o porque contrariando la voluntad expresa de ellas se fijó fecha para la diligencia, como en este caso sucedió, la oficiosidad así W desplegada por el juez, se repite, no afecta la validez del remate como acto procesal, pero si incide en éste como acto civil o sus- L" tancial, porque la facultad de pedir la fecha para la diligencia en H; los términos del art. 523 del Código de Procedimiento Civil, emi-
-pf*
^|; nentemente dispositiva, no es un problema simplemente adjetivo
L como lo tilda el casacionista, sino la expresión en el proceso de
jy- un elemento de la esencia y existencia del contrato de Compráis»?

venta que perfecciona el remate: la voluntad, el consentimiento, "querer" el acto, según la palabra de Aliono".[45]

El artículo 448 establece una limitación respecto de la habilitación para solicitar el remate al indicar que en firme la providencia que ordena proseguir la ejecución, el ejecutante podrá pedir el señalamiento de fecha para el remate de bienes que lo permitan, siempre que se hayan embargado, secuestrado y avaluado aun cuando no esté en firme la liquidación del crédito, para adicionar que: " En firme esta, cualquiera de las partes podrá pedir el remate de dichos bienes"; norma que a más de relievar el carácter dispositivo de esta diligencia, establece que el ejecutante es el único habilitado para pedirla cuando está de por medio discusión en tomo a la liquidación del crédito, lo que significa que el auto que la aprobó ha sido recurrido por cualquiera de las partes.

El motivo por el cual se le permite en esta circunstancia sólo al acreedor demandante solicitar el remate, es que éste puede pedir su adjudicación, la cual podrá generar aspectos debatibles, en el evento de establecer el monto de la diferencia, de manera que si prefiere esperar a que esté definido el punto no se podrá señalar fecha para la subasta hasta que esto ocurra, sin peijuicio de que si quiere afrontar esos inconvenientes pueda, pero sólo él, pedir el señalamiento de la fecha.

El auto que señala fecha para el remate debe ser conocido por la colectividad, respetará los términos mínimos que para su realización se desprenden de lo señalado en el art. 450 del CGP

45 Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 1 de 2000, expediente 5517, ponente Dr. Jos? Femando RAMÍRJEZ GÓMEZ, interpretación que está ajustada a la ley.

y deberá cumplir las exigencias formales previstas en los seis numerales de la norma, al disponer que: "El remate se anunciará al público mediante la inclusión en un listado que se publicará por una sola vez en un periódico de amplia circulación en la localidad o, en su defecto, en otro medio masivo de comunicación que señale el juez. El listado se publicará el día domingo con antelación no inferior a diez (10) días a la fecha señalada para el remate, y en él se deberá indicar:

1. La fecha y hora en que se abrirá la licitación.

2. Los bienes materia del remate con indicación de su clase, especie y cantidad, si son muebles; si son inmuebles, la matrícula de su registro, si existiere, y la dirección o el lugar de ubicación.

3. El avalúo correspondiente a cada bien o grupo de bienes y la base de la licitación.

4. El número de radicación del expediente y el juzgado que hará el remate.

5. El nombre, la dirección y el número de teléfono del secuestre que mostrará los bienes objeto del remate.

6. El porcentaje que deba consignarse para hacer postura."

Respecto de la publicidad, debe anotarse que se debe hacer én uno de los periódicos de "amplia circulación en la localidad" y basta allegar "copia informal de la página del periódico"; empero, dispone el inciso final de esta norma que: "Cuando los bienes estén situados fuera del territorio del circuito a que corresponda el juzgado en donde se adelanta el proceso, la publicación deberá

hacerse en un medio de comunicación que circule en el lugar donde estén ubicados.", en relación con lo cual observo que obra la misma tan solo si los bienes están en territorio de otro circuito judicial, pero si están en un municipio distinto pero del mismo circuito no hay lugar a aplicarla.

También puede el juez disponer expresamente, pues no se trata de que elija la parte interesada, que el aviso se publique en "otro medio masivo de comunicación" como podría ser por radio, televisión o aún internet. En caso de silencio en el auto se entiende que debe ser publicado en un periódico que sigue siendo el medio más empleado.

Para demostrar que se hicieron las publicaciones, según el art. 450, "se agregarán al expediente antes de la apertura de la licitación", es decir antes de darse inicio a la subasta, de modo que incluso el mismo día de su iniciación es pertinente presentarlas, pues de lo que se trata es de tener la certeza de que se hicieron, sólo que la presentación de estos documentos se adiciona con otra exigencia, cual es la de que "deberá allegarse un certificado de tradición y libertad del inmueble actualizado, expedido dentro del mes anterior a la fecha prevista para la diligencia de remate", carga que tiene la finalidad de que se conozca de la manera más actualizada la situación jurídica del bien cuando se trata de rematar inmuebles, pues es posible que entre la fecha del embargo y la del remate se hayan presentado respecto del bien algunas alteraciones en su situación jurídica, por ejemplo un registro de demanda, de manera que así se protege mejor el interés de los postores.

Estimo que, por analogía, es pertinente el requisito siempre que se trate de rematar bienes sometidos a registro, que no son

únicamente los inmuebles, de modo que será esta una formalidad que deben tener muy en cuenta los interesados en que se lleve a cabo el remate y que, lo que importa es que esté cumplida, es decir que no interesa quien aporte copia del folio de matrícula inmobiliaria con el requisito de actualización citado.

La publicidad que recibe el remate tiene por objeto garantizar al máximo tanto los derechos del deudor como los del acreedor; mientras más interesados existan en la adquisición de los bienes, mejores serán los resultados del remate, con evidente beneficio para las dos partes.

Una vez ejecutoriada la providencia que señala la fecha para el remate, por expresa disposición del art. 448 del CGP "no procederán recusaciones al juez o al secretario" y si se llegan a dar deben ser rechazadas de plano sin necesidad de auto, porque el secretario se debe limitar a devolver el escrito, pues precisamente la norma tiene como expresa finalidad erradicar esta maniobra, de frecuente empleo, sólo destinada a dilatar e impedir la pronta subasta, además de que en esta etapa pocas decisiones de fondo restan.

En verdad, no debería de ser labor propia de los jueces la concerniente a rematar bienes, actividad netamente administrativa que pueden surtir con mayor eficacia entidades públicas o privadas dedicadas a tal tipo de labor, motivo por el cual no existe justificación alguna para pretender separar, en esta etapa del proceso al juez, so pretexto de causal de recusación, lo cual no obsta para que si el juez estima que debe declararse impedido lo haga, pues lo que se prohíbe es la recusación.

Precisamente el artículo 454 del CGP en sus dos parágrafos autoriza a comisionar para la diligencia de remate "a los Notarios, Centros de Arbitraje, Centros de Conciliación, Cámaras de Comercio o martillos legalmente autorizados. ", disposición que poca aceptación ha tenido en el medio, de ahí que la solución debería ser la de quitar definitivamente esta labor a los jueces, en la que tanto tiempo pierden con menoscabo de su función de administrar justicia.

Efectuadas las publicaciones los interesados en intervenir ofertando, de acuerdo con lo indicado en el art. 451 del CGP, deberá consignar previamente el 40% del avalúo del respectivo bien y "podrá hacer postura dentro de los cinco días anteriores al remate o en la oportunidad señalada en el artículo siguiente. Las ofertas serán reservadas y permanecerán bajo custodia del juez. No será necesaria la presencia en la subasta de quien hubiere hecho oferta dentro de ese plazo.", disposición que busca dificultar las maniobras de personas inescrupulosas en orden a impedir la libre actuación de los interesados en comprar, de modo que dentro de los cinco días anteriores al remate podrán presentar la constancia de la consignación de la garantía de seriedad de oferta junto con lo que ofrecen por el bien a rematar, lo que se debe hacer en sobre cerrado, de manera que al abrirse la licitación el juez hará pública las ofertas antecedentes y las que se presenten en la hora que dura abierta la misma y se desarrollará la diligencia para adjudicar a la más alta, sin peijuicio de que quienes ofertaron anticipadamente puedan estar presentes para formular propuesta por suma mayor, también en sobre cerrado.

En efecto, puede suceder que se oferte por una determinada suma antes del día del remate y que llegado el mismo y en el desarrollo de la subasta, ese oferente presente sobre cerrado en el que consigna una suma mayor de la inicial y a ella se estará para todos los efectos legales, proceder que no conculca ningún derecho ni de las partes ni de los otros interesados.

11.3. *La audiencia de remate. Los postores*

Postor es la persona, natural o jurídica, interesada en solicitar la adjudicación de un bien o conjunto de bienes que salen a remate, en suma quien ofrece comprarlo.

Para garantizar la seriedad de su oferta y evitar maniobras en orden a dificultar la venta, el postor, con una excepción, debe hacer una consignación a la orden del juzgado por el equivalente al 40% del valor del avalúo dado a los bienes, salvo si es un acreedor por cuenta de su crédito quien de acuerdo con el art. 451 del CGP debe consignar, cuando a ello hubiere lugar, hasta completar el 40% del avalúo.

Se resalta que se trata de "consignar" a la orden del juzgado "previamente en dinero", de ahí que el juez no puede aceptar como postor a quien se presente en el momento de la subasta y ofrezca entregar en dinero efectivo la garantía, pues la norma no lo permite y está bien que así se haga, para evitar riesgos innecesarios con el circulante.

La razón de esta base para hacer postura es darle seriedad . a la intervención del postor porque, de no ser así, podrán presentarse múltiples personas con fines puramente obstaculizadores de

la diligencia. Además, establecer una garantía para el caso de que adjudique el bien y el adquirente no cumpla sus obligaciones.

El acreedor, si es el de mejor derecho o es único ejecutante, puede no hacer consignación de seriedad de oferta cuando su crédito, que ya está liquidado, tenga un valor superior al 40% del valor del avalúo; si fuere inferior, debe consignar la diferencia por así disponerlo el inciso segundo del artículo 451 del CGP, aspecto que ilustro con el siguiente ejemplo: si el valor del crédito se liquidó en 15 millones de pesos y el avalúo del bien es de 100 millones, deberá consignar la suma de 25 millones si quiere hacer la postura porque sumado el valor de su crédito con lo consignado se completa la base de seriedad de oferta que es de 40 millones; pero si su crédito fuera de 40 millones o más nada debe consignar.

Obsérvese, además, que esta facultad tan sólo se le reserva al ejecutante único o al acreedor de mejor derecho, pues cuando existen varios ejecutantes del mismo derecho, él, o los que quieran participar en la subasta, independientemente de cuál sea el valor de sus créditos, deben consignar el 40% del valor de avalúo garantizándole así una total igualdad entre los acreedores del mismo derecho.

Es lógico el inciso segundo del art. 451, pues si existen varios acreedores de similar derecho (v. gr. quirografarios) y uno de ellos quedare exonerado de efectuar la consignación por el hecho de presentarse como postor, en caso de adjudicársele el bien subastado, el precio pagado por él no sería repartido proporcionalmente entre las diversas acreencias reconocidas.

Esto lleva además a otra conclusión: en esta hipótesis el acreedor favorecido debe consignar, por la misma razón, la dife- l'rencia que resulte entre el valor de la adjudicación y el 40% ya í'entregado, es decir que no se toma en cuenta la liquidación de f-su crédito porque existiendo varios acreedores de similar dere- cho desaparecen las prerrogativas que surgen del art. 451, inciso Asegundo, quedando el acreedor en idénticas condiciones a las de ¿cualquier tercero.

Imaginemos que en un proceso de ejecución, Pedro, Juan y ¿ Diego comparecen como acreedores quirografarios. Sus créditos han sido liquidados en 40, 10 y 20 millones de pesos, respecti- *i* vamente. El bien a rematar se avalúa en 50 millones, de modo 'que si fueran ejecutantes únicos o acreedores de mejor derecho quedarían exonerados de consignar el 40% del avalúo, o sea 20 ¡millones. Pero como éste no es el caso, quien desee presentarse ¡ como postor tiene que consignar veinte millones de pesos, como cualquier tercero. Si el bien se le adjudica a Pedro por la suma de ■ 50 millones, el no podrá limitarse a consignar la diferencia que resulte entre el valor de la adjudicación y la garantía de seriedad de oferta ($20.000.000), menos su crédito ($40.000.000.) porque : con este sistema se vulneran los derechos de los otros acreedores. Como cualquier tercero, Pedro tiene la obligación de consignar la diferencia, es decir 30 millones de pesos. Con el valor total obtenido en el remate el juez procederá a repartir el producido a prorrata de cada uno de los créditos.

;r Es necesario distinguir las hipótesis que se plantean en el inciso segundo del artículo 451 y el inciso tercero del artículo ’453 pues en ocasiones se estima que se trata de normas idénticas

cuando son complementarias. En efecto, las dos conciernen con la posibilidad de que un acreedor remate por cuenta de su crédito, pero la primera hace referencia a la consignación de la garantía de seriedad de oferta o sea el 40% del valor del avalúo, en tanto que la segunda se refiere al pago del saldo del precio en el evento de que se haya adjudicado el bien al acreedor que hizo postura, caso en el cual no está obligado a consignar el saldo del precio si el valor por el que se le adjudicó fuere igual o inferior a su crédito, en tanto que si es superior debe pagar la diferencia, aspecto que más adelante se explica.

La consignación para hacer postura no obliga a formularla, pues si llegado el momento del remate la persona no está interesada en adquirir el bien, puede retirar la oferta que presentó en sobre cerrado solicitando la devolución, caso en el cual se debe ordenar la restitución de la cantidad consignada, facultad que tan solo puede ejercitar hasta antes de la apertura de la licitación.

En suma, la garantía que el estatuto procesal establece en el art. 451 sólo tiene eficacia cuando el interesado se presenta en la diligencia de remate, formula oferta o mantiene la presentada dentro de los cinco días anteriores y resulta favorecido con la adjudicación; si así no ocurre, tendrá derecho para que de inmediato se ordene la restitución de la cantidad consignada, tal como lo advierte el inciso tercero del art. 452, porque lo que vincula es la oferta que hace antes, la que una vez formulada, abierta la licitación no puede retirarse, como tampoco lo pueden ser las que se presenten en el curso de la diligencia, pues la seriedad propia de las actuaciones judiciales no permite que quede sometida al cambio de parecer de quien se arrepiente ya abierta la licitación,

? aspecto que no es nada diverso al desarrollo de lo señalado en el [u] *órt.* 846 del C. de Co. que señala que "la propuesta será irrevoca- ′ ble", irrevocabilidad que surge de presentar la propuesta en sobre ; ¿errado una vez abierta la licitación o no haber retirado antes de ese momento la presentada dentro de los cinco días anteriores.

En resumen, hasta antes de que el secretario del juzgado, T pues esta labor corresponde al mismo según el art. 452, abra la licitación que no es nada diverso a que exhorte "a los presentes para que presenten sus ofertas en sobre cerrado dentro de la hora" pueden, los que presentaron propuestas con anterioridad, retirarlas sin ninguna consecuencia, para lo que harán la expresa manifestación de la que debe quedar constancia en el acta, el juez debe adjudicar el bien a quien realizó la mayor oferta, sin permitir que se desista de ella, pues no se puede perder de vista que el art. 452 en su inciso primero resalta que "La oferta es irrevocable", irrevocabilidad que obra de acuerdo con lo antes expuesto.

Al aceptarse esa vinculación definitiva del postor, la diligencia se rodea de toda suerte de garantías y llegado el caso, puede aplicarse el art. 453 que prevé como sanción la improbación del remate, si quien recibió la adjudicación del bien no paga el saldo del precio dentro del término legal.

El artículo 452 del CGP dispone que llegados el día y la hora del remate, el secretario del juzgado, una vez abra la licita- : ción, que lo será cuando se inicia la hora señalada, procederá a & recibir las ofertas que se presenten en sobre cerrado para lo que -debe dejar constancia escrita de su orden de presentación y ade- , más debe informar acerca de las que se presentaron con anterioridad y su orden de radicación.

El tiempo hábil para presentar ofertas es de una hora. Vencida la misma, el juez, no el secretario, "abrirá los sobres y leerá las ofertas que reúnan los requisitos legales", es decir que debe verificar que esté el recibo de la consignación por el 40% del avalúo y que la propuesta sea igual o superior al 70% del mismo y adjudicará el bien al mejor postor, sin que importe para nada que el subastante esté o no presente.

En el sistema del CGP no existe la posibilidad de presentar nueva propuesta que supere la más alta, de manera que el sistema de pujas y repujas que puede darse en otro tipo de subastas no se aplica para los remates judiciales o los que se realicen por las entidades autorizadas para llevarlos a cabo, con lo que se asegura que el ofertante consignará el valor máximo que está dispuesto a pagar, pues sabe que no podrá mejorar el propuesto, lo que sin duda reviste de máxima celeridad a la diligencia, garantiza una pronta culminación y evita maniobras torticeras[46].

Como circunstancia excepcional que permite nuevas ofertas, se contempla el caso de que sean iguales varias de las presentadas, es decir que exista un empate, lo que resuelve el inciso segundo del art. 452 al señalar que "En caso de empate, el juez invitará a los postores empatados que se encuentren presentes, para que, si lo consideran, incrementen su oferta, y adjudicará al mejor postor. En caso de que ninguno incremente la oferta el bien será adjudicado al postor empatado que primero haya ofertado."

46 Indudablemente ha sido un acierto del CGP la reestructuración del sistema de subasta judicial, pues al eliminar la práctica de "pujas y repujas", erradicó la nefasta "mafia" de los remates, debido a que el procedimiento descrito impide que realicen las maniobras intimidatorias en veces y de soborno respecto de otros postores interesados cuando se actuaba de viva voz.

Además, se prevé, en el caso que existan para ser rematados í inmuebles que se hubieren dividido en lotes, que si para el pago al acreedor es suficiente el precio obtenido por el remate de uno o V de algunos de ellos, "la subasta se limitará a éstos en el orden en ! que se hayan formulado las ofertas", aspecto que debe precisar el f juez y que no es obstáculo para que si el ejecutado pide que no se -¿ limite el remate, seguir adelante con la venta de todos, de existir 1 postores.

Señala el inciso séptimo del art. 452 del CGP que "El apoderado que licite o solicite adjudicación en nombre de su representado, requerirá facultad expresa. Nadie podrá licitar por un tercero si no presenta poder debidamente otorgado" nonna que presenta dos aspectos; el primero deja claro que la facultad de ofertar en el apoderado judicial de la parte no se presume sino que debe ser expresa, circunstancia que se salva fácilmente de dos maneras: la primera colocando en los poderes la expresa facultad para ofertar en remate como una de las adicionales a las ya usuales de recibir y transigir; en suma indicar que tiene autorización para presentar ofertas en caso de remate por cuenta del crédito y la segunda adicionando el poder con esa expresa facultad.

Si se trata de terceros, basta designar un apoderado, que puede ser o no abogado, otorgando un poder para el caso específico.[47]

De lo ocurrido en la diligencia de remate deberá extenderse un acta donde constará la fecha y hora de la diligencia, tanto la de iniciación como la de cierre de la subasta, designación de las

47 Esta norma tiene poca utilidad por ser un rezago del eliminado sistema de propuestas de viva voz.

partes, las dos mejores ofertas que se efectuaron y el nombre de los postores, señalamiento del postor a quien se adjudicó el bien junto con la descripción de éste, y tratándose de bienes sujetos a registro, la procedencia del dominio del ejecutado *;* por último, el precio del remate, es decir, la cantidad por la cual se *realizó* la adjudicación, cifra que sirve para determinar el saldo que el rematante debe consignar dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la diligencia.

Llamo la atención acerca de que el numeral 4 del art. 452 en lo que concierne con el requisito del acta de remate atinente a "la determinación de los bienes rematados", en especial cuando se trata de inmuebles, lo que persigue es que quede claramente determinado el objeto que se transfiere, de ahí que si se trata de bienes inmuebles con señalar su nomenclatura si es urbano o el nombre si es rural, más la referencia al número de folio de matrícula inmobiliaria, se cumple con el requisito, sin que sea necesaria la fatigosa e innecesaria tarea de transcribir los linderos, pues de lo que se trata es de consignar los datos que identifiquen el bien y permitan el registro y los mencionados son más que suficientes para el fin, tanto más si se recuerda que en el acta de remate es necesario señalar "la procedencia del dominio del ejecutado si se tratare de bienes sujetos a registro".

Por eso es acertada la interpretación que mantiene su vigencia orientadora, del Tribunal de Bogotá[48] al señalar que "Los requerimientos formales del acta de remate, en el punto que se analiza, genéricamente exigen la determinación de los bienes re-

48 Tribunal de Bogotá, auto de CI-59 de febrero 21 de 1994, ponente Dr. Alfonso Guarín, publicado en *Código de Procedimiento Civil* Legis, § 2893.

! matados. Pero, en opinión de la Sala, es claro admitir que si el aviso de remate entiende como signo inequívoco de individuali- J:' zación la matrícula de los bienes inmuebles, si existe, el lugar de ;; ubicación y su nomenclatura o nombre, pues sólo en ausencia de Sí lo último se requieren sus linderos, que aquella subsume, síguese p: que conjugando el citado artículo 525-2 con el 527-4 ibídem, pue- É r dé válidamente concluirse que basta la consignación de la matri- t:: cula inmobiliaria, ubicación y nomenclatura para que *se* entienda v. determinado el inmueble que *es materia* de *subasta* pública.

"Las normas procedimentales tienen una relación ontológi- éa que precisa su finalidad. Por eso su interpretación debe corresponder al todo armónico del proceso y a la función de su destino, de la manera como lo ha reiterado la doctrina de esta ciencia del P derecho. Por tanto, si actualmente el legislador entiende que el í,' número de matrícula de un bien inmueble implica su determina- • ción administrativa con efecto de remate, que no otra cosa supone i; las actuales formalidades del aviso que lo antecede, por contera tiene que aceptarse que la determinación de bienes que menciona % él artículo 527-4 ibídem, como se dijo, se satisface con el citado número de matrícula y la nomenclatura urbana o su nombre".

En la misma audiencia de remate debe el juez dictar el auto | disponiendo que las sumas depositadas para hacer postura por los %- licitantes vencidos, o los que oportunamente retiraron sus ofertas, | . se les devolverán de inmediato,

Incluso veo posible que una persona que estuvo interesada % y posteriormente desistió de ofertar no obstante lo cual alcanzó a consignar, se presente a la diligencia con el único objeto de pedir l^que se ordene la devolución de su dinero, con lo cual puede evitar

memorial en tal sentido y auto separado ordenando lo anterior, como se impone en todos aquellos casos donde es necesario devolver sumas de garantías de seriedad de oferta, tal como sucede, por ejemplo al quedar desierto un remate o tomarse fallido.

Ahora bien, cuando abierta la licitación no se presentó ninguna persona que ofreciera comprar el bien, en el acta se debe dejar la correspondiente constancia de deserción del remate.

Señala el inciso quinto del art. 452 que: "Cuando el inmueble objeto de la diligencia se hubiere dividido en lotes, si para el pago al acreedor es suficiente el precio obtenido por el remate de uno o algunos de ellos, la subasta se limitará a éstos en el orden en que se hayan formulado las ofertas.", norma que requiere de ser precisada pues, en principio, no claro su tenor.

Ya se explicó que como resultado del loteo se presentaba la individualización de varios bienes para rematar de modo que es claro que si del producido de uno de ellos se cuenta con lo suficiente para cubrir lo cobrado, es innecesario subastar los restantes.

El problema surge del sistema de remate debido a que solo cuando se abren las ofertas, se sabe si la suma ofrecida cumple el cometido antes señalado. En este evento, el juez debe adjudicar el lote que produjo lo suficiente para pagar el crédito y negar las propuestas que corresponden a los restantes, debiendo preferir la propuesta suficiente que primero se presentó.

Un ejemplo ilustra lo anterior: un inmueble de cien hectáreas se loteó en cuatro unidades, cada una de las que cuenta con su respectivo avalúo y el crédito a pagar prudenciaímente calculado

llega a 100 millones de pesos. Salen todos los bienes a subasta y al terminar la misma, se encuentra que por uno de ellos se ofrece pagar $130 millones de pesos, por otro $50 millones y por los dos restantes 140 millones por cada uno. Como tres de las ofertas generan un ingreso que cubre a cabalidad lo cobrado, el juez dentro de la diligencia de subasta debe aplicar la norma transcrita y, considerando que quien primero ofertó, que es la guía legal, fue el que ofreció 130 millones a él se le adjudica el bien y se declara que respecto de los otros tres lotes no procede el remate.

Dispone también el art. 452 en su inciso sexto, que: "Si al tiempo del remate la cosa rematada tiene el carácter de litigiosa, el rematante se tendrá como cesionario del derecho litigioso", norma que amerita de una especial explicación.

Se debe recordar que la diligencia de remate no tiene consecuencia diversa a la de transferir al rematante los derechos que sobre el bien tiene el ejecutado sin alteración alguna, salvo la cancelación de hipotecas y prendas que lo afectaren. De resto, lo que se adquiere en remate es el mismo derecho del ejecutado, con todos sus gravámenes y vicisitudes.

Por ese motivo un bien embargado no está exento de que respecto de él se inscriba una demanda en los casos que permite el art. 591 del CGP., o sea, básicamente cuando se controvierten derechos reales respecto de mismo, por así indicarlo de manera expresa el tercero de dicha norma al señalar que: "La vigencia del registro de otra demanda o de un embargo, no impedirá el de una demanda posterior, ni el de una demanda el de un embargo posterior".

Como la inscripción de la demanda es oponible respecto de quienes adquieren el bien con posterioridad a su registro, si al rematarse un bien sometido al mismo existía un registro de demanda, dado que la transferencia del derecho de dominio tan sólo se da con la diligencia de remate, el rematante queda sometido a los efectos del registro de la demanda, de manera igual a como lo hubiera estado el ejecutado, caso de no habérsele embargado el bien, de ahí que adquiere el carácter de cesionario del derecho litigioso, porque eso era lo que tenía el ejecutado. Lo anterior pone de presente el especial cuidado que deben tener los abogados que asesoran en remates para, cuando se trata de bienes sometidos a registro, observar la precaución de estudiar un certificado de tradición inmediatamente reciente a la fecha del remate, y no confiar en que como el bien está embargado y secuestrado no operó, en el entretanto, ningún cambio en la situación jurídica del mismo, imprevisión que puede comprometer seriamente su responsabilidad profesional.

11.3.1. *El remate por juez comisionado*

Tal como antes se mencionó cuando se estudió lo referente a la publicación del aviso de remate, si los bienes se encuentran en lugar diferente de aquel en donde se adelante el proceso dado que para embargar y secuestrar bienes basta que éstos sean de propiedad del deudor sin que interese para nada su ubicación, el art. 454 del CGP permite que se lleve a cabo el remate por intermedio de un juez comisionado, debido a que puede resultar más eficaz que los bienes se rematen en el sitio en donde se encuentran por el conocimiento que de ellos se tiene, que supone un mayor interés en su adquisición. Basta que cualquiera de las partes

así lo solicite, de ahí que no es ésta una prerrogativa exclusiva del ejecutante y no es viable que lo haga de oficio el juez..

El juez comisionado sólo podrá adelantar las diligencias propias del remate, es decir, desde el señalamiento de fecha hasta el vencimiento del término para consignar, tres días después de la subasta, hecho lo cual debe remitir lo actuado al juez comitente para que éste tome las medidas pertinentes aprobación o improbación del remate, señalamiento de nueva fecha si la licitación es declarada desierta y, de ser el caso, una nueva comisión.

Según el inciso segundo del art. 454 el comisionado está "facultado para recibir los títulos de consignación para hacer postura[49] y el saldo del precio del remate, los cuales deberán hacerse a la orden del comitente y enviarse a éste por el comisionado junto con el despacho comisorio. Si el rematante no consigna oportunamente el saldo, así lo hará constar el comisionado a continuación del acta de la diligencia, para que el comitente resuelva lo que fuere pertinente", lo cual pone de presente que el comisionado carece de facultades para declarar improbado el remate, pero sí las tiene para recibir los títulos que den cuenta de la consignación pertinente, así como el del saldo del precio del remate, títulos que se deben consignar no a la orden del comisionado sino del comitente.

49 El parágrafo tercero de esta norma señala que:" No se requerirá la entrega material de los títulos de que trata el inciso segundo del presente artículo cuando éstos se encuentren desmaterializados. En estos casos, la verificación se hará a través de la consulta del sistema de información del banco respectivo.", con lo que se prevé la implantación de las importantes reformas en esta materia.

En efecto, conociéndose la lentitud de los trámites banca- dos correspondientes a las consignaciones judiciales, obliga el inciso segundo del artículo 454 que las consignaciones se realicen a la orden del juez comitente, no del comisionado, a fin de evitar el calvario que demanda lo que debería ser una labor simple y ágil, traspasar esas sumas de la cuenta de un juzgado a otro.

Ahora bien, es de suponer que con el cubrimiento nacional de las entidades bancadas y, en especial del Banco Agrario que tantos beneficios recibe de las cuentas judiciales, dicha entidad disponga lo pertinente para que esas consignaciones a orden del juzgado comitente puedan hacerse desde cualquier ciudad del país, en especial en las que tienen su sede en el municipio donde está el juez comisionado y no obligar a tener que acudir a las oficinas del municipio donde tiene su sede el juzgado comitente.

Los jueces comitentes deben ser particularmente cuidadosos al remitir el despacho comisorio e indicar todos los datos que se requieren para el remate, como el avalúo, la discriminación exacta de los bienes a subastar, la liquidación del crédito, dato importante para el caso en que un acreedor quiera adquirir y la base para hacer postura.

11.3.2. *El remate por otros comisionados*

El parágrafo primero del artículo 454. dispone que: " A petición de quien tenga derecho a solicitar el remate de los bienes, se podrá comisionar a las Notarías, Centros de Arbitraje, Cámaras de Comercio o Martillos legalmente autorizados.", y adiciona en el siguiente inciso que "Las tarifas, expensas y gastos que se causen por el remate ante das mencionadas entidades, serán sufragadas

por quien solicitó el remate, no serán reembolsables y tampoco tenidas en cuenta para efectos de la liquidación de las costas."

Con relación a lo transcrito y referida a pasadas regulaciones acerca del mismo punto, se destaca que la Corte Constitucional[50] avaló la constitucionalidad de la iniciativa condicionándola a que no queden a cargo de esas entidades "determinaciones de carácter jurisdiccional que hayan de adoptarse con ocasión de la subasta, las cuales corresponden con exclusividad al juez....el papel de dichos particulares se limitará entonces a la realización de las diligencias de remate, es decir en su calidad de meros ejecutores de las decisiones judiciales", interpretación que, además, es idéntica a la que surge del art. 454 en la parte atinente a la comisión a otro juez quien, que como se ha visto de lo explicado, se limita exclusivamente a la diligencia de remate.

No sobra advertir que el decreto 890 de 2003 reglamentario del art. 58 de la ley 794 de 2003, al quedar derogada la ley en cita por el art. 626 del CGP no tiene vigencia pero puede ser la base para futuras reglamentaciones en este campo.

11.4. *Actuaciones posteriores a la diligencia de remate*

Practicada la diligencia de remate y adjudicado el bien objeto de la licitación, deben cumplirse los trámites procesales para perfeccionar el remate como negocio jurídico traslaticio del dominio.

El rematante, o sea el postor que ofreció la suma más alta por el bien y obtuvo su adjudicación, debe consignar "el saldo

50 Corte Constitucional. Sentencia C-798 de septiembre 16 de 2003

del precio", descontada la suma que depositó para hacer postura, 40% del valor del avalúo. La diferencia debe ser consignada dentro del plazo de cinco días, contados a partir del día hábil inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la adjudicación, término inmodificable, dentro del cual además debe pagar el impuesto de remate de que trata la ley 11 de 1987[51]. Si vence el término legal sin que se haya pagado el saldo y el impuesto, el rematante pierde la mitad de la suma que consignó a título de multa porque se declarará improbado el remate.

Deben entonces quienes rematan tener presente que dentro del plazo con que cuentan para pagar el saldo no sólo se debe cancelar éste, sino también el valor adicional del 3% sobre el monto de la adjudicación, en forma tal que si sólo pagan el primero mas no el impuesto, dentro del término se impondrá la sanción de improbación, la cual irá para el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia por ser multa (art. 4, ley 11 de 1987).

Ahora bien, en la hipótesis de que existan varios acreedores pero uno de ellos es privilegiado, puede rematar por cuenta de su crédito, pero el remate sólo se aprueba si consigna el valor necesario para garantizar el pago de las "costas causadas en interés general de los acreedores, a menos que exista saldo del precio suficiente para el pago de ellos", con lo cual se establece

51 La ley 11 de 1987 estableció en su artículo 7 que: "Los adquirentes en remates de bienes muebles e inmuebles que se realicen por el Martillo del Banco Popular, el Fondo Rotatorio de Aduanas, los juzgados civiles, los juzgados laborales y demás entidades de los órdenes nacional, departamental y municipal, pagarán un impuesto del 3% sobre el valor final del remate, con destino al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Sin el lleno de este requisito no se dará aprobación a la diligencia respectiva."

que al menos las agencias en derecho y gastos del proceso en que incurrieron otros acreedores serán recuperadas, pues no sería equitativo permitir que el acreedor de mejor derecho, en caso de insuficiencia de saldo para atenderlas, se beneficiara de esos gastos, a más de que de acuerdo con el art. 2495 del C.C. son créditos privilegiados de la primera clase los que "nacen de las causas que en seguida se enumeran: 1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores."

El acreedor que remata por cuenta de su crédito también está sujeto a la obligación de consignar el saldo a su cargo si lo hubiere, dentro del plazo legal. Si vencido ese plazo no ha pagado, puede ver reducida su acreencia con dinero de su propio peculio, lo que pone de presente que en este caso la sanción de improbación no genera una multa en favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, sino que favorece directamente al deudor pues se reduce la deuda en un monto igual al 20% del valor del avalúo.

De conformidad con el inciso tercero del art. 453 del CGP el acreedor que remata "por cuenta de su crédito, y éste fuere inferior al precio del remate, deberá consignar el saldo del precio a órdenes del juzgado del conocimiento", por lo que es necesario establecer como se precisa ese saldo.

Al respecto se debe recordar que para decretar el remate, el valor del crédito y las costas debe estar liquidado con anterioridad, obteniéndose una base exacta para conocer el monto de la obligación en favor del acreedor, si éste remata, en cuanto a la diferencia que debe pagar, si a ella hubiere lugar, que es la canti

dad que resulte de restar al precio de adjudicación el valor de la liquidación del crédito y las costas.

El acreedor debe tener presente que el saldo se establece restando del valor de su crédito liquidado el valor de adjudicación, sin que interese para nada que entre el momento de la liquidación del crédito y el remate haya transcurrido un tiempo más o menos largo que determina un aumento en el crédito en favor del demandante; en tal caso, se debe consignar sobre la base de la liquidación existente, sin peijuicio de presentar liquidación adicional del crédito hasta la fecha y solicitar la devolución del mayor valor que haya podido pagar. Si nada hace en espera de que se apruebe la liquidación adicional corre el peligro de que se impruebe el remate y se castigue su crédito en el 20% del valor del avalúo.

Conocí un caso en que el acreedor remataba por cuenta de su crédito, liquidado varios meses antes del remate. El apoderado del acreedor adujo que desde la fecha de la liquidación hasta la de la consignación, había aumentado el valor del crédito (mayores intereses y nuevos gastos) y por ende el saldo era menor, como en efecto ocurría. Presentó una liquidación adicional a fin de consignar exactamente el saldo a su cargo, pero se encontró que el juzgado improbó el remate, por cuanto el término previsto en el art. 453 no está sometido a este tipo de solución, pues no depende de que se agote el trámite para la liquidación adicional.

En un evento como éste el proceso puede terminar por pago de la obligación como consecuencia de la imposición de la sanción del 20% del valor del avalúo, que en esta hipótesis, como ya se dijo, no va para el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia,

sino que beneficia directamente al ejecutado, porque su deuda se disminuye en un valor equivalente al 20% del avalúo, de donde se explica el porqué del inciso final del art. 453 en señalar que se podrá decretar "la extinción del crédito del rematante", si el valor del crédito en inferior a ese porcentaje.

En efecto, supongamos que el crédito liquidado tiene un valor de 18 millones de pesos y que el 50% de la garantía para hacer postura fue de 20 millones, la cual se pierde en favor del ejecutado; aquí no sólo puede quedar pagada la suma que se cobraba ejecutivamente, sino, inclusive, sobra un remanente que no va para el ejecutado debido a que la norma se limita a señalar que en esta hipótesis "se decretará la extinción del crédito del rematante", lo que aleja la idea de que se le deba devolver dinero a ese deudor, como serían los dos millones del ejemplo.

Alrededor del art. 453 surge otro interrogante de importancia y es el referente a si el pago del saldo debe hacerse consignando por medio del juzgado o basta un memorial firmado por las partes en que conste la cancelación de ese saldo.

Con criterio exegético, el saldo necesariamente debe pagarse por intermedio del juzgado, por cuanto la norma prescribe "consignar el saldo del precio a órdenes del juzgado de conocimiento" y el inciso segundo de la misma disposición señala que cuando no se haga oportunamente la consignación se improbará el remate.

Es decir, en principio, remate quien remate, tercero o acreedor por cuenta del crédito, el pago del saldo debe hacerse con

signando en el juzgado, para que éste entregue el valor a quien corresponda.

De otra parte, el numeral 7º del art. 455, dispone que en el auto aprobatorio del remate se debe ordenar la entrega del producto de éste al acreedor y del remanente al ejecutado, si no estuviere embargado, o sea, que la entrega del dinero, el pago, lo debe hacer el juzgado.

No obstante, consultando la finalidad de la disposición podría aceptarse en ciertos casos que basta la simple manifestación de pago hecha por las partes, con efectos plenamente liberatorios. En efecto, piénsese en que se remata un bien y la totalidad del producto debe entregarse al ejecutante único, quien dentro de cinco días manifiesta que ya recibió ese dinero. No veo razón alguna para que no pueda aprobarse el remate, pues no se viola ningún derecho de terceros, se respeta la autonomía de las partes y representa menos trabajo para el juzgado.

En conclusión, si no se vulneran derechos de terceros, todas las manifestaciones efectuadas por los interesados con ocasión del pago del saldo deberían ser atendidas sin exigir perentoriamente, y en todos los eventos, que aparezca la consignación del saldo a órdenes del juzgado.

Este concepto se basa en la interpretación teleológica de la norma. No obstante, conocedores del criterio eminentemente exegético que preside la hermenéutica de algunos jueces, no vacilo en recomendar el sistema de la consignación a órdenes del juzgado para evitar desagradables consecuencias o por lo menos innecesarios debates.

11.5. *Aprobación del remate*

Dispone el artículo 455 del CGP en su inciso primero que pagado oportunamente el precio, el juez aprobará el remate dentro de los cinco días siguientes mediante auto en el cual debe disponer la cancelación de los gravámenes prendarios o hipotecarios pues para que pudieran hacer valer sus derechos se citó a tales acreedores; también se cancelan la afectación a vivienda familiar y el patrimonio de familia.

Empero reitero que las condiciones resolutorias, los pactos de retroventa, servidumbres o cualquier otro gravamen sobre el bien, especialmente cuando versan sobre bienes sometidos a registro como los inmuebles y han sido debidamente registrados, no quedan cancelados por el remate del bien, puesto que no es posible pretender que los titulares de esas relaciones jurídicas se presenten al proceso para impedir la subasta. No tienen facultad para hacerlo, de una parte y de la otra, el traspaso del dominio, salvo prendas e hipotecas, se hace en las mismas condiciones en que lo tenía el ejecutado, de ahí el motivo de ser del numeral lo del art. 455.

Pongo por caso un bien sometido a fideicomiso civil. Si al fiduciario se le embarga y secuestra el bien, se remata y otra persona ocupa su lugar como nuevo propietario, la expectativa del beneficiario no se extingue: cumplida la condición puede exigir se le restituya el bien por el actual propietario, sin que le sea oponible la adquisición dentro del remate. Y es que, de no ser así, se abriría un fácil camino para dejar sin efecto el fideicomiso, el pacto debidamente celebrado o eludir la condición resolutoria.

Cuando se trata de inmuebles el adquirente del bien conoce todas esas circunstancias; su obligación es estudiar la titulación, y si compra no puede alegar que las ignora. Por el remate, *no se transfieren más derechos ni otros diferentes de los que tenía el demandado.*

Distinto es el caso del gravamen hipotecario o prendario, pues sus titulares como se estudiará deben ser citados al proceso y dentro de él o en proceso separado pueden hacer valer sus derechos; si no lo hacen oportunamente, el remate extingue estos gravámenes, mas no las obligaciones que siguen vigentes con garantía personal.

El auto aprobatorio debe disponer que el secuestre entregue el bien al rematante. Si el secuestre incumple la orden recibida, se procede de conformidad con el art. 456 del CGP, esto es, si han pasado tres días desde la entrega de la comunicación y el secuestre no ha cumplido, se solicita al juez que proceda a entregar los bienes mediante diligencia en la cual no se admite ninguna oposición. El secuestre no puede alegar derecho de retención por la indemnización que le pueda corresponder con base en el art. 2259 del C. C., restitución de expensas hechas para mantener el bien en forma adecuada, pero conserva la facultad de obtener el pago de esas sumas con el producto del remate. En síntesis, la diligencia se efectúa sin atender ninguna oposición ni posposición.

El auto también debe ordenar la cancelación del embargo y secuestro, con el fin de que la entrega pueda hacerse libre de esa restricción. Si se trata de inmuebles o muebles sujetos a registro se registrará el remate, para lo cual es menester llevar a la oficina de registro' la copia respectiva de la actuación (acta de la

diligencia de remate en donde se hizo la adjudicación y el auto aprobatorio de éste, lo que también se ordena en el auto), que posteriormente debe protocolizarse en una notaría del lugar y las que deben ser entregadas por el secretario a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la expedición del auto aprobatorio.

El num. 7 del art. 455 prescribe que el auto debe ordenar "la entrega del producto del remate al acreedor hasta concurrencia de su crédito y las costas, y del remanente al ejecutado, si no estuviere embargado". Es decir, la entrega debe hacerse inmediatamente quede ejecutoriado el auto que aprueba el remate.

Para entregar el precio del remate al acreedor no es necesario esperar que se inscriba el remate, por cuanto la norma no exige tal requisito y porque además, el registro del remate es un acto que corresponde al rematante (no al acreedor) quien no tendrá ningún problema, pues al estar el bien fuera del comercio y decretarse el desembargo en ese momento (el oficio de desembargo se lleva al registro con la copia del remate para su inscripción) se asegura que el registro siempre se cumplirá, lo que no sucede en las compraventas por escritura pública en las que suelen surgir circunstancias que impiden el registro, entre el momento en que se firma la escritura hasta cuando ella se lleva al registro.

El evento que hallo donde es posible suspender la entrega del dinero es el previsto en el artículo 456 del CGP, al remitirse al art. 2259 del C. C. en virtud del cual "El depositante debe indemnizar al depositario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder, como también de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito", las que de

acuerdo con la norma procesal serán pagadas "por el juez con el producto del remate, antes de entregarlo a las partes", regulación que no toca con el rematante sino con las partes que son las que tienen derecho a que con el dinero producto del remate se les pague su acreencia y se les reintegre el saldo que pueda quedar.

Empero esto no es posible mientras el secuestre no demuestre el derecho a la indemnización de que trata el referido art. 2259 del C. C., que es distinto del derecho que le asiste para que se le cancelen sus honorarios. De forma tal que mientras el secuestre cumple su obligación de demostrar el monto de su derecho no se podrá disponer del producido del remate.

Y es que art. 456 del CGP no soluciona el problema porque el juez no puede deducir del producto del remate la suma que corresponde al secuestre por la mencionada indemnización y hasta tanto ésta no quede liquidada la eventual acreencia del secuestre, no se puede entregar el producido del remate.

Surge de inmediato la inquietud referente a cuál es el plazo que tiene el secuestre para presentar la solicitud de indemnización del art. 2259 de C.C. y se encuentra el intérprete con que el CGP no lo previo, como si lo hacía el derogado Código de Procedimiento Civil cuyo 689, respecto del cual no existe en el CGP norma equivalente, indicaba que el secuestre disponía de diez días después de llevada a cabo la diligencia de entrega, momento en el cual cesan sus funciones. Vencido tal plazo, si el secuestre no ha cumplido con el deber de rendir cuentas, el dinero del remate podrá entregarse a quien corresponda, quedando a salvo su derecho a obtener el pago de las sumas que se le adeuden, pero sin que esté garantizado por el dinero producto del remate.

Considero que la solución a este vacío está en interpretar el numeral 7 del art. 455 del CGP en el sentido de entender que el mismo se refiere al secuestre, lo que permite llegar a una solución similar a la prevista en la derogada legislación.

En efecto, destaco que esta hipótesis infortunadamente no quedó claramente cobijada por lo señalado en el numeral 7 del art. 455 del CGP que señala que en el auto aprobatorio del remate el juez ordenará : " La entrega del producto del remate al acreedor hasta concurrencia de su crédito y las costas, y del remanente al ejecutado, si no estuviere embargado. Sin embargo, del producto del remate el juez deberá reservar la suma necesaria para el pago de impuestos, servicios públicos, cuotas de administración y gastos de parqueo o depósito que se causen hasta la entrega del bien rematado. Si dentro de los diez (10) días siguientes a la entrega del bien al rematante, éste no demuestra el monto de las deudas por tales conceptos, el juez ordenará entregar a las partes el dinero reservado.", disposición incongruente debido a que esos gastos jamás los realizó el rematante, que es quien se radica la carga de rendir esas cuentas, que corresponden a rubros por conceptos anteriores que jamás pudo erogar, por la elemental razón de que tan solo se le vino a entregar el bien por el secuestre y esos gastos se deben reintegrar hasta el día de la entrega por el secuestre y por lo mismo, mal puede el rematante rendir cuentas de ellos.

Así las cosas, se tiene que si se entiende la disposición en el sentido de que "este" no es el rematante sino el secuestre, se subsana el vacío debido a que las erogaciones por "el pago de impuestos, servicios públicos, cuotas de administración y gastos de parqueo o depósito que se causen hasta la entrega del bien

rematado", si alguien la realizó fue el secuestre y no el rematante como erradamente lo indica la norma, de ahí que si dentro de ese plazo de diez días no presenta las cuentas que corresponde a las del 2259 del C.C., se entrega el producido del remate a quien corresponda.

11.5.1 *Remate improbado, desierto y fallido*

Los conceptos antes explicados permiten establecer la diferencia que existe entre estas diversas figuras, que se prestan a confusión.

Habrá remate improbado cuando realizada la subasta y adjudicado el bien al rematante, no consigna el saldo del precio y el impuesto dentro del término legal de cinco días . En este caso, como se explicó, la mitad de la suma consignada para hacer postura, salvo una excepción, se pierde "a título de multa" y se señalará fecha para otro remate.

El remate desierto tiene lugar cuando, abierta la subasta[52] no se presenta postor interesado en adquirir el bien, sin que sea necesario ninguna providencia que lo declare; basta la constancia secretarial acerca del hecho.

En estos dos eventos se señalará fecha para nueva diligencia de remate y como lo señala el inciso primero del art. 457 "se

52 Es requisito indispensable para que quede desierto un remate, que la licitación se abra, esto es, que quienes eventualmente estén interesados en su compra hayan tenido la posibilidad de ofertar por el bien por el término legal mínimo de una hora, sin que se presenten posturas. Si un eventual interesado efectúa la consignación pero sin hacerse presente dentro de la subasta igualmente opera la deserción del remate.

procederá a repetirlo y será postura admisible la misma que rigió para el anterior"; empero cuando el remate queda desierto por segunda vez cualquiera de los acreedores tal como antes se explicó, podrá aportar un nuevo avalúo.

Habrá remate fallido cuando no se cumple la diligencia de remate debido a circunstancias que impiden abrir la licitación, v. gr., porque el día señalado, no obstante haberse reunido todos los requisitos, el juzgado se hallaba cerrado, o estando abierto el juez no asistió ai despacho y no fue posible la apertura de la licitación. En este evento se señalará nueva fecha en las mismas condiciones previstas para la diligencia que no pudo iniciarse.

11.5.2, *La nulidad del remate*

Especial mención requiere el aspecto relacionado con la nulidad del remate, tema frente al cual destaco que dentro de las causales de nulidad de todo proceso no se ha tipificado ninguna que sea predicable de manera específica de la tramitación propia del remate, tal como se desprende del anáfisis del art. 133 del CGP.

No obstante en el desarrollo del proceso ejecutivo el Código realiza unas específicas menciones al tema de la nulidad del remate y es así como el art. 448 en el inciso tercero destaca que para señalar fecha de remate el juez "realizará el control de legalidad para sanear las irregularidades que puedan acarrear nulidad", lo cual presupone que cualquier irregularidad anterior que ha podido existir, si nada se objetó, quedó saneada y no es viable posteriormente buscar vicios del procedimiento anteriores a dicha providencia.

El art. 452 del CGP menciona que dentro de la audiencia de remate "Los interesados podrán alegar las irregularidades que puedan afectar la validez del remate hasta antes de la adjudicación de los bienes", norma repetida en el inciso primero del art. 455 que dispone: "Las irregularidades que puedan afectar la validez del remate se considerarán saneadas si no son alegadas antes de la adjudicación" y se adiciona que peticiones posteriores a esta "no serán oídas".

Se tiene así que es menester dilucidar dos aspectos a saber: el primero es desde y hasta cuando se pueden alegar las irregularidades y el segundo cuáles son esas irregularidades.

Si ya se estableció que al señalar fecha para remate queda saneada cualquier causal de nulidad o motivo de irregularidad anterior, es a partir de esta etapa procesal que se pueden originar las que deben ser alegadas hasta antes de la adjudicación, de ahí la importancia de precisar el momento en el que se adjudican los bienes, que no es otro diferente al previsto en el inciso segundo del art. 452 que pone de presente que abiertas todas las propuestas a "continuación el juez adjudicará al mejor postor", de manera que hasta antes de ser abiertas las propuestas es que pueden presentarse objeciones que pueden restar validez al remate[53] las que únicamente pueden ser referentes a inobservancia de las formalidades previstas en el art. 450 para dar publicidad al remate.

53 Se asegura así que el adquirente en el remate sabe que de pagar el saldo del precio se le entregará el bien y quedan de esta forma neutralizadas maniobras en orden a demorar la aprpbación del mismo, con el consiguiente peijuicio para el adquirente.

En este orden de ideas se encuentra que en el Código General del Proceso desaparece la noción de remate anulado predicada de circunstancias formales que se refieren a su celebración, debido a que las eventuales irregularidades deben ser puestas de presente y decididas antes de la adjudicación como antes se explicó.

Cabe recordar que el incumplimiento de las formalidades previstas para el remate no genera nulidad si el juez no se percata de ello o el interesado en alegarla no lo hace oportunamente porque adjudicado el bien, quedan saneados los vicios que se pueden presentar por irregularidades en el remate, todo lo cual reviste de mayor seriedad la subasta y erradica el censurable proceder de algunos abogados especializados en intervenir luego del remate para dilatar su aprobación.

Dejo a salvo que nada impide que si se presenta una causal general de nulidad del proceso el remate pueda quedar cobijado por la nulidad.

11. 5.3. *Remate del interés social*

El artículo 449 del CGP al desarrollar lo previsto en el artículo 299 del C. de Co., consagra un caso especial de remate cuando lo embargado consiste en el interés social que se tiene en sociedades de personas como son las de responsabilidad limitada, en comandita o colectivas, porque en estos casos "el juez antes de fijar fecha para el remate comunicará al representante de ella [de la sociedad] el avalúo de dicho interés, a fin de que manifieste dentro de los diez días siguientes si los consocios desean adquirirlo por dicho precio", para lo cual es indiferente si en los estatutos de la sociedad existe o no pactado derecho de preferen

cia, pues se trata de un desarrollo de distinta naturaleza el que se explica, debido que lo que se busca es evitar que a esas empresas lleguen personas extrañas, lo que pueden impedir los socios comprando el correspondiente interés social.

Debido a que la disposición se limita a indicar que la opción de compra se hará dentro de los diez días siguientes pero no precisa cómo se cuenta este plazo, si a partir de la expedición de la comunicación, o a partir de la su entrega, me inclino por esta última solución, máxime si se considera que dentro de ese plazo el representante legal de la sociedad debe consignar a órdenes del juzgado el valor del derecho a rematar

Si se paga el precio, el juez debe dictar auto adjudicando el derecho al adquirente (o adquirentes) de acuerdo con los porcentajes que legalmente correspondan, auto que equivale al aprobatorio del remate, en el que deben tomarse las determinaciones pertinentes previstas para el caso y que se inscribirá en la respectiva matrícula mercantil.

Estimo que en este evento especial de que trata el artículo 449 del CGP como en estricto sentido no existe diligencia de subasta no es del caso aplicar el artículo 7 de la ley 11 de 1987 que parte de la base de diligencias de remate efectuadas por juzgados donde tienen posibilidad de intervenir diversos postores y el gravamen pesa sobre los adquirentes en esta clase de remates.

Ahora bien, si vencido el plazo de los diez días ninguno de los consocios ha manifestado, por intermedio del representante legal de la sociedad, el deseo de adquirir los derechos sociales a rematar, la diligencia de remate se hará como ya se explicó.

Empero, si un tercero adquiere en remate esos derechos, el inciso final del art. 449 del CGP consagra un caso especial de disolución de la sociedad respectiva. En efecto, esta norma dispone: "Dentro del mes siguiente a la fecha del registro del remate, los demás consocios podrán decretar la disolución con el quorum decisorio señalado en la ley o los estatutos, si no desean continuar la sociedad con el rematante", circunstancia que también la consagra el art. 319, num. 4 del C. de Co., que establece como causal de disolución de la sociedad colectiva, aplicable a las otras sociedades de personas, la "enajenación forzada del interés de alguno de los socios en favor de un extraño, si los demás asociados no se avienen dentro de los treinta días siguientes a continuar la sociedad con el adquirente".

11.6. *Casos en los que no es necesario el remate para dar efectividad a la sentencia que ordena cumplir con la obligación*

Puede ocurrir que para el cumplimiento de la obligación ordenada por la sentencia no sea necesario el remate, porque la venta de los bienes es viable hecerla por un medio distinto, como acontece con los títulos y acciones que se cotizan en bolsa, para cuya enajenación y cuando se ejercita por primera vez, se radica en cualquiera de las partes el derecho de solicitar que se lleve a cabo por intermedio de una bolsa de valores tal como lo señala el art. 458 del CGP. Ahora bien, si la venta no se hace en la bolsa de valores porque nadie se interesa en adquirirlos, transcurridos quince días los bienes se rematarán conforme a las reglas ya explicadas; sólo si las partes, ahora ya de manera conjunta, insisten

en que se vendan en bolsa, se podrá adelantar el trámite ante tales entidades.

Queda así establecido que la venta por intermedio de bolsa de valores requiere petición de parte unilateral la primera vez o conjunta en lo sucesivo. Para la primera basta la solicitud de cualquiera de las partes, y si no se venden en quince días toca acudir al remate ante el juez, o nuevamente a la bolsa, por petición conjunta de las partes. En todo caso, el juez no la puede decretar de oficio.

Si se trata de títulos nominativos es requisito adicional que "el embargo esté inscrito en el registro del emisor".

En caso de que la venta se realice a través de la bolsa tampoco hay lugar a pagar el impuesto del 3% debido a que éste quedó establecido exclusivamente para los adquirentes en remates de bienes muebles que se realicen por el martillo del Banco Popular, el fondo de aduanas y los juzgados, tal como se consigna en el art. 7 de la ley 11 de 1987.

Tampoco hay lugar a la diligencia de remate cuando la obligación cuya ejecución se pretende es de dar bienes diversos a dinero, de hacer o de no hacer, pues en tales casos la sentencia se cumple cuando se hace o se destruye lo hecho, si el ejecutante eligió que se cumpliera la obligación en la forma originalmente pactada.

Por tal razón, cuando se trata de ejecutar la sentencia que dispone seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de la obligación de dar y el bien estaba secuestrado, sencillamente se expide la orden para que el secuestre proceda a entregarlo y en caso de que no cumpla lo hará el juez aplicando el art. 456 del

CGP, es decir, mediante diligencia de entrega que no admite oposición de ninguna índole y que, por así imponerlo la norma deberá ser realizada "en un plazo no mayor a quince días después de la solicitud".

En tratándose de obligaciones de hacer, se aplica lo dispuesto en los arts. 433 a 435, ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor, trámite que se seguirá para las obligaciones de no hacer cuando se trata de destruir lo hecho. Lo anterior no impide que el proceso prosiga por los peijuicios y costas, como si se tratara de obligación en dinero.

Si de obligaciones de hacer en la modalidad de suscripción de documentos concierne, deberá el juez proceder a firmar el que corresponda, advirtiéndose que cuando se trata de escrituras públicas se deberá estar a la correspondiente minuta cuyo texto se adjuntó con la demanda o al que, si existió controversia sobre el punto, ordenó el juez debería ser la guía y presentarse a la notaría que se haya indicado y, caso de que no se haya señalado una en especial, estimo que debe el juez ordenar el envío de la minuta para que se reparta entre alguna de las notarías o, tampoco lo veo injurídico, mencionar una en especial.

En los eventos previstos (remate, entrega o destrucción), su realización no implica necesariamente que el proceso termine, pues puede suceder que la obligación no quede cancelada de manera integral, bien porque el remate no produjo lo necesario, porque se entregó el bien pero no se pagaron las costas, o porque se ejecutó el hecho pero no se cancelaron las expensas del tercero. En fin, sólo se puede decir que el proceso ejecutivo ha terminado cuando se ha cumplido integralmente la prestación debida-

mientras tal cosa no suceda el demandante podrá insistir en la denuncia de nuevos bienes para que se embarguen, secuestren y rematen, hasta que obtenga el pago de todo lo debido.

12. *El proceso ejecutivo y el pago de la obligación en dinero*

Si se trata de obligaciones de dar sumas de dinero es viable terminar el proceso por parte del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir si presenta escrito en el cual de cuenta de que se pagó el crédito y las costas, evento en el cual según el art. 461 del CGP "el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros si no estuviere embargado el remanente", lo que puede hacer en cualquier estado del proceso hasta antes de la iniciación de la audiencia de remate lo cual supone que una vez iniciada la diligencia de remate, o sea inmediatamente se abre la licitación para oír posturas termina este derecho, por estar ya de por medio los de los postores, sin peijuicio de que si el remate queda por cualquier causa sin efecto, se recobre esa facultad mientras no se abra una nueva subasta.

Se trata de una manifestación unilateral del ejecutante o de su apoderado respecto de la cual no es menester que la misma esté coadyuvada por el ejecutado ni requiere de previo traslado al mismo para efectos de su aceptación, de modo que al juez le basta admitirla y disponer la terminación del proceso, así en la práctica sea usual que este memorial igualmente lo suscriba el ejecutado, lo que es diverso a que .deba hacerlo o manifestar previamente su anuencia.

Cuando el proceso finaliza por pago de la obligación, no se está dentro de las hipótesis propias del desistimiento, que implica

no seguir la actuación aun cuando no se haya cumplido con la obligación por el expreso querer del demandante. La terminación es simplemente la manifestación que se hace el juez acerca de que hubo pago total, es decir cuando se cumplió la prestación por la que se ejecuta, lo que también conlleva las costas.

En la práctica judicial algunos abogados suelen aplicar erradamente el art. 461, pues presentan memorial de desistimiento del proceso cuando existe pago de la obligación. Si lo que se quiere es poner de presente que el demandado cumplió, ese no es el camino debido a que el art. 461 consagra una causal autónoma y exclusiva para la terminación de todo proceso de ejecución.

Podría ocurrir que en un proceso ejecutivo la parte ejecutante se percate de que no tiene razón en proseguirlo debido a la contundencia de las pruebas que soportan las excepciones perentorias y antes de la sentencia que las decida, para eludir la condena en costas que conlleva la misma, presente memorial señalando que se pagó la totalidad de la obligación, en vez de desistir como sería lo correcto.

En esta hipótesis como el juez debe dictar de plano el auto aceptando la solicitud, al ser notificado el mismo el ejecutado puede interponer reposición para poner de presente que realmente se trata de un desistimiento y que se le debe dar el trato pertinente, es decir declarar terminado el proceso, pero condenando en costas al ejecutante.

Otra posibilidad es la que atañe con el derecho del ejecutado de pagar en cualquier estado del proceso y hasta antes de que la licitación se inicie, conducta antaño empleada con fines

dilatorios, a la que se le pone coto con la carga de adicionar a la solicitud un comprobante de consignación que de cuenta del pago del monto de la obligación cancelada y de las costas, o la actualización de dichas liquidaciones si ya existían con anterioridad, como prueba de la seriedad de la solicitud.

Es menester en este evento distinguir dos situaciones procesales: cuando en el proceso ya existen liquidaciones en firme del crédito y de las costas y cuando aún no se ha efectuado la primera de ellas.

Si existen liquidaciones efectuadas el ejecutado o su apoderado, debe acompañar con la solicitud un título que dé cuenta de la consignación en el Banco Agrario de las cantidades correspondientes a la más reciente, la que si cubre la totalidad del crédito y las costas determinará la inmediata terminación del proceso; no obstante, como puede suceder que en el entretanto se hayan causado nuevos costos (ejemplo, mayores intereses y gastos) que ameriten la actualización de las liquidaciones, éstas se deben efectuar por el solicitante de modo que se garantiza el pago total y mientras esto no suceda no termina la ejecución.

Si aún no se ha practicado ninguna liquidación, "podrá el ejecutado presentarlas con el objeto de pagar su importe, acompañadas del título de su consignación a órdenes del juzgado, con especificación de la tasa de interés o de cambio según el caso", es decir, que se autoriza para que elabore no sólo la liquidación del crédito, que por señalarlo el art. 461 es facultad de las partes, sino también, y aquí por vía de excepción, para que haga la liquidación de las costas, usualmente labor del secretario, sin que sea necesario el previo' el señalamiento de las agencias en derecho,

si ya se hizo tanto mejor, que hace el juez para las usuales liquidaciones de costas y de acuerdo con los totales que arrojen esas liquidaciones consignar la suma correspondiente.

Como lo que ía norma en comentario persigue es la máxima agilización en orden a terminar el proceso, no será necesario que el juez señale la suma correspondiente a las agencias en derecho porque ésta igualmente la puede estimar quien va a pagar, lo cual no significa que haya perdido el funcionario la posibilidad de proveer sobre este aspecto, porque como a continuación se comenta, en el trámite posterior a la presentación de la liquidación se podrán ordenar todos los ajustes que sean necesarios.

Presentada la consignación y las liquidaciones del crédito y las costas se dará traslado por tres días al ejecutante, y "objetada o no, el juez la aprobará cuando la encontrare ajustada a la ley", lo que pone de presente que será siempre el juez el supremo árbitro en el control de legalidad de dichas liquidaciones y que, también en el evento de no objeción, si no las halla correctas, puede ordenar su modificación en cualquier sentido.

En la hipótesis de que se aumente el valor de las liquidacio- nes dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del auto que así lo indica, debe ser consignado lo que reste y si esto no sucede, ¿G-' entonces se abona lo pagado a cuenta del crédito y prosigue la ¿S[1]'* . . . ¿í ejecución.

En esta segunda hipótesis el artículo 461 indica que cuando no existen liquidaciones la actuación explicada se da sin que "se ^ suspenda el trámite del proceso", aspecto lógico por cuanto si ella se presenta es porque aún falta mucho para llegar al remate,

de modo que no se justifica paralizar el proceso ante la posibilidad de que no llegue a terminar la actuación por pago; pero tal situación de no suspensión del proceso no es predicable del evento donde ya existen liquidaciones del crédito y de las costas en firme, por cuanto bien puede suceder que sea inminente el remate y aplicar dicho numeral podría conllevar la inefectividad del derecho de pago encaminado a impedir el remate.

Tomo como ejemplo que el día anterior a la fecha señalada para el remate se presenta la solicitud acompañada de los títulos, como es posible que venga una liquidación adicional, si se sostiene que no se suspende el proceso se llegará al exabrupto de llevar a cabo el remate dejando sin efecto la solicitud oportuna del que ofrece pagar, razón por la cual insisto en destacar que en esta hipótesis se debe suspender la actuación hasta tanto culmina lo atinente a la eventual liquidación adicional, de haber lugar a ella.

13. *Intervención de otros acreedores en el proceso de ejecución*

El patrimonio de un sujeto de derecho responde por la totalidad de las obligaciones que adquiera y salvo los precisos casos de prelación legal, todos sus acreedores están en igualdad de circunstancias, por eso si uno de ellos embarga y secuestra bienes de propiedad del deudor, no sólo sirven de garantía para la obligación que ha demandado sino, teóricamente, para todas las restantes que haya adquirido el deudor. Por tal razón cuando se adelantan procesos ejecutivos los acreedores de un ejecutado pueden concurrir al proceso iniciado por cualquiera de los otros, con el fin de lograr sobre los bienes embargados y secuestrados, que son garantía co

mún, la satisfacción de sus acreencias, reconociéndoseles, cuando fuere el caso, el privilegio que pueda tener algún crédito.

Esta la razón por la cual está prolijamente regulada la intervención de otros acreedores en el proceso de ejecución, constituyendo uno de los aspectos más complejos en el proceso ejecutivo, que el Código trata de dos formas, a saber:

a) La intervención de acreedores con garantía real.

b) La intervención de acreedores con garantía personal que, a su vez, presenta dos modalidades que son la acumulación de demandas y la acumulación de procesos ejecutivos, posibilidades que paso ahora estudiar.

13.1. *Intervención de acreedores con garantía real*

El artículo 462 del CGP regula la intervención de los acreedores con garantía real (prenda o hipoteca), en un proceso ejecutivo en el cual se embarga un bien sometido a uno de esos gravámenes, lo cual es perfectamente posible, pues la prenda o la hipoteca no ponen fuera del comercio los bienes afectados por ellas tal como se desprende del art. 2440 del Código Civil.

Se consagra un caso de citación forzosa mas no de comparecencia forzosa, de ahí que es necesario precisar qué se entiende por citación forzosa y qué por comparecencia forzosa de los acreedores con garantías reales con el fin de entender mejor el alcance de la norma.

Hay *citación forzosa* cuando es menester notificar al tercero de manera personal, bien en forma directa o por intermedio

de curador, para que conocida la existencia del proceso ejecutivo con base en garantías personales determine, si a bien lo tiene, comparecer para hacer efectiva su garantía dentro del proceso en que se le citó, o iniciar otro independiente.

La citación forzosa no implica la obligación de comparecer a un proceso civil ya que a nadie se puede obligar a ello; pero quien no lo haga debe saber que su actitud le podrá acarrear graves consecuencias de tipo patrimonial, como sería, en este evento, la pérdida de la garantía real de su obligación de llegar a ser rematado el bien gravado.

Se da la *comparecencia forzosa* cuando, a más de la citación personal (aspecto común de los dos casos), si el acreedor quiere hacer efectiva la garantía hipotecaria necesariamente debe comparecer ai proceso al cual se le ha citado, posibilidad que, infortunadamente, no recogió el sistema imperante, sin razón valedera para hacerlo y sí contrariando el principio de la economía procesal, debido a que el inciso primero del art. 462 dispone que el citado puede hacer valer su derecho "ante el mismo juez bien sea en proceso separado o en el que se les cita, dentro de los veinte días siguientes a su notificación personal", circunstancia que complementa el siguiente inciso al señalar que: "Si vencido el término a que se refiere el inciso anterior, el acreedor notificado no hubiere instaurado alguna de las demandas ejecutivas, sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso al que fue citado, dentro del plazo señalado en el artículo siguiente."

Esta citación debe hacerse, aún de oficio, desde cuando se conoce la existencia de los gravámenes y en todo caso antes de señalar fecha para la audiencia de remate debido a que si hay

prueba de que el bien embargado está sujeto a uno de esos dos gravámenes, para que sea válido el remate se debe citar antes a esos acreedores por cuanto una de las consecuencias del auto aprobatorio como antes se explicó, es disponer la cancelación de los mismos; de lo contrario el juez no podrá dictar el auto probatorio del remate porque si en él se dispone la cancelación de prendas o hipotecas sin previamente haber sido vinculado el titular de la garantía se conculcaría su derecho y se tipifica la causal de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 133 del CGP que se refiere a la falta de citación de las personas que la ley ordena.

La falta de citación no afecta la actuación surtida con anterioridad al señalamiento de la fecha para el remate, pues es con dicha diligencia que se ocasionan peijuicios a los acreedores con garantías reales cuando no se les vinculó, lo cual no significa que deba procederse a la citación tan sólo cuando se está próximo a llegar a éste; en absoluto, dadas las posibilidades que tiene el acreedor citado, es conveniente para evitar inútiles trámites disponerla inmediatamente se tiene conocimiento de la existencia del gravamen, que se logra cuando se ha embargado el bien y el registrador remite un certificado donde consta el embargo y en el que también se da cuenta de la existencia de las garantías reales.

La notificación a los acreedores debe ser personal por así disponerlo el art. 291, num. 3 y recalcarlo el art. 462, de modo que si no puede hacerse personalmente, se efectúa mediante curador, quien intervendrá cuando se presenten cualquiera de las hipótesis que ameritarían su presencia en el evento de tratarse de notificación de una demanda, solo que en este caso debe presentar la demanda ante el mismo juez por así ordenarlo el art.

462 inciso tercero que señala: "En caso de que se haya designado al acreedor curador ad lítem, notificado éste deberá presentar la demanda ante el mismo juez. Para estos efectos, si se trata de prenda sin tenencia servirá de título la copia de la inscripción de aquélla en la correspondiente oficina de registro. Si se trata de garantía real hipotecaria el juez, de oficio o a solicitud del curador o de cualquiera de las partes, ordenará por auto que no tendrá recursos, que se libre oficio al notario ante quien se otorgó la escritura de hipoteca, para que expida y entregue al curador ad litem copia auténtica de ésta, la cual prestará mérito ejecutivo. Cuando se trate de hipoteca o prenda abierta, se deberá presentar con la demanda el título ejecutivo cuyo pago se esté garantizando con aquella."

Cuando ha sido citado de manera personal directa, o sea no fue menester acudir a hacerlo por medio de un curador, el acreedor goza de dos alternativas, ninguna de las cuales implica desmedro de su privilegio: la primera, es la de iniciar por separado proceso ejecutivo con base exclusivamente en la garantía real, el cual determinará que se levanten las medidas cautelares vigentes respecto del bien gravado en el proceso ejecutivo con garantía personal en donde se le citó, por así disponerlo el numeral 6º del art. 468 del CGP, para cuya efectividad el plazo de los veinte días es perentorio, o sea que vencido el mismo caduca la posibilidad de iniciar por separado el proceso ejecutivo con base sólo en la garantía real.

En efecto, el numeral 6º del art. 468 señala, al regular la concurrencia de embargos que: "El embargo decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se inscribirá

aunque se halle vigente otro practicado sobre el mismo bien en proceso ejecutivo seguido para el cobro de un crédito sin garantía real. Recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su inscripción el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá copia de la diligencia al juez que adelanta el proceso con base en garantía real para que tenga efectos en éste y le oficie al secuestre dándole cuenta de ello."

La segunda alternativa implica que bien dentro de los veinte días si así lo quiere e acreedor, o con posterioridad ya sin alternativa, hasta antes del auto que fije la primera fecha para remate, presente su demanda dentro del ejecutivo en el cual se le citó, donde conservará su privilegio para el pago.

Insisto en destacar que hubiera sido mejor haber impuesto la perentoria obligación de acudir al proceso donde se le citó, lo cual además de implicar celeridad en la actuación, desarrolla el principio de la economía procesal, pues las medidas cautelares y demás pasos comunes encaminados a obtener el remate, como por ejemplo el avalúo, conservan plena vigencia, sin que se afecte para nada el privilegio del acreedor hipotecario, a más de que impide maniobras en desmedro de los quirografarios.

Cuando el acreedor es notificado por medio de curador, desaparece toda alternativa y es deber del auxiliar de la justicia designado formular la demanda separada, por la vía propia del proceso ejecutivo con base en garantías reales ante el mismo juez que ordenó la citación, indica el inciso tercero del art. 462, disposición frente a la cual debe advertirse que si el juez compe

tente para conocer del ejecutivo era un municipal y la demanda hipotecaria es de mayor cuantía, se entiende que deberá ser presentada ante el juez del circuito del cual depende el municipal, por cuanto se trata de un proceso separado y en este evento no existe preclusión de veinte días para hacerlo, pues el curador podrá iniciar el nuevo proceso hasta antes del auto que señala fecha para la primera diligencia de remate

Es de resaltar que como se trata de un proceso ejecutivo hipotecario independiente del que generó la citación, en la hipótesis anterior el juez municipal sigue conociendo del proceso ejecutivo con base en garantías personales, de modo que debe ser desechada la idea atinente a que el juez del circuito también asume el conocimiento de este último proceso, en el que tan sólo se presenta como modificación la cancelación del embargo ordenado dentro del mismo respecto del bien gravado con prenda o hipoteca.

Diferente es la hipótesis cuando la demanda se presenta para ser tramitada dentro del proceso iniciado, pues en este caso como es actuación única se remitirá el expediente al superior quien por obra del factor de conexión también conocerá de la
inicial demanda.

Se destaca que cuando se trata de hipoteca, el juez de oficio a solicitud del curador ordenará oficiar al notario para que expida con mérito ejecutivo una copia de la escritura que dé cuenta del gravamen y eventualmente del crédito, pero se advierte en el mismo inciso tercero del art. 462 que: "Cuando se trate de hipoteca o prenda abierta, se deberá presentar con la demanda el título ejecutivo cuyo pago se esté garantizando con aquella", lo cual pone de presente que el curador en esta segunda hipótesis debe tratar

por sobre todo de localizar al acreedor que representa y, caso de ser infructuosa su gestión no se presentará la demanda, aspecto que debe poner de presente el curador al despacho para efectos de evitar futuras responsabilidades.

Y es que si se trata de hipoteca directa y el curador no presenta la demanda en la oportunidad debida, que ya se vio es muy amplia, debe indemnizar todos los perjuicios que su negligencia le ha podido ocasionar al acreedor que representa; empero, si le es imposible conseguir, en el evento de hipoteca abierta, el documento que está garantizado y que es el título ejecutivo, normalmente en poder del acreedor, no obstante las diligencias en orden a su localización, existirá una adecuada explicación para la no iniciación del proceso ejecutivo con título hipotecario.

Cuando existe un solo acreedor con garantía hipotecaria citado, la situación es ciara y no se presta a duda alguna, pues si se ha surtido la notificación de manera personal directa, dentro de los veinte días siguientes debe presentar la demanda ejecutiva con título hipotecario si quiere acudir a proceso separado, o bien hacerlo dentro del mismo proceso si vence el plazo citado y no ejercitó oportunamente la opción. Empero, la situación se complica cuando existen varios acreedores con garantía real sobre el mismo bien y no coinciden en sus opciones, pues unos van al proceso separado y otros acuden ai ejecutivo con garantía personal en donde se les citó, lo que de paso, es una razón más para justificar lo errado de la disposición, que debería eliminar la alternativa analizada

Precisamente para solucionar el evidente problema que genera esta situación, proveniente de no ser impuesta la compare-

cencía forzosa, el inciso final del art. 462 destaca que: "Cuando los acreedores citados con garantía real sobre el mismo bien, unos acumularon sus demandas al proceso donde se les citó y otros adelantaron ejecución separada ante el mismo juez, quienes hubieren presentado sus demandas en el primero podrán prescindir de su intervención en éste, antes del vencimiento previsto en el numeral 4 del artículo 468 y solicitar que la actuación correspondiente a sus respectivos créditos, se agregue al expediente del segundo proceso para continuar en el su trámite. Lo actuado en el primero conservará su validez".

Un ejemplo aclara esta hipótesis: Juan inicia proceso ejecutivo con base en garantías personales y embarga un inmueble que está hipotecado en favor de Pedro y de Luis, acreedores hipotecarios de primero y segundo grado. Citados personalmente, Pedro decide presentarse al ejecutivo donde se le citó y formula allí su demanda, en tanto que Luis, dentro del plazo de los veinte días promueve por separado el ejecutivo hipotecario.

Como en el proceso ejecutivo hipotecario es obligación citar a los acreedores con garantía real, allí nuevamente se citará a Pedro, quien de acuerdo con el numeral 4 del art. 468 del CGP tiene un plazo de diez días para presentar su demanda, que ya había formulado en el ejecutivo con base en garantía personal donde también se le citó, de modo que dentro de ese término de diez días le basta manifestar al juez que conoce del proceso ejecutivo con garantía personal, que solicita se remita al juez que adelanta el ejecutivo con garantía real, el original de su demanda, junto con toda la actuación que corresponde a ella.

Por razones de seguridad, sería conveniente, así la norma no lo exija expresamente, manifestar al juez que conoce del ejecutivo con base en la garantía real que se ha hecho uso del derecho de solicitar el traslado de su demanda.

Todos los aspectos anteriormente explicados evidencian que no existe motivo alguno para mantener la posible dualidad de actuaciones y que se impone reforma en el sentido de obligar a que los acreedores hipotecarios comparezcan al proceso ejecutivo con base en garantías personales donde se les citó, pues en nada se demerita su derecho y en cambio, si se evitan actuaciones innecesarias y maniobras para demeritar a los quirografarios[54].

Por estas mismas razones consecuencialmente también debería obligarse a los curadores a presentar su demanda dentro del mismo proceso pues, salvo complicar las cosas, no existe razón lógica para la actual regulación, cuya reforma de nuevo se ha frustrado desde la ley 794 de 2003, no obstante la insistencia sobre la conveniencia de hacerlo.[55]

54 En la comisión encargada de preparar el proyecto insistí en que se acogiera la modificación pero fue en vano. Ojalá en los futuros ajustes que requiere el CGP se tenga en cuenta la propuesta.

55 En el proyecto de reforma al proceso de ejecución que el 10 de abril de 2007 presenté al Ministerio de Hacienda, destaco: "Esa opción debe ser eliminada y establecerse que todos deben concurrir al ejecutivo donde se embargó el bien, pues recuerdo que de lo que se trata es de no afectar la preferencia de la garantía real, la que se respeta integramente el ser efectuada la liquidación de los créditos y determinarse el orden de pago de ellos. Por esa razón, reitero y lo dejo únicamente para futura memoria que el art. 462 debería quedar del siguiente o parecido tenor:

" ART. 462. Citación de acreedores con garantía real. Si del certificado de la oficina de registro correspondiente aparece que sobre los bienes embargados existen garantías prendarias o hipotecarias, el juez ordenará notificar a los

13.2. *Intervención de otros acreedores con garantía personal*

Es posible que en un ejecutivo con garantía personal intervengan otros acreedores con garantía personal privilegiada distinta de la prenda o hipoteca o sin ella, recuérdese que hay créditos que, en consideración a su origen, el legislador ha querido darle prelación como las obligaciones laborales, las alimentarias y las obligaciones en favor del fisco.

La intervención de acreedores con garantía personal, privilegiada o no, tiene dos formas: la acumulación de demandas y la acumulación de procesos, que a continuación paso a estudiar.

13.2.1. *La acumulación de demandas*

Como ya se explicó, el activo patrimonial de un sujeto de derecho responde por la totalidad de las obligaciones que puedan afectarlo y salvo que exista alguna causa específica de preferencia por tratarse de los llamados créditos privilegiados, ese activo

acreedores, cuyos créditos se harán exigibles si no lo fueren, para que los hagan valer en el mismo proceso dentro de los veinte días siguientes a su notificación personal.

"En caso de que se haya designado al acreedor curador ad litem, éste deberá formular la demanda dentro del término dos meses contados a partir de la notificación personal al curador del mandamiento de pago.

"Para estos efectos, si se trata de prenda sin tenencia servirá de título la copia de la inscripción de aquélla en la correspondiente oficina de registro. Si se trata de garantía real hipotecaria el juez, de oficio o a solicitud del curador o de cualquiera de las partes, ordenará por auto que no tendrá recursos, que se libre oficio al notario ante quien se otorgó la escritura de hipoteca, para que expida y entregue al curador ad litem copia de ésta, la cual prestará mérito ejecutivo. Cuando se trate de hipoteca o prenda abierta, se deberá presentar con la demanda el título ejecutivo cuyo pago se esté garantizando con aquélla."

patrimonial garantiza por igual a todos los acreedores que tienen similar relación jurídica con el deudor y que se denominan acreedores quirografarios.

Respecto de ellos no interesa el tipo de documento en que conste la obligación ni la antigüedad de ésta, lo que importa es que reúna los requisitos del título ejecutivo, pues siempre estarán en idéntica posibilidad para hacer efectivos sus derechos, lo cual, dicho sea de paso, se presta para fraudes difíciles de comprobar, pues se crean obligaciones ficticias en desmedro de los verdaderos acreedores.

En virtud de esa garantía general que tienen los acreedores sobre el patrimonio de su deudor, si uno de ellos inicia un proceso de ejecución y embarga bienes, es lógico permitir que en el mismo proceso puedan comparecer otros acreedores para que el producto del remate de los bienes se distribuya proporcionalmente entre quienes se hacen parte.

Por medio de la acumulación de demandas, todos los acreedores que quieran hacerlo pueden concurrir al proceso de ejecución iniciado por uno de ellos, con el fin de hacer valer sus derechos y si son créditos privilegiados, que se declare que éstos gozan de alguna preferencia para el pago, privilegios que están regulados en el C. C. arts. 2495 a 2507.

En la acumulación de demandas, la comparecencia de los terceros no supone que a ellos se les haya citado, ni es menester hacerlo. En absoluto. Basta que cualquier otro acreedor se entere, por cualquier medio, de la existencia del proceso contra el deudor común, para que formule su demanda, la primera de las cuales se

puede presentar aun antes de que se haya notificado el mandamiento ejecutivo al ejecutado.

Pero una vez presentada la primera demanda que se denomina usualmente como "demanda de tercería", debe hacerse el emplazamiento en forma general y abstracta de "todos los que tengan créditos con títulos de ejecución contra el deudor, para que comparezcan a hacerlos valer" por así disponerlo el numeral 2 del art. 463 del CGP, lo que evidencia la distinción con el evento del art. 462 en donde la citación va dirigida a persona determinada.

En todo proceso de ejecución con base en un derecho personal, cualquier acreedor se puede presentar hasta antes de ser proferido el auto que fije fecha y hora para la primera diligencia de remate de bienes "o a la terminación del proceso por cualquier causa.", aspecto este último de interés porque si, por ejemplo aún no se ha proferido el auto que declare terminado el proceso por pago o el que aprueba la transacción, de ser presentada la demanda de tercería debe darse curso a la misma con todas las implicaciones que entraña su aceptación y, así termine el inicial proceso, seguirá para lo que se refiere a las subsiguientes demandas.

La demanda de los terceros acreedores deberá reunir los mismos requisitos de la primera y tendrá el mismo trámite; empero destaca el numeral 1 del art. 464 que "si el mandamiento de pago ya hubiere sido notificado al ejecutado, el nuevo mandamiento se notificará por estado.", lo que es lógico pues si el primer mandamiento de pago se notificó al deudor es su deber estar atento al desarrollo del proceso.

En el segundo mandamiento de pago, a más de disponer lo usual acerca del pago de la obligación dineraria de acuerdo con los alcances del respectivo titulo ejecutivo, dispone el numeral 2º de esta norma que "se ordenará suspender el pago a los acreedores y emplazar a todos los que tengan créditos con títulos de ejecución contra el deudor, para que comparezcan a hacerlos valer mediante acumulación de sus demandas, dentro de los cinco (5) días siguientes. El emplazamiento se surtirá a costa del acreedor que acumuló la demanda mediante la inclusión de los datos del proceso en un listado que se publicará en la forma establecida en este código."

Es menester precisar el alcance de la expresión "dentro de los cinco días siguientes", para señalar que serán los siguientes a la expiración del término de emplazamiento, plazo que marca la expiración del derecho de todo acreedor quirografario para presentarse dentro de este proceso.

En efecto, el derecho de los otros acreedores para presentarse precluye vencido el término anterior. Obsérvese que se trata de dos términos distintos: uno, es el plazo para la presentación de la primera demanda del tercero que va hasta antes del profe- rimiento del auto que señala fecha para el remate y otro el plazo para la presentación de los demás acreedores, determinado por los términos del emplazamiento.

La preclusión de dicho término no significa que los acreedores que no se hicieron presentes pierdan sus derechos porque la obligación a su favor sigue vigente, solo que ya no pueden obtener el pago dentro de ese proceso y deben iniciar sus correspondientes procesos ejecutivos y embargar otros bienes, aun el re

manente que quede del proceso al cual no comparecieron. Como consecuencia nociva para sus intereses, termina la posibilidad de obtener el pago total o parcial de sus créditos con el producto del remate de los bienes afectados en el proceso ejecutivo donde no acudieron, lo que desde el aspecto práctico crea una situación de privilegio para los que oportunamente se presentaron, respecto de los citados bienes.

Si se dicta el segundo mandamiento ejecutivo y se ordena el emplazamiento el juez ordena entre otros aspectos, "suspender el pago a los acreedores", lo que no puede confundirse con la suspensión integral del proceso, pues se pueden adelantar todos los actos procesales que no impliquen peijuicio para quienes eventualmente pueden presentarse. En consecuencia, si se ha decretado el avalúo del bien nada impide que se perfeccione la diligencia, que se cumplan medidas preventivas, que se resuelvan incidentes de desembargo o que se liquide el crédito. Entre otras varias posibilidades.

Precluido el plazo de los cinco días las demandas presentadas se adelantan en cuadernos separados pero, dispone el numeral 3º del art. 463 del CGP que "si se formulan excepciones se decidirán en una sola sentencia, junto con las propuestas a la primera demanda, si estas no hubieren sido resueltas.", lo que no implica que la decisión deba ser uniforme para todos los demandantes, por ser este un claro ejemplo de litisconsorcio voluntario.

Significa lo anterior que cada una de las demandas debe tramitarse "simultáneamente", pero por separado, pues no parece correcto involucrar en un solo cuaderno todas las pruebas y los alegatos relativos a las diversas demandas, lo que no impide

su trámite simultáneo, es decir, con términos comunes como lo quiere la ley. En este caso, es decir cuando la presentación de la primera demanda de tercería es anterior a la sentencia respecto de la demanda inicial, se dictará una sola sentencia en la que el juez podrá ordenar que prosiga la ejecución de todas las demandas o de sólo parte de ellas, si declara probadas las excepciones propuestas contra alguna de éstas.

Si en unas demandas se proponen excepciones y en otras no, recuérdese que el trámite del proceso ejecutivo varía cuando existen excepciones, el juez debe adelantar el trámite de las excepciones y proferir una sola sentencia en la cual resolverá sobre ellas y ordenará, si es del caso, que prosiga la ejecución, interpretación que baso en el num. 6 del art. 463, que indica: "Se dictará una sola sentencia que ordene llevar adelante la ejecución respecto de la primera demanda y las acumuladas", si a ello hubiere lugar, pues es posible que respecto de la demanda inicial ya se haya resuelto lo pertinente en sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución, pues no se puede perder de vista que esta intervención es posible aun después de proferida la sentencia respecto de la primera demanda.

En efecto, según el art. 463, en relación con las excepciones propuestas contra las demandas de los terceros se dictará una sola sentencia en la que se resolverá también sobre las propuestas contra la demanda inicial, si no hubieren sido resueltas, caso que se presenta cuando la primera demanda de tercería se ha formulado antes de dictada la sentencia que resuelve sobre las excepciones perentorias propuestas contra la demanda inicial. Debe recordarse que la primera demanda de tercería es viable presentarla hasta

antes de la ejecutoria del auto que señala fecha para el remate, por lo que puede haber una primera sentencia en la que se rechazaron las excepciones propuestas, o en la que se decretó por auto que prosiguiera la ejecución si no las hubo, lo que evidencia que es posible que en la primera instancia se presenten dos fallos.

En suma, respecto de la demanda del primer tercero que se presentó y de las de otros acreedores que acudieron dentro del emplazamiento necesariamente se debe dictar una sentencia, sea para ordenar que prosiga la ejecución o para declarar probadas total o parcialmente las excepciones propuestas o las dos cosas; y si el primer tercero se presenta antes de la sentencia que resuelve sobre la demanda inicial, la providencia será una sola. Si ese primer tercero se presenta con posterioridad a la sentencia que decidió frente a la demanda inicial, entonces se da el caso de una segunda sentencia en la misma instancia.

Antes de la sentencia respectiva cualquiera de los acreedores puede solicitar que se declare que su derecho goza de preferencia o que se desconozca el crédito de otros acreedores por así indicarlo el numeral 4º del art. 462; esta solicitud se tramita como una excepción perentoria y se resuelve en la sentencia, conducta que implica una legitimación extraordinaria para que un acreedor pueda emplear hechos exceptivos, como paso a demostrarlo.

Si alguno de los acreedores estima que su crédito es privilegiado y solicita que así se declare- en la sentencia con el fin de tener derecho a un pago de carácter preferencial, se está en hipótesis propia del normal ejercicio de los derechos del acreedor e implica una lucha jurídica entre ejecutantes, frente a la cual el demandado no tiene interés alguno, de ahí que su opinión nada

interesa pues de todos es deudor, de manera que será el juez quien frente al caso concreto defina la prelación del pago si a ello hubiere lugar.

Pero si el acreedor solicita que se desconozcan otros créditos, se tratará, ni más ni menos, de una excepción perentoria, es decir, que en este proceso los acreedores gozan de la misma posibilidad que tiene el deudor de presentar excepciones perentorias porque el desconocimiento del crédito opera en favor del deudor, quien tendrá menos obligaciones para cancelar, de ser exitosa la petición del otro acreedor.

Poco interesa que la norma eufemísticamente se refiera a desconocimiento del crédito en lugar de excepción perentoria,, conducta que se supone corresponde exclusivamente al deudor. Lo cierto es que el acreedor excepciona perentoriamente cuando busca que el crédito alegado por otro de los demandantes sea desconocido, porque para lograrlo debe demostrar cualquiera de las múltiples circunstancias que el deudor hubiera podido alegar como excepción perentoria y no lo hizo (v. gr., pago de la deuda, simulación, prescripción, etc.). En este caso se legitima de manera extraordinaria y amplia al acreedor para desarrollar conductas • procesales que no asumió el demandado y es por eso que esta solicitud "se tramitará de excepción".

Un ejemplo ilustra lo anterior: Si Pedro inicia un proceso de ejecución en contra de Luís y al mismo acude como primer tercero Juan, una vez aceptada esta segunda demanda ejecutiva se ordena emplazar a todos los que puedan tener créditos en contra de Luís. Sucede que en oportunidad se presenta como segundo tercero Jorge quien presenta su demanda ejecutiva, la tercera del

proceso, respecto de la que Luís no propone ninguna excepción. Nada impide que los otros acreedores o tan sólo uno de ellos, puedan solicitar que se desconozca el crédito de Jorge, tal como lo dice el numeral 4o del art. 464, "mediante escrito en el cual precisará los hechos en que se fundamenta y pedirá las pruebas que estime pertinentes". Así las cosas Pedro o Juan, o ambos, perfectamente pueden alegar que la obligación de Jorge es simulada, o que se pagó, que está prescrita, en suma cualquier hecho exceptivo, que de ser decidida favorablemente favorece al deudor porque no debe pagar a ese acreedor, pero también lo hace con los restantes acreedores quienes como consecuencia dispondrán de más dinero para que se les pague.

El problema de la norma radica en que no está ciara la ocasión propicia para que los acreedores puedan ejercitar ese derecho, pero es de entender que debe ser después de que venza el plazo para que el ejecutado presente las excepciones respecto de la demanda del tercero, dado que esta conducta tan sólo se justifica frente a la omisión o negligencia del deudor, de modo que desde el vencimiento de ese plazo y, tal como lo señala el numeral 4 del art. 463, "hasta antes de la sentencia o del auto que ordene llevar adelante la ejecución" se podrá hacer uso del derecho en mención, plazo incierto e impreciso pues debe recordarse que si no se propusieron excepciones debe el juez dictar la auto ordenando seguir adelante la ejecución, de modo que deben estar atentos los ejecutantes para presentar su petición inmediatamente vence el traslado de los diez días para proponer excepciones.

Igualmente debe quedar claro que en el caso de que el ejecutado excepcione' frente a la demanda del tercero pero sus de

fensas no sean completas, nada impide que los otros acreedores o uno de ellos haga uso del derecho y presente su petición poniendo de presente otras circunstancias diversas a las indicadas por el excepcionante. Por ejemplo, si el ejecutado presentó la excepción de prescripción pero no la de pago, bien pueden los otros acreedores proponerla, pues de lo que trata la norma es de evitar que una defensa descuidada les perjudique.

También tienen los acreedores la plena habilitación para intervenir activamente en la práctica de las pruebas dentro del trámite de las excepciones cuando no han hecho uso del derecho que se les otorga, por considerar que las excepciones propuestas son las adecuadas, facultad que se desprende de que si pueden lo más, excepcionar, lógicamente tienen la posibilidad de participar en la etapa probatoria para ayudar a establecer hechos *exceptivos* que ellos también hubieran podido presentar.

Cabe preguntarse si es viable solicitar el desconocimiento de créditos después de dictada la sentencia o el auto que ordene llevar adelante la ejecución, por cuanto interpretación exegética de la disposición llevaría a negar esa posibilidad; empero, como se trata de un caso de legitimación extraordinaria para presentar excepciones perentorias, no existe razón legal para cercenar ese derecho al acreedor que se ha presentado dentro de la oportunidad legal, que como se estudió, puede ser aún después de proferida la primera sentencia o el auto que ordena seguir adelante la ejecución.

Si el ejecutado presenta excepciones y éstas son negadas en sentencia ejecutoriada, la facultad de los acreedores que se presentan después se mantiene pero con restricciones, debido a que

en esta hipótesis los motivos para solicitar el desconocimiento del crédito necesariamente deben estar apoyados en hechos diferentes a los que fueron objeto de debate y discusión.

Pone de presente lo anterior que si se aplicó el art. 440 por no haberse presentado ninguna excepción, los terceros que se presenten con posterioridad pueden sin restricción alguna buscar el desconocimiento del crédito del primer demandante. Empero si, por ejemplo, el ejecutado presentó la excepción de pago y fue negado tal hecho exceptivo, los acreedores ya no podrán presentar esta defensa pero sí otra diversa como, por ejemplo, novación, pues la facultad de los terceros acreedores no puede llegar a que vuelvan a plantear hechos exceptivos que ya fueron objeto de decisión.

En lo que respecta con la posibilidad de solicitar que un crédito goza de privilegio no tiene restricción alguna el juez para declararlo en la segunda sentencia pues siempre debe analizar la situación que presenta la intervención de los nuevos acreedores tal como a continuación se expone.

En efecto, cuando en este proceso se han hecho parte terceros, la sentencia que se dicta resuelve sobre las excepciones propuestas y, en caso de que ellas no prosperen, debe ordenar que con el producto del remate se paguen "los créditos de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial" (de ahí el nombre de *sentencia de prelación de créditos* con que se le denomina), que el ejecutado pague las costas causadas tanto en interés general de los acreedores como las correspondientes a cada demanda en particular, y que se liquiden los créditos y las costas conjuntamente por así indicarlo el numeral 5º del art. 463, para lo cual

se harán las correspondientes a las liquidaciones de los créditos en la forma prevista por el art. 446 y las de las costas las realizará el secretario, actuaciones todas que tendrán su individualidad respecto de cada demanda, pues la expresión conjuntamente no puede ser interpretada como confusión de trámites, significa tan sólo que se actuará de inmediato respecto de todas ellas.

Para finalizar los comentarios acerca de las demandas de terceros, quedan por señalar algunos problemas de interés que se han suscitado en la práctica judicial en tomo al tema, siendo el primero de ellos el concerniente a cual debe ser el camino a seguir cuando existiendo medidas cautelares practicadas, se ha presentado la primera demanda de tercería, pero antes de ser dictado el segundo mandamiento ejecutivo, la demanda inicial es desistida, de manera tal que tan sólo viene a quedar como única la que se presentó por el tercero, pues surge la inquietud atinente a si debe el juez proferir el mandamiento de pago con o sin emplazamiento a terceros indeterminados.

En esta hipótesis y con la salvedad atinente a que todas las medidas cautelares que se hubieren practicado por solicitud del inicial demandante conservan toda su eficacia, pues el hecho de haberse presentado el tercero le otorga derecho a la garantía sobre esos bienes, considero que como antes de ser ordenado el emplazamiento en abstracto a los terceros dejó de darse el requisito que justificaba el mismo, cual es la existencia de dos demandas ejecutivas en contra del deudor, no sería del caso disponer la citación referida y proseguiría el proceso sin emplazar; ahora bien, si el desistimiento de la primera demanda se hizo luego de ordenado el emplazamiento, que recuérdese, se hace junto con el

segundo mandamiento de pago, creo que en esta hipótesis por haberse dispuesto el mismo cuando estaban reunidos los requisitos para hacerlo, debe proseguir el proceso con la observancia de lo señalado en el artículo 463 de manera integral.

Un segundo interrogante surge del evento donde presentada la demanda de tercería y en curso el trámite del emplazamiento, desisten de sus demandas el inicial ejecutante y el primer tercero, pero hay bienes embargados y secuestrados. El problema está en si el juez, que, a no dudarlo, debe admitir los desistimientos, tiene el deber de disponer el levantamiento de las medidas cautelares y ordenar la terminación del proceso junto con el auto que admite el desistimiento, o si, antes de resolver sobre los dos aspectos anteriores, debe esperar a que venzan los términos para que se presenten los emplazados en abstracto, porque de hacerlo ellos vendrían a quedar beneficiados por las medidas cautelares practicadas, pues en el caso de que no existan, no se conculca derecho alguno y puede disponerse la terminación del proceso conjuntamente con la admisión del desistimiento.

Reconociendo la dificultad del problema, es mi opinión que al estar en curso los emplazamientos, todos los terceros acreedores del ejecutado, hasta ese momento indeterminados pero determinadles, tienen derecho a que se respete el estado de cosas que los beneficia dentro del proceso, cual es la existencia de medidas cautelares practicadas, pero en especial, atendiendo a que opera la suspensión relativa de la actuación ya comentada, el juez, que bien puede admitir los desistimientos, debe posponer la decisión de levantar las cautelas y dar por terminado el proceso tan sólo

hasta cuando venza el plazo para la presentación de los llamados y ninguno comparezca.

13.2.2. *Acumulación especial de demandas ejecutivas del mismo ejecutante*

Se observa que todo lo anteriormente explicado se refiere a las denominadas tercerías, es decir, las demandas que presentan acreedores diferentes del inicial ejecutante dentro del proceso iniciado por éste.

Esas mismas posibilidades explicadas y observando idéntico trámite para su evacuación, las tiene el ejecutante inicial, es decir, que éste puede presentar de manera acumulativa otras demandas ejecutivas contra el demandado, si de cobrar nuevas obligaciones se trata.

Claro es el artículo 463 al destacar en el inciso primero que: "Podrán formularse nuevas demandas ejecutivas por el mismo ejecutante o por terceros", derecho acerca de cuyo ejercicio realizo una especial precisión y es que sólo se justifica utilizarlo cuando ha vencido el plazo para reformar la demanda ejecutiva, porque si así no ocurre resulta mejor emplear el sistema propio de la reforma que permite incluir nuevas pretensiones, lo que evitaría los emplazamientos a terceros indeterminados previsto en este artículo, porque en este evento se aplicaría el trámite de la reforma de la demanda, pero advirtiendo que se trata de una elección del ejecutante, es decir, que si aún estando en ocasión de reformar la demanda ejecutiva, emplea el sistema de la acumulación debe impartirse el trámite del art. 463.

A no dudarlo, todo pone de presente que lo ideal es presentar la demanda ejecutiva acumulando en ella las diversas pretensiones desde un primer momento con lo cual se evitan los trámites adicionales de la reforma de ella; empero, si por cualquier motivo así no se procedió sigue en utilidad, por ser un paso más sencillo, el de emplear el mecanismo de reforma. Precluida la oportunidad para hacerlo queda como última salida la de que el mismo ejecutante presente una nueva demanda la que va a tener el tratamiento idéntico a la que hubiese formulado cualquier tercero.[56]

13.3. *Acumulación de procesos ejecutivos*

El artículo 464 del CGP trae un caso específico de acumulación de procesos figura cuyos lincamientos generales están en el art. 148 del CGP, con algunas particularidades propias para el proceso de ejecución; es el fenómeno de la acumulación de procesos ejecutivos que parte de la misma base de la intervención de terceros y tiene idéntica finalidad, permitir que con los bienes embargados al deudor se paguen las diversas acreencias.

La diferencia de las dos regulaciones estriba en que en la acumulación de demandas existe un solo proceso al cual concurren los distintos acreedores que hasta ese momento no habían adelantado ninguna actuación judicial, en tanto que en la acumulación de procesos existen varios procesos de ejecución separados, que se reúnen para adelantarlos conjuntamente.

56 Podría ser de utilidad emplear esta herramienta como un sistema en orden a que se cite a los supuestos acreedores y vencido el emplazamiento sin que concurran, se asegura que ya,dentro de ese proceso ningún otro acreedor con garantía personal podrá hacerse parte.

Para que sea viable acumular procesos de ejecución deben cumplirse los requisitos especiales señalados por el art. 464, además de los generales previstos en el art. 148 del CGP para todo tipo de acumulación que en principio, permite a las partes y aún al juez de oficio decretar la acumulación.

Empero es un derecho que en mi sentir no lo tiene el ejecutado, o sea la parte demandada, debido a la regulación especial que señala el art. 464 y radica esa posibilidad exclusivamente en quien "pretenda perseguir total o parcialmente los mismos bienes del demandado", o sea en los acreedores, pues es de destacar que se eliminó expresamente en el CGP la posibilidad de que lo hiciera el ejecutado, antes prevista en el derogado art. 541 del C. de PC. que se ocupaba del tema, lo que es un argumento más para sustentar la tesis expuesta.[57]

En otras palabras, de acuerdo con el art. 148 del CGP una de las posibilidades para solicitar la acumulación de acuerdo con el literal c) de dicha norma es "cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos", lo que estimo no se aplica en el proceso ejecutivo debido a que no se ve como puede la misma excepción estar basada en las mismas circunstancias fácticas, no las jurí

57 Advertí en el comienzo de esta obra que las referencias al derogado estatuto procesal serían mínimas y es esta una de las pocas que hago para destacar que en el C. de P.C. la solicitud de acumulación de procesos la podía presentar el ejecutado, en cuyo *caso* además de los requisitos mencionados, el num. 1 del art. 541, agregaba, remitiéndose al num. 2 del art. 157, que: "Las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos". Este requisito era de muy rara estructuración, y por tal motivo era poco frecuente que esta solicitud la presente el ejecutado, razón por la cual en el CGFP se eliminó la posibilidad.

dicas, dada la individualidad de las correspondientes relaciones crediticias

Tales requisitos son: que exista un demandado común; que se persigan total o parcialmente los mismos bienes; que la solicitud se presente antes de ser proferido el auto que señala por primera vez fecha para la audiencia de remate, o de hecho el pago con el dinero secuestrado en el proceso en donde se pretenden efectuar las acumulaciones y que no se trate de "procesos ejecutivos ante jueces de distintas especialidades", según el numeral 3 del art. 464..

Advierte el numeral 1 del art. 464 que: "Para que pueda acumularse un proceso ejecutivo quirografario a otro en el que se persiga exclusivamente la efectividad de la garantía real, es necesario que lo solicite el ejecutante con garantía real.", lo que no significa que de darse esta excepcional hipótesis, pierda el acreedor con garantía real su privilegio en el pago.

Presentada la solicitud, se sigue el trámite previsto en los arts. 149 y 150 del CGP, lo que implica que conocerá, el juez que tramita el proceso más antiguo, lo que se precisa por la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo o el que primero practicó medidas cautelares, para el caso del proceso ejecutivo el embargo de bienes.

Si se decreta la acumulación, los procesos se tramitarán conjuntamente, pero en cuaderno separado. El auto que decreta la acumulación debe disponer que se cite a todos los acreedores que tengan títulos ejecutivos que hacer valer contra el deudor.

Efectuada la acumulación, los embargos y secuestros decretados en los procesos acumulados surtirán efectos para todos los acreedores, lo cual evidencia que la actividad de uno de los demandantes beneficia a todos los ejecutantes, y aquél, salvo el derecho a que se le paguen preferentemente los gastos en que incurrió, no tiene ningún privilegio.

14. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA REAL DE PRENDA O HIPOTECA

14.1. Generalidades acerca *de la hipoteca*

Una vez estructurada la obligación, el acreedor, sujeto activo de la misma, busca seguridades que le permitan que llegado el momento la prestación sea observada o que, si esto no acontece, exista una adecuada garantía que al ser utilizada constriña al deudor a cumplir con lo debido tal como originalmente se estableció o, de no ser esto viable, lograr el pago de los peijuicios que se causaron.

A través de la historia se han realizado y se siguen haciendo esfuerzos para obtener esta finalidad de la manera más adecuada posible y son numerosas las orientaciones jurídicas dadas con tal fin.

La solidaridad, la fianza, los pactos accesorios a la compraventa como el de la condición resolutoria expresa, la venta con reserva de dominio, la anticresis, la fiducia en garantía, la prenda y la hipoteca son algunos de los mecanismos jurídicos que buscan garantizar al acreedor que la prestación será cumplida por el deudor en su forma original, o pagando los peijuicios compensa

torios y moratorios cuando no se puede o no se quiere cumplir la prestación en la forma inicialmente pactada.

De esas modalidades una de las más antiguas es la garantía hipotecaria, que en el moderno tráfico jurídico, mantiene la importancia que tuvo en sus orígenes, en términos similares a los que hoy la identifican.

En el derecho romano primero se perfiló con toda nitidez la prenda *(pignus)* y a partir de la República se estructuraron el concepto de hipoteca y el de prenda sin desplazamiento *(pignus obligatun)* que, tal como lo destaca Emilsen González[58] "en esta modalidad el deudor pignorante o el tercero que otorga la garantía conserva la posesión material del objeto pudiendo, en consecuencia, obtener de él los rendimientos económicos necesarios para cumplir la obligación principal".

Poco se ganaría si además de la concreción sustancial de la nueva garantía no se hubiera dado, consiguientemente, la correspondiente norma procesal que permitiera darle efectividad a la caución. Por ello se otorgó al acreedor "la acción serviana o hipotecaria, de carácter real, para reclamar de cualquier poseedor la cosa hipotecada; así con esta acción la hipoteca alcanza su pleno desarrollo como derecho real oponible *erga omnes".*[59]

58 GONZÁLEZ Emilsen, *Manual de derecho romano;* Bogotá, Ed. Extemado de Colombia, 1986, pág. 321.

59 Ibídem, pág. 321, Cfr. A. E. G1FFARD y Robert VELLER, *Droit romain et anden droit frangais.* Les obligatíons, París, Dalloz, 1976 págs. 393 a 418 quienes destacan que "a partir del día en que el acreedor hipotecario tiene protección de esta acción cuasiserviana se puede decir que tiene un derecho real (jus in re)

sobre el bien de su deudor"

Las legislaciones occidentales acogieron la garantía hipotecaria en términos muy similares a como se la conoció en el derecho romano, junto con sus desarrollos procesales. No obstante lo antiguo de la institución y lo abundante de la literatura que existe acerca de ella,[60] subsisten numerosos aspectos polémicos que evidencian su permanente actualidad, como que estamos ante una de las instituciones centrales del derecho privado, porque se la autoriza tanto en el campo civil como en el mercantil.[61]

En el derecho francés se perfilan otras características propias de la actual garantía hipotecaria, en especial su solemnidad (debía constar en escrito).

En el caso colombiano la legislación sobre la garantía hipotecaria es muy amplia: bien para exigirla como única garantía aceptable frente a cierto tipo de obligaciones, ora para propender que en lo posible sea ese el medio de aseguramiento que tenga el acreedor, por la clara razón de que la garantía hipotecaria es la que otorga el mayor margen de seguridad comparativamente con otras y la que menos peijuicio causa al garante quien no se ve privado de la disposición ni del goce del bien.

Es de advertir que con frecuencia la explicación se refiere a la garantía hipotecaria y ex-profeso así lo hacemos por tratarse del evento más frecuente, pero queda sobrentendido que todo lo que se comenta sobre la hipoteca, salvo la solemnidad de la escritura pública, se predica de la otra garantía real, la prenda.

60 Entre nosotros basta citar el importante trabajo del profesor Alvaro Pérez Vives. *Garantías civiles,* Bogotá, Edit. Temis, 1984.

61 Los artículos 2432 a 2457 del C. C. regulan la hipoteca, en tanto que en el C. de Co. los artículos 1570 a 1577 se ocupan de la hipoteca naval.

14.2. *El objeto de la garantía hipotecaria y el objeto del proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario*

Es necesario recordar que a la hipoteca se la estudia como contrato, como derecho real y *como* garantía; en verdad su compleja naturaleza jurídica permite que de ella, como de la prenda, puedan predicarse todas esas características.

Nace por acuerdo de voluntades plasmado en un negocio jurídico que asume la modalidad de contrato; una vez perfeccionada otorga al titular del crédito con hipoteca los atributos propios del derecho real, disponibilidad, persecución , preferencia y es una garantía porque su existencia depende necesaria, fatalmente, de la de una obligación cuyo cumplimiento cauciona. Sin obligación no existe hipoteca por cuanto su razón de ser es la de asegurar el cumplimiento de lo debido o el pago de los peijuicios; por sí sola no tiene utilidad en el mundo del derecho.

El artículo 2410 del C. C., aplicable a la hipoteca, dice que ésta "supone siempre una obligación principal a que accede" y el art. 2457 del mismo Código agrega: "La hipoteca se extingue junto con la obligación principal" con lo cual queda claro que la garantía hipotecaria sólo puede existir en función de una obligación cuyo cumplimiento asegura, de ahí precisamente que se le denomine como un derecho real accesorio.

Ciertamente, sin obligación no existe hipoteca. A esta característica no escapa ninguna clase de hipoteca, ni siquiera la hipoteca abierta que se constituye formalmente con el otorgamiento de la escritura pública y su oportuno registro, para garantizar

obligaciones que se adquieran en un futuro. La efectividad como garantía está sometida a que existan esas obligaciones.

En efecto, el art. 2438 del C. C. dispone que la hipoteca podrá otorgarse "antes o después de los contratos a que acceda" y por esta razón el otorgante de la garantía hipotecaria puede exigir al beneficiario de la garantía y futuro acreedor, la cancelación del gravamen hipotecario abierto cuando aún no se han constituido obligaciones, bien porque no obstante haber constituido la hipoteca ya no le interesa utilizar los créditos o porque hizo uso de ellos y los pagó.

14.3. *Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con hipoteca*

El binomio garantía hipotecaría-obligación, plantea el siguiente interrogante: ¿qué tipo de obligación se puede garantizar con la hipoteca? Como se sabe, la prestación en lo que a su contenido respecta, puede ser de dar, dinero o cualquier otro tipo de bienes, como lo previene el art. 1605 del C. C.; de hacer, prevista en el art. 1610 del mismo Código y de no hacer, mencionada en el art. 1612 del C. C.

Si la hipoteca es una garantía que supone una obligación a la cual accede, este sistema de aseguramiento es viable respecto de todo tipo de obligación. No existe restricción legal ni contraría su utilización la particular índole de la prestación, de modo que el cumplimiento de toda obligación se puede garantizar con prenda o hipoteca.

14.4. *El objeto del proceso ejecutivo con titulo hipotecario*

El artículo 468 del CGP señala que la demanda para hacer efectiva la garantía hipotecaria debe solicitar "el pago de una obligación en dinero exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda". Ello quiere decir que se busca una doble finalidad con el proceso ejecutivo: el pago de una obligación en diñero con el producido de la venta en pública subasta del bien objeto de la garantía.

Lo primero implica vincular al deudor o sujeto pasivo de la obligación cuya efectividad se busca; lo segundo, al propietario del bien cuando las dos calidades no coincidan en la misma persona, como adelante se explicará.

La inicial finalidad plantea una aparente incongruencia entre el objeto de la garantía y el objeto del proceso para hacerla efectiva. Ciertamente, si el objeto del proceso es únicamente lograr la efectividad de una obligación en dinero que es una modalidad de las obligaciones de dar, ¿ello no significará que la hipoteca únicamente sirve para asegurar obligaciones en la modalidad de dar y dentro de estas tan sólo las de dar sumas de dinero?

De un análisis superficial podría concluirse que así es. Empero, no existe ninguna contradicción, tampoco incongruencia entre la legislación sustancial y su desarrollo procesal, porque el hecho de que la garantía hipotecaria sirva para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones no quiere decir que el proceso ejecutivo hipotecario esté destinado para obtener el cumplimiento en su forma original de todas ellas, pues sólo se admite la demanda para el pago de obligaciones de dinero, por

que la estructura del proceso ejecutivo impide su realización en forma diferente, habida cuenta que el Código Civil dice que el bien dado en hipoteca se venderá en pública subasta "para que con el producido se le pague", entendiéndose que este pago es para cancelar una obligación en dinero.

Sería un absurdo jurídico que la garantía hipotecaria pudiera servir para compeler al deudor que entregue bienes diferentes a dinero, que haga o que no haga. Mas esto no es obstáculo para que, en caso de incumplimiento de cualquiera de estas prestaciones, el deudor pueda ser perseguido optando el acreedor por el subrogado pecuniario, es decir, demandando en lugar de la obligación in natura (en su forma original) los peijuicios derivados del incumplimiento de cualquier obligación distinta de entregar una suma de dinero, estimándolos en dinero y solicitando se haga efectiva la garantía, tal como lo permite el art. 428 del CGP.

Es claro que en un proceso ejecutivo con garantías personales el deudor puede ser demandado para que en lugar de cumplir la obligación, distinta a dar dinero, en su forma original, lo cual puede ya no interesar al acreedor, sea constreñido a pagar en dinero debido a que el ya estudiado art. 428 señala que "El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de peijuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distinto de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento sino figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal, y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero".

Pues bien, si esta opción la tiene el acreedor cuando carece de la garantía hipotecaria, ¿podrá sostenerse que la pierde por el hecho de existir aquélla?.

En absoluto, se trata de un proceso de ejecución con garantía hipotecaria que se rige por las normas generales de todo proceso de ejecución. Por eso sostengo que si se ha garantizado con hipoteca una obligación de dar bienes diferentes a dinero, de hacer o de no hacer y se quiere la efectividad de la garantía, el acreedor puede optar por el derecho que le otorga el art. 428 del CGP y demandar "desde un principio" los peijuicios compensatorios y moratorios en la forma que prevé dicha norma.

De no acogerse esta interpretación el derecho procesal restringiría indebidamente el ámbito de aplicación de la garantía hipotecaria, que la legislación sustancial acepta para todo tipo de obligación.

Pero, ¿qué ocurre si en el proceso ejecutivo hipotecario no se demuestra la cuantía de los peijuicios estimados en la demanda? En esta hipótesis debe aplicarse la solución que para el mismo caso ofrece el art. 439 del CGP que indica: "Si no se acredita la cuantía de los peijuicios, el juez declarará extinguida la obligación", o sea que pierde el acreedor el derecho a su acreencia y, como obligada consecuencia, se extingue la garantía, declaración que hará el juez, según el caso, en la sentencia.

Un ejemplo ilustra lo anterior: Carlos se obligó a construir una casa para Juan y como garantía de cumplimiento de la obligación de hacer que adquirió, hipotecó un inmueble de su propiedad. Ante el incumplimiento del deudor Juan, si quiere hacer

efectiva la garantía hipotecaria debe optar por el subrogado pecuniario e iniciar el correspondiente proceso por sumas de dinero. No obstante, el querer de Juan es que Carlos construya la casa y no le interesan los peijuicios compensatorios razón por la cual debe promover un proceso ejecutivo con base en garantías personales, lo que implica que prescindió de utilizar la garantía hipotecaria y tácitamente renuncia al privilegio que ésta le otorgó.

En consecuencia puede el deudor ejecutado solicitar que el acreedor le cancele el gravamen hipotecario pues este dejó de tener objeto al haberse optado por el cumplimiento de la obligación en la forma originalmente pactada.

14.5. *La demanda. Requisitos*

Además de los propios de toda demanda ejecutiva, debe precisar los bienes objeto del gravamen y es necesario que esté acompañada de un título ejecutivo, pues no puede perderse de vista que se trata de un proceso de ejecución en el que la existencia de dicho documento es esencial para su desarrollo.

El título ejecutivo puede constar en el mismo instrumento donde se constituyó la prenda o la hipoteca o en otro documento separado como ocurre en el caso de las hipotecas abiertas, en las cuales además de la escritura pública debidamente registrada y del certificado del registrador sobre la vigencia del gravamen expedido con una antelación no superior a un mes, se acompañan otros documentos, normalmente cheques, letras o pagarés, en los que consta la obligación clara, expresa y exigible, puesto que el proceso ejecutivo con título hipotecario no se sustrae a la aplicación del art. 422 del CGP, ya que, como antes se mencionó,

este proceso no sólo persigue el remate del bien dado en prenda o hipoteca sino también la efectividad de la obligación a la cual accede la garantía, que necesariamente debe constar en un documento que reúna las características de un título ejecutivo, aspecto que queda claramente plasmado en el inc. 2º del numeral Iº del art. 468 que dispone: "A la demanda se acompañará título que . preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda ..."

Adicionalmente, si la demanda ejecutiva hipotecaria es la de un acreedor que se citó a un ejecutivo con garantía personal y dentro del plazo del art. 462 desea iniciar por separado la ejecución, el art. 468 señala que: "Si del certificado del registrador aparece que sobre los bienes gravados con prenda o hipoteca existe algún embargo ordenado en proceso ejecutivo, en la demanda deberá informarse, bajo juramento, si en aquél ha sido citado el acreedor, y de haberlo sido, la fecha de la notificación", requisito especial para esta hipótesis, que está destinado a que el juez conozca con exactitud si aún se está en la oportunidad para iniciar por separado la ejecución y, de así no suceder, proceda a negar el mandamiento de pago si resulta perentorio presentarse al proceso donde se le hizo la citación.

En muchos casos el título ejecutivo está contenido en la misma escritura pública de hipoteca, lo que es usual en las denominadas hipotecas directas en las que además de constituirse la garantía hipotecaria se plasma el contenido de la obligación. Pero la circunstancia de que conste la obligación en una escritura pública no releva del deber de establecer si de la obligación que se cobra se pueden predicar los requisitos que exige el art. 422 del C.GP, pues los colombianos tenemos la tendencia a otorgar a

las escrituras públicas, por su sola forma, un alcance probatorio mayor del que intrínsecamente les corresponde.

14.5.1. *El demandado en el proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario*

Sobre este tema persiste una interesante polémica, pues sigo sosteniendo que siempre debe ser demandado el titular del derecho de dominio del bien dado en prenda o hipoteca, por lo señalado en el inciso tercero del numeral Iº del art. 468 acerca de que se dirigirá la demanda contra el "actual propietario del inmueble, o de la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda"; pero si ese titular no es igualmente el deudor, deben tener la calidad de demandados, tanto el actual propietario como el deudor, por presentarse, como más adelante demostraré, un típico caso de litisconsorcio necesario por la naturaleza del asunto por estar bifurcadas las calidades de deudor y garante.

En los siguientes argumentos sustento mi tesis:

Iº) Se debe tener presente que la hipoteca y la prenda son, por definición, derechos reales accesorios de garantía, es decir, que dependen de la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento se quiere asegurar. Lo anterior se deduce tanto del art. 2410 del C. C. (aplicable a la hipoteca) que dice que la prenda "supone siempre una obligación principal a que accede", del art. 2457 de la misma obra que prescribe que "la hipoteca se extingue junto con la obligación principal", así como del art. 2537 que señala: "La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben, junto con la obligación a que acceden".

2º) Dada la íntima e inescindible relación entre la obligación (lo principal) y la garantía real (lo accesorio), todo lo concerniente a ellas, si es objeto de controversia judicial, se ventila en un mismo proceso. Resultaría un despropósito jurídico adelantar un proceso para dar efectividad a una garantía hipotecaria sin que necesariamente se pretenda el pago de una obligación en dinero.

3º) Ya se vio que en el proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario se persigue una doble finalidad: la efectividad de la obligación que no fue atendida oportunamente, y la venta en pública subasta del bien dado en garantía, para lo cual es menester que la demanda reúna los requisitos de toda demanda ejecutiva.

Si el primer requisito de toda demanda ejecutiva es que ella se dirija contra el obligado, o deudor, bien se ve que en el ejecutivo con base en garantías reales el deudor siempre debe figurar como demandado por ser la persona que no ha cumplido con la obligación que adquirió; por eso en los casos en que éste hubiere enajenado el bien objeto del gravamen o que la hipoteca se haya constituido para garantizar obligaciones ajenas, la demanda también debe dirigirse contra el actual propietario quien, por ser el titular del derecho de dominio y haber adquirido el bien sometido a gravamen prendario o hipotecario, asumió la calidad de garante y, por ende, sin discusión alguna, siempre debe comparecer al
proceso.

4º) Ciertamente el art. 2440 del C. C. faculta al propietario de un inmueble sometido a hipoteca para enajenarlo sin restricción alguna, y el 2454 del mismo estatuto permite que se hipoteque un bien propiopara garantizar una obligación ajena, hipótesis

éstas en las cuales se bifurca la calidad de deudor y la de garante, que usualmente se dan en la misma persona.

No es nueva esta situación. MESSINEO[62] enseña que en estas hipótesis nos encontramos en un "típico caso de responsabilidad por deuda ajena. Así, uno es el sujeto de la obligación y otro es el sujeto de la responsabilidad". Los hermanos MAZEAUD[63] por su parte, destacan que "el deudor conserva el derecho de vender el inmueble hipotecado, pero no por eso deja de ser deudor. La venta no surte el efecto de que el adquirente sustituya al deudor como enajenante".

Pues bien, al presentar demanda en proceso donde se ejercita una garantía real, especialmente hipoteca, si el inmueble ya no pertenece al deudor (así lo certifica el registrador), la demanda debe necesariamente dirigirse contra el actual propietario del bien, aspecto que no es objeto de reparo alguno pero y esto es lo novedoso de la tesis, deberá igualmente encaminarse contra el deudor por cuanto el ejecutivo con garantía real está destinado a debatir la obligación (frente al deudor) y la garantía (frente al actual propietario).

5º) La vinculación del deudor es permanente, en tanto que la del tercero adquirente es puramente accidental y sólo se requerirá si es titular actual del derecho de dominio; si el adquirente a su vez enajenó el bien, sobra su vinculación al proceso, pues se demandará al actual propietario. Siempre debe demandarse al

62 MESSINEO Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires. Ejea, págs. 55 y 101.

63 MAZEAUD H. J. y L., *Lecciones de derecho civil,* Parte III, t. II, Buenos Aires, Ejea, pág. 90.

obligado y si éste no es el actual propietario del bien, también a quien lo sea y no sólo a éste último.

En conclusión, cuando el actual propietario no es el obligado, adicionalmente el deudor también debe ser demandado.

6º) En la hipótesis planteada se presenta un caso de litisconsorcio necesario debido a que el art. 61 del CGP es norma aplicable a todo tipo de procesos y no sólo a los de conocimiento, como erradamente se cree al confundir la intervención adhesiva o coadyuvancia propia de los juicios de conocimiento con el litisconsorcio necesario, cuya aplicación no está sometida a ninguna restricción en lo que a clase de procesos respecta.

El litisconsorcio necesario surge si el proceso versa sobre "relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos", en cuyo caso la demanda debe formularse por todas o "dirigirse contra todas".

Jairo Parra Quijano afirma en su enjundioso estudio sobre los terceros,[64] que el litisconsorcio necesario puede ser propio o impropio. El propio cuando la ley expresamente lo ordena, e impropio cuando la "exigencia surge en el proceso por la relación material que es objeto de éste", circunstancia que se presenta en el evento que analizo, pues el deudor sigue siéndolo no obstante haber enajenado el bien (sujeto pasivo de la relación contractual,

***64* PARRA *QUIJANO* Jairo, *Apuntes para una teoría de los terceros*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1980, pág. 41.**

persona obligada a cumplir con la prestación). Por eso si se quiere obtener la efectividad tanto de la obligación como de la garantía, y el actual titular del bien es persona distinta del obligado, por la naturaleza de la relación material, deudor y garante necesariamente deben ser demandados.[65]

7º) Lograr la efectividad de la hipoteca o de la prenda por el sólo hecho de estar constituidas, es un absurdo jurídico. Se persigue la venta del bien hipotecado o dado en prenda porque el deudor incumplió. En consecuencia, entre deudor y garante se presenta una relación que por su naturaleza no puede ser decidida sin la presencia de los dos titulares (el del dominio y el deudor) cuando no son coincidentes en el mismo sujeto.

Y es tan evidente esa íntima relación, que basta imaginar el caso de que el acreedor quisiera ejercitar otro de los derechos que le asiste, el de la acción mixta que debe adelantarse simultáneamente, esto es, en el mismo proceso.

65 Tribunal Superior de Medelín, *Revista de Jurisprudencia,* número 19, año 10, 1994, página 41, sentencia de febrero 3 de 1994, ponente Dra. Beatriz QUINTERO DE PRIETO, donde advierte: "Un examen teórico del aspecto permite concluir que en procesos como el que se estudia y decide, en donde se halla en proceso alguien por una relación sustancial que le es ajena (la obligación) debe tener oportunidad de comunicar al tercero verdadero obligado (verdadero titular de la relación sustancial) la existencia del proceso, para que si lo tiene a bien intervenga litisconsorcialmente porque él es un litisconsorte cuasi necesario, es alguien en cuya esfera jurídica se va a producir el efecto de la sentencia, es alguien que va a ser afectado con la cosa juzgada que se produzca en el proceso". Basta analizar esta argumentación para ver que ella no hace nada diverso a reiterar que se trata de un litisconsorcio que, en mi sentir erradamente se califica de cuasi- necesario, por entender el Tribunal que "la ley no obliga a noticiar al verdadero obligado", aspecto donde está la falla del Tribunal quien olvida que no siempre la ley debe ordenar de manera

¿Acaso la perderá por haber enajenado el deudor el bien que hipotecó? Indudablemente no. La conserva, y si la quiere ejercitar debe demandar en proceso ejecutivo tanto al deudor (respecto del cual perseguirá los restantes bienes), como al actual propietario del bien (para lograr la efectividad de la garantía).

Si se demanda al actual propietario en proceso ejecutivo con título hipotecario y al deudor en ejecutivo con garantía personal, a más de correr el riesgo de la excepción de pleito pendiente o el de demandas penales por fraude procesal (intentar, así sea en apariencia, dos veces el cobro de la misma obligación), se desnaturalizaría la esencia de la acción mixta que por expresa disposición legal implica el ejercicio simultáneo de las garantías personales y reales (art. 2449 del C. C.), o sea en único proceso.

Por lo anterior, no comparto el punto de vista del profesor César Gómez Estrada quien, en su obra sobre los contratos civiles,[66] sostiene que: "No sobra advertir que esta acumulación de acciones no puede ocurrir sino cuando coinciden en una misma persona las calidades de deudor y propietario del bien hipotecado". A todas luces es incorrecto sostener que enajenando el bien se pueda enervar la acción mixta, tal como lo prevé el art. 2449 del C. C., tamaña afirmación conlleva radicar en cabeza del deudor la posibilidad de demeritar la garantía del acreedor de manera unilateral e inconsulta, con el elemental sistema de vender el bien hipotecado, lo que resulta inaceptable.

8º) Cuando el deudor y el garante son personas distintas, la demanda se debe dirigir contra los dos para evitarles peijuicios.

---

66 **GÓMEZ ESTRADA César,** ***Los principales contratos civiles,*** **Bogotá. Ed. Dike, 1982, pág. 481.**

El artículo 2453 del C. C. señala que si el tercer garante paga, se subroga en los mismos términos que el fiador, en tanto que si es desposeído de la finca "será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella".

Pregunto ¿jurídicamente será posible deducir tan graves consecuencias al deudor que no ha tenido la ocasión de comparecer en el proceso? Y si el deudor no es citado al proceso, y por ende se enerva su derecho de defensa ¿será constitucional imponerle como consecuencia tales obligaciones?

La respuesta negativa se impone. Sólo si el deudor es vencido en el proceso debe asumir las obligaciones que prescribe la disposición, argumento que demuestra que por la naturaleza de las relaciones materiales entre deudor y garante siempre se debe citar al deudor, porque no es posible resolver de mérito sin la presencia de los dos.

Aún más, si el actual propietario paga la obligación, y por ende, se subroga "en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador" (C. C., art. 2453, inc 2º), el deudor podrá oponerle al garante las mismas excepciones que de haber sido citado al proceso hubiera podido proponerle al acreedor, pues el art. 2402 del C. C. señala que si el fiador paga sin avisar al deudor "podrá éste oponerle todas las excepciones de que el mismo deudor hubiera podido servirse contra el acreedor", posibilidad que se elimina, si como se propugna, el deudor se cita al proceso desde un primer momento, dada su innegable calidad de litiscon- sorte necesario.

Y si el bien es rematado, hipótesis prevista en el inc. 3º del art. 2453 del C. C. (el garante es "desposeído de la finca") ¿qué implica la pérdida del bien como consecuencia de la sentencia que ordena rematarlo en un proceso en que no fue parte el deudor (vendedor del inmueble)? Es éste un típico caso de evicción, (art. 1894 del C. C.: "Cuando el comprador es privado de todo o parte de ella, por sentencia judicial"), en el cual para que exista obligación de saneamiento es menester que el vendedor (deudor u obligado) sea citado al proceso, pues si no comparece por no habérsele citado "y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento" (C. C., art. 1899).

Y no se diga que la obligación de saneamiento que prevé el art. 2453 del C. C. obedece a causas diferentes de la evicción ni que es diversa de la del saneamiento por tal razón. En absoluto: De acuerdo con el inc. 3º el vendedor y obligado debe indemnizar plenamente "con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella" y nada mejor para saber en qué consiste esa plena indemnización que aplicar el art. 1904 del C. C. el cual señala el contenido de la obligación de saneamiento por evicción.

Si se acepta la tesis que sostengo, el vendedor (deudor) no puede ampararse en el art. 1899 del C. C. y, como argumento central para demostrar el litisconsorcio necesario que se da por la naturaleza de la relación, se proscribe que las gravosas condenas de que trata el art. 2453 del C. C. puedan ser impuestas sin la audiencia de quien las debe' soportar. ‘'

Si se cita al deudor, se asegura el adecuado ejercicio del derecho de contradicción a través de la formulación de excepciones, pues si bien és cierto que al garante (actual propietario) le

es dable excepcionar, nadie puede hacerlo mejor que el deudor, conocedor de todas las vicisitudes de la obligación.[67]

9º) Debemos cuidamos de suponer que las relaciones entre garante y propietario son las de una obligación solidaria. Si de eso se tratase, sencillamente se podría presentar la demanda contra el actual propietario sobre la base de que el acreedor "podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda

67 Corte Constitucional, Sentencia 192 de mayo 8 de 1996. Ponente Dr. Jorge ARANGO MEJÍA. En este fallo se negó la inexequibilidad del inciso tercero del art 554 del C. de P. C., aspecto que comparto, pues el hecho de que el inciso se preste a interpretaciones no conlleva que sea norma violatoria de la Constitución. No obstante, en la sentencia se realizan magras consideraciones acerca de que tan sólo se debe demandar al actual propietario, basadas en el hecho de que éste puede excepcionar de fondo y que no existe litisconsorcio necesario sin argumentar porqué no se estructura el mismo. En suma se reitera la tesis que denominaremos clásica. El magistrado Eduardo C ¡fuentes Muñoz aclaró su voto para, apartándose de tales fundamentos, tomar decidido partido por la contraria al señalar, entre otros aspectos, para concluir que se debe demandar al deudor y al garante cuando sus calidades no son coincidentes, los siguientes: "La interpretación expuesta, pese a que pueda no ser compartida por una parte de la doctrina nacional, particularmente por razones técnicas, garantiza de manera más efectiva el derecho al debido proceso, no sólo del deudor sino del tercero propietario del bien gravado e incluso del mismo acreedor", agregándose que "si el deudor es llamado al proceso ejecutivo podrá ventilar todas las excepciones previstas en la ley y alegar conjuntamente con el tercero las razones de su defensa. Así se suprimiría la duplicidad que comporta la interpretación adoptada en la sentencia, en punto al debate que ha de surtirse en el eventual proceso que instaure el tercero vencido contra el deudor principal. Considero que en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución, la sentencia de cuyos fundamentos me aparto debió asegurarse de que la interpretación adoptada, entre todas las posibles, fuera la que mejor tradujera el derecho al debido proceso. Como se puede observar, no se trata de un mero asunto de conveniencia o de política legislativa, sino de la necesidad de preferir la interpretación legal que sea más leal al texto constitucional y mayormente fecunda y eficaz para

oponérsele el beneficio de división" (art. 1571 del C. C.). En tal hipótesis sobrarían nuestros comentarios y la solución propuesta.

Empero, en los casos que he propuesto, entre deudor y garante no existe solidaridad por cuanto ésta surge de una disposición legal que la consagre, por testamento o por convención (art. 1568 del C. C.). Cuando se garantiza una obligación ajena dando en prenda o hipoteca un bien propio, si expresamente no se otorga la garantía personal "no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado" (art. 2454 del C. C.); de modo que si no existió ninguna previsión contractual sobre el punto no habrá solidaridad que para estos eventos la ley no presume, sin que se presente ninguna de las otras fuentes de la solidaridad.

Además, si se trata de la adquisición de un bien con la garantía y tampoco existe ninguna estipulación expresa respecto de la obligación existente, la situación es idéntica.

En resumen, al ordenar el art. 468 del CGP que la demanda ejecutiva con título hipotecario o prendario debe reunir los requisitos de toda demanda ejecutiva, se indica que siempre se debe demandar al deudor, y al agregar que debe dirigirse contra el actual propietario, parte del supuesto de que además o también (expresiones que se omitieron, pero que deben considerarse tácitamente incluidas), debe comparecer el actual propietario como demandado, si el deudor es otra persona.

10°) El inciso final del numeral 5º del art 468 del CGP vino a avalar mi posición, pues se advierte en la norma que: "Cuando a pesar del remate o de la adjudicación del bien la obligación no se extinga, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado,

sin necesidad de prestar caución, siempre y *cuando éste sea el deudor de la obligación. "*

Si se tiene en cuenta lo que señala la disposición, se tiene que admitir que la posibilidad de que se demande únicamente al actual propietario cuando otro es el deudor, va a generar que existan procesos ejecutivos hipotecarios en los que tiene aplicación la norma y otros ajenos a la misma, lo que no es admisible, pues se trata de prescripción legal general aplicable a todo proceso ejecutivo hipotecario.

Admitir esta posibilidad, aún en gracia de discusión, generaría la grave incongruencia de que si existe saldo insoluto se podría demandar al deudor, titular de la garantía personal, para el pago del mismo y en el nuevo ejecutivo, donde necesariamente se emplearía el mismo título ejecutivo, pues se asume que se desglosó con la constancia de abono parcial, podría el deudor demandado proponer excepciones perentorias, dado que se le negó la posibilidad de comparecer en el primer proceso, de ahí que no puede ser menoscabado su derecho de defensa y llegarse al extremo de que se acepten las mismas, con las consecuencias que de ello se derivarían por generar situaciones por entero contradictorias, aspecto que evidencia lo perentorio de la aceptación de la tesis de la necesidad de citar a deudor y garante como ejecutados en el mismo proceso, en el único ejecutivo hipotecario que se origina en el correspondiente título ejecutivo, evento en el que, de no lograrse el pago total, prosigue la actuación ejecutiva únicamente contra el deudor por ser el obligado personalmente, pero conservando total validez toda la actuación anterior, en especial lo atinente al debate sobre las excepciones, si es que lo hubo.

12°) Si se considera, lo que interpretó que la Corte Constitucional[68] al pronunciarse sobre la exequibilidad del parágrafo del art. 554 del C. de P. C., de similar redacción a lo señalado en el numeral 5º del art. 468 del CGP donde se prescribe que: "El registrador deberá inscribir el embargo, aunque el demandado haya dejado de ser propietario del bien. Acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago", no puede quedar la menor duda acerca de que la tesis que de años atrás he sostenido queda ahora soportada, además de todo lo expuesto, también en esta norma del CGP lo que, ojalá, acabe la innecesaria y desgastante discusión en tomo al punto.

Dijo la entidad, luego de analizar lo que son las diferencias entre garante y deudor y destacar que en veces no coinciden esas calidades en la misma persona que: "En la hipótesis comentada, es claro, pues, que contra el deudor no podrá ejercerse la acción real; a su tumo, contra el dueño de la cosa se carece de acción personal, como no sea el que garantizó deuda ajena que se haya obligado a ello expresamente (parte final del art. 2439 ya citado). De esta manera el actual propietario estará vinculado por el hecho de tener en su poder el inmueble hipotecado. Sin embargo la responsabilidad a su cargo no podrá extenderse más allá de lo que corresponda en relación con el bien hipotecado"* con lo cual queda claro que no coincidiendo las dos calidades en el mismo sujeto de derechos, es menester citar a quienes la ostentan, deudor y garante, pues si el actual propietario únicamente queda vinculado por tener esa calidad, no es posible jurídicamente dejar por fuera

68 Corte Constitucional, **sentencia C-798 de septiembre 16 de 2003.**

a quien tiene la de deudor, por ser el no pago de la obligación por parte del deudor, la causal que se esgrime.

Adicionó la Corte Constitucional que: "(...) se declarará la constitucionalidad de la expresión "Acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago", en el entendido de que el actual propietario responderá por la obligación principal pero únicamente hasta el valor del bien hipotecado o dado en prenda", interpretación que, atendiendo el enfoque que el CGP ha dado al proceso ejecutivo hipotecario, en el sentido de que debe ser un trámite único para cobrar la totalidad de la obligación garantizada y que es un proceso que ya no termina con la sola realización de la garantía real, sino con el pago íntegro de lo adeudado, no deja el menor resquicio de duda acerca de que si uno es el garante y otro el deudor, deben ser obligatoriamente citados al proceso ejecutivo hipotecario, con la calidad de ejecutados, ios dos.

14.6. *Competencia y trámite para conocer del proceso ejecutivo para hacer efectiva exclusivamente la garantía real*

Pasando a otro aspecto de este proceso, se tiene que la competencia para conocerlo se determina por el fuero real debido a que únicamente se puede presentar su demanda ante el juez civil, municipal o del circuito, de acuerdo con la cuantía del lugar donde esté ubicado el bien objeto del gravamen según el art. 28, num. 7 del CGP que con precisión advierte que será competente de modo privativo el juez del lugar de ubicación de los bienes.

Una vez presentada la demanda, si el juez determina que reúne los requisitos legales, que está demostrada la existencia de la garantía real y que la obligación es expresa, clara y exigible, profiere mandamiento ejecutivo, tal como se explicó para la modalidad de ejecución por sumas de dinero, mandamiento que se notifica personalmente y no tiene apelación..

Con el mandamiento ejecutivo se decretará el embargo y secuestro del bien dado en garantía, lo que pone de presente que para esta cautela no se requiere petición de parte ni es menester prestar caución, lo que es lógico porque se acredita con prueba idónea, como lo es el certificado del registrador que se anexa con la demanda, que el bien es de propiedad del demandado o al menos de uno de ellos en el caso de ser el deudor distinto del actual propietario.

En efecto, el numeral 2 del art. 468 del CGP señala que: "Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo y sin necesidad de caución el juez decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda", lo cual evidencia el carácter oficioso que tiene el decreto respecto del cual, además, se impone a los registradores el deber de inscribir el embargo sin que importe que el actual propietario no sea el demandado y, además dispuso que quien ostente la calidad de tal, caso de no coincidir con la de demandado "el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago", con lo que se le puso fin a rabulescas maniobras que mediante sucesivas ventas del bien dado en garantía entorpecían el desarrollo de la ejecución, destacándose que en

esta hipótesis el cambio de demandado opera por ministerio de la ley y no es menester reformar la demanda.

Un ejemplo evidencia lo saludable de la disposición: Si se inicia un proceso ejecutivo hipotecario en contra de Carlos y se adjunta el certificado del registrador, recuérdese máximo con un mes de antelación, que da cuenta de que es el propietario, se profiere el mandamiento, decreta el embargo y se lleva el oficio al registro; puede suceder que en el entretanto Carlos haya vendido el bien a Julio quien está inscrito como nuevo propietario. Por ministerio de la ley pasa a ser ejecutado Julio.

No obstante advierto que en casos como el anterior es posible que siga vinculado como demandado quien inicialmente lo fue debido a lo ya ampliamente sustentado acerca de que se presenta un evento donde uno es el deudor y otro el garante, de manera que debe ser cuidadoso el juez en no desligar al inicial demandado, si sigue siendo el deudor, como usualmente acontece.

14.6.1. *La práctica de las medidas cautelares de embargo y secuestro*

Surge el interrogante acerca ¿de a quién compete procurar el perfeccionamiento de tales medidas?

En cuanto al embargo no existe problema alguno, pues se trata de un oficio que el juez dirige al encargado del registro, el que dentro de la actividad normal del despacho se puede remitir directamente por el secretario, así en la práctica sea el demandante quien lo tramita, por evidentes razones de interés en lograr una

pronta efectividad de la cautela, aun cuando todo apunta a que esta labor se cumpla a través de mensaje de datos como sería lo ideal.

Empero, para el secuestro, que conlleva unos gastos, es claro que será el interés de las partes, especialmente del demandante, pero sin que esté ajeno a la posibilidad la parte demandada, porque cualquiera de ellas puede solicitar fecha para efectuarlo, que si se trata de bienes muebles, sin que importe para nada que sean o no de los sometidos a registro, debe ser antes de proferida la sentencia, en tanto que si versa sobre bienes inmuebles, se podrá llevar a cabo antes o después de la sentencia que decreta el remate, por cuanto el numeral 3 del art. 468 del CGP así lo dispone.

En verdad, el inciso segundo del numeral 3 señala que: "El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para proferir sentencia, pero sí para practicar el avalúo y señalar la fecha del remate", norma que pone en evidencia que la posibilidad de dictar sentencia sin que se haya intentado la diligencia de secuestro es sólo para los inmuebles, regulación que no es correcta pues resulta más adecuado que también el secuestro se practique o, al menos, se intente practicar, para así saber con exactitud si se va a rematar el derecho de dominio con posesión material o sólo el primero, en el evento de que prospere la oposición de un tercero y el acreedor haga uso del derecho de perseguir el bien sin esa posesión, tal como lo autoriza el parágrafo 3º del art. 596 del CGP.

En todo caso, es requisito sine qua non para dictar sentencia que el bien esté embargado; cuando el secuestro es medida que no perfecciona el embargo, o sea cuando se trata de secuestro complementario de aquel, es aconsejable, pero no obligatorio, que la diligencia se practique antes de la sentencia por las razones

dadas; empero, si se profiere ésta, inmediatamente queda ejecutoriada, lo primero que debe procurarse es ese secuestro, pues sin su práctica no procede el avalúo y como obligada consecuencia, tampoco el señalamiento de fecha para el remate.

Para proferir la sentencia o auto ordenando que prosiga la ejecución, para lo cual es indiferente que las excepciones propuestas no prosperen o simplemente que no las hubo, se deberá decretar el remate de las garantías reales en concreto, es decir realizando específica referencia a los bienes que deben ser subastados, lo cual implica una diferencia con la sentencia o el auto cuando no se acude a la garantía hipotecaria, que es en abstracto, pues así haya bienes embargados y secuestrados, no se hace mención específica a ellos en la parte resolutiva, en tanto que en esta modalidad de ejecutivo si debe hacerse, dado que su finalidad es precisamente subastar esos específicos bienes.

Téngase presente que por disposición del numeral 3 del art. 468, el secuestro o, al menos la diligencia en donde se intenta su práctica debe desarrollarse antes que el avalúo, pues bien puede suceder que no haya secuestro por prosperar una oposición y que se persiga el dominio sin posesión, lo que determina diversa significación económica del bien.

15. LA CITACIÓN DE TERCEROS ACREEDORES EN EL EJECUTIVO CON GARANTÍA HIPOTECARLA O PRENDARLA

El numeral 4 del artículo 468 del CGP regula la citación de terceros acreedores con garantía hipotecaria o prendaria, pues se recuerda que ha sido política del legislador, que ojalá se pueda

modificar, no permitir que otros acreedores con garantía personal puedan comparecer en este proceso.

La citación debe surtirse personalmente, bien sea en forma directa o indirecta mediante curador, quien está facultado para solicitar por conducto del juzgado que se le entregue copia del documento en que consta la existencia del gravamen en favor de la persona que va a representar.

Efectuada la citación, la demanda del tercero debe presentarse en un plazo de diez días, suficiente para que se asesore y la presente si el tercero es citado en forma personal o se obtenga la copia de la escritura por el curador.

Se debe resaltar que el numeral 4 del art. 468 establece, cuando existen demandas de terceros acreedores, que todas las presentadas en tiempo se tramitarán conjuntamente con la inicial, con lo cual se consagra una clara norma, infortunadamente desvirtuada por malas prácticas secretaríales, acerca de la oportunidad para vincular al demandado al proceso, de ahí que propugne por llamar la atención con relación al asunto, con el fin de que se observe el procedimiento que la ley ha establecido y cuyo desconocimiento genera numerosos problemas.

En efecto, si se tiene presente que en el mandamiento ejecutivo que corresponde a la demanda inicial, se ordena citar a los terceros acreedores que relaciona el certificado del registrador, es menester, antes de notificar al demandado el mandamiento ejecutivo, efectuar las citaciones personales a los terceros acreedores, esperar a que venza el término de diez días con que cuentan para presentar sus demandas y si éstas se formularon,

resolver lo pertinente respecto de ellas, para lo cual se proferirá "un sólo mandamiento ejecutivo para las que cumplan los requisitos necesarios para ello"; entonces sí notificar en acto procesal único los dos mandamientos (el correspondiente a la demanda inicial y el de las restantes), al ejecutado, única manera de poder cumplir con el querer del art. 468 del CGP que impone el trámite simultáneo.

La indebida práctica judicial que combato pone de presente que primero se notifica el inicial mandamiento al ejecutado y con posterioridad se hace la del segundo, lo cual conlleva duplicidad de traslado, repetición innecesaria de trámites y confusión en el desarrollo del proceso, todo por no cumplir el claro texto legal.

En suma, si se quiere cumplir adecuadamente con la finalidad prevista cuando se presente una demanda ejecutiva con título hipotecario y sea necesario citar a otros acreedores con similar garantía, debe procederse de la manera siguiente:

Iº) Se dicta mandamiento de pago respecto de la primera demanda, se ordena citar a los restantes acreedores y se decreta el embargo y el secuestro.

2º) Se cumplen los dos últimos aspectos pero aún no se notifica la demanda al demandado.

3º) Una vez notificados los terceros acreedores se espera a que venza el término de diez días respecto de todos los citados.

4º) Se procede en mandamiento único a pronunciarse sobre las demandas presentadas si se aceptan.

5º) Ahora sí, se efectúa notificación de los dos mandamientos, con lo cual se asegura el trámite conjunto que la ley dispone y la práctica ha negado.

Bien se observa que la solución al problema no requiere de modificación legal; está en manos de los jueces aplicar la disposición en la forma que surge como lógica y coherente.

Si la presentación de alguna de esas demandas altera la competencia, se remitirá toda la actuación al superior, caso que se presenta cuando la demanda inicial es de menor cuantía y las de los citados, al menos una de ellas, es de mayor cuantía, pero lo actuado hasta ese momento es plenamente válido, aspecto éste que igualmente sirve para insistir en la necesidad de notificar en un sólo acto al demandado, todas las demandas de los acreedores citados.

15.1. *Efectos del vencimiento del plazo para que comparezcan los acreedores con garantía hipotecaria citados*

Ante todo reitero que en este proceso únicamente pueden intervenir acreedores que tengan garantías de la misma índole, ya hipotecarias, ya prendarias.[69] El art. 468 en el numeral 4 ordena que en el mandamiento ejecutivo "se ordenará la citación de los

69 En cuanto a la prenda, debe recordarse que el Código de Comercio introdujo importantes modificaciones al respecto, Así, el art. 1211 permite la pluralidad de prendas y establece la prelación de ellas con base en la fecha del registro de los documentos prueba de su constitución y, además, el art. 1214 acepta la posibilidad de prenda e hipoteca respecto de un mismo bien. Cabe advertir que para la constitución de la prenda sobre bienes muebles reputados como inmuebles **por el Código Civil, en caso de existir hipoteca sobre el bien a que estén incorporados, se requiere "el consentimiento del acreedor hipotecario".**

terceros acreedores que conforme a los certificados del registrador acompañados a la demanda, aparezca que tienen a su favor hipoteca o prenda sobre los mismos bienes, para que en el término de diez días contados desde su respectiva notificación hagan valer sus créditos, sean o no exigióles", y agrega que "Vencido el término para que concurran los acreedores citados, se adelantará el proceso hasta su terminación. Si hecho el pago al demandante y a los acreedores que concurrieron sobrare dinero, se retendrá el saldo a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos los que no hubieran concurrido mediante proceso ejecutivo que se tramitará a continuación del mismo expediente y deberá iniciarse dentro de los treinta (30) días siguientes al mencionado pago, vencidos los cuales se entregará al ejecutado dicho saldo".

Esta disposición crea un específico evento de pérdida del privilegio que genera el mejor grado de una hipoteca así como la garantía misma[70], por no comparecer en tiempo el acreedor citado debido a que si deja precluir el término de diez días que tiene para presentar su demanda tan solo podrá acudir en proceso ejecutivo separado para dar efectividad a la garantía personal que no desaparece por ocurrir la circunstancia advertida, por ser obvio que la obligación no se extingue, aun cuando se mantiene una circunstancia excepcional de protección temporal para los acreedores con garantía real que no concurrieron.

En efecto, se debe mencionar otro aspecto del num. 4 del art. 468 del CGP, referente al destino que se da al remanente que puede quedar cuando otros acreedores con garantía hipo

70 Las causales de extinción de la hipoteca están consagradas entre otras normas en los arts. 2457, 1953, 1708, del C. C., art. 12 de la ley 56 de 1904, decreto 960 de 1970 y normas procesales como el art. 468 del CGP.

tecaria no acudieron oportunamente, al disponer la norma que se retendrá a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos en proceso ejecutivo, a continuación dentro del mismo expediente, con lo cual se regula una especial destinación de ese sobrante para pagar a los acreedores con garantía real que no se presentaron.

Es así como se indica: "Vencido el término para que concurran los acreedores citados, se adelantará el proceso hasta su terminación. Si hecho el pago al demandante y a los acreedores que concurrieron sobrare dinero, se retendrá el saldo a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos los que no hubieren concurrido, mediante proceso ejecutivo que se tramitará a continuación, en el mismo expediente, y deberá iniciarse dentro de los treinta (30) siguientes al mencionado pago, vencidos los cuales se entregará al ejecutante dicho saldo."

Lo primero que observo es que se trata de una discutible disposición debido a que la ley procesal crea aquí una condición de privilegio para los acreedores con garantía hipotecaria que no la hicieron valer oportunamente, circunstancia no prevista en el Código Civil. Empero, acepto, en gracia de discusión, que por ser el CGP una ley, puede modificar el Código Civil, como en efecto lo hizo en varias de sus normas y sobre esta hipótesis se tiene que el alcance del privilegio es limitado debido a que solo los acreedores con garantía real que no comparecieron son los que pueden demandar ante el mismo juez dentro del plazo mencionado, para buscar el pago exclusivamente con el valor del remanente y no podrán perseguir otros bienes, pues de hacerlo violarían los dere

chos de los restantes acreedores quirografarios que pudiera tener el deudor.

Anoto también que en la hipótesis de que en el proceso ejecutivo hipotecario estuviese embargado por orden de otros procesos ejecutivos en contra del deudor el remanente, si se inicia dentro del plazo advertido alguna ejecución prima el derecho de los acreedores que tuvieron la garantía y, además, dentro de este especial proceso tan solo podrían comparecer los mismos.

En conclusión, entiendo que el remanente, al menos por los treinta días, es sólo para que otros acreedores hipotecarios que no comparecieron puedan hacer valer sus derechos pues la ley procesal ha creado para este evento un caso especial de subrogación de dinero a bien conservando los privilegios exclusivamente del remanente, de ahí que si nadie se interesa en reclamarlo dentro de los treinta días siguientes al pago que se hizo al acreedor o acreedores que comparecieron, se debe entregar a su propietario (el ejecutado), o enviarlo al juzgado que embargó remanentes.

16. EJERCICIO DE LA ACCIÓN MIXTA EN EL PROCESO EJECUTIVO

El acreedor cuando tiene garantía real para darle efectividad a la obligación a su favor goza de varias alternativas procesales a saber: una de ellas ejercitar exclusivamente la garantía hipotecaria o prendaria y adelantar el proceso ejecutivo con tal modalidad; la segunda está en prescindir del ejercicio de la prenda o de la hipoteca y utilizar el ejecutivo con base exclusivamente en la garantía personal y la tercera emplear coetáneamente las

dos garantías, real y personal, a través de la denominada acción mixta, que es la que a continuación explicaré.

Recuérdese que si un sujeto de derecho adquiere una obligación y la garantiza con hipoteca o prenda, no se sustrae al compromiso de que todo su patrimonio responda por el cumplimiento de ella, salvo que de manera expresa se deje la salvedad de no comprometer el resto de su patrimonio; por consiguiente, el acreedor puede perseguir además del bien o bienes específicamente afectos a garantizar su cumplimiento, otros bienes del deudor.

El trámite del proceso ejecutivo con acción mixta se sujeta a los pasos del ejecutivo pero no se le aplican las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real antes estudiadas, lo que no significa que el acreedor con garantía real sufra menoscabo por acudir a tal sistema, todo lo contrario, amplía las fuentes de pago; mientras en el ejecutivo con garantía real se limita a procurar el cumplimiento de la obligación con el solo producto del remate del bien afectado con prenda o hipoteca, en la ejecución con acción mixta se persigue simultáneamente no sólo ese bien, sino cualquier otro activo que tenga el demandado.

La esencia de la acción mixta, como se esbozó, se encuentra en el hecho de que el ejercicio de la garantía específica (prenda o hipoteca) y de la garantía personal se hace simultáneamente, es decir, **en** un mismo y único proceso.

Algunos se pueden preguntar por que razón se acude a esta acción, pues si se intenta sólo el ejecutivo con garantía hipotecaria o prendaria se impide la intervención de terceros con garantías personales.

La respuesta implica necesariamente hacer referencia a la significación económica y facilidad de venta del bien dado en prenda o hipoteca. Si la obligación que se garantiza está ampliamente respaldada, en caso de que la venta del bien sea en pública subasta, sería innecesario acudir a la acción mixta; empero, si la cuantía de la obligación se ha elevado y excede el posible valor que produzca el remate y es factible que quede un saldo insoluto, la prudencia aconseja acudir al proceso con acción mixta a fin de asegurar, con el embargo de otros bienes, el pago de la obligación en su totalidad.

También justificaría acudir a la acción mixta en los eventos donde la garantía real, no obstante ser económicamente suficiente, puede presentar dificultades para su venta en remate, ejemplo por tratarse de un bien rural y no existir para la época mayor interés en adquirirlos debido a problemas de seguridad, o cuando el ejecutado tiene otros bienes que asegurarían una más rápida efectividad de la obligación, pues debo recalcar que la acción mixta no parte de la insuficiencia de la garantía sino de la prerrogativa del acreedor de hacer efectiva además de la real, la garantía personal.

Obviamente, y como lo dice el art. 2449 del Código Civil, el ejercicio de la acción mixta no implica que el acreedor hipotecario o prendario pierda su privilegio y sea considerado como un acreedor quirografario más. No. Respecto del bien dado en prenda o hipoteca mantiene su condición privilegiada; es decir, con el producido de ese bien se le pagará preferentemente al titular del crédito garantizado sin que otros acreedores tengan derecho ai pago proporcional emanado de ese producto, en tanto

que con el producto de los restantes bienes el acreedor con garantía hipotecaria o prendaria está en la misma situación de un quirografario, esto es, tendrá derecho a que sobre el saldo que quedó insoluto se le abone a buena cuenta de su crédito en idénticas condiciones a las de los demás acreedores que han podido concurrir al juicio.

Al tramitarse este proceso como ejecutivo con base en derecho personal, es posible la intervención de otros terceros tanto con garantía prendaria o hipotecaria como con simple garantía personal. Por consiguiente, respecto del bien dado en prenda o hipoteca debe observarse la condición especial, el privilegio que le asiste al titular del crédito en cuanto a ese bien; en cambio, en relación con los restantes, el acreedor con garantía real no tiene ninguna ventaja sobre otros acreedores por la sencilla razón de que el ejercicio de la acción mixta, así como no perjudica los derechos del acreedor hipotecario o prendario sobre el bien afectado por tales gravámenes, tampoco extiende esa condición privilegiada respecto de los otros bienes.

Veamos el siguiente caso: Luís, a quien el deudor le hipoteca una casa, inicia proceso ejecutivo con acción mixta en el cual persigue y embarga la casa y otros bienes (v. gr. dinero y semovientes). Si María, también acreedora de Luís, se presenta al proceso y en el remate se subasta la casa por veinte millones de pesos y los otros bienes por treinta millones, esto no significa que primero se paga al acreedor con garantía hipotecaria y si algo queda se paga a María, pues se extendería indebidamente el privilegio. Tampoco se puede repartir el producto del remate en

proporción a las acreencias, porque esto llevaría a que se pierda el privilegio.

Si la acreencia de Luís es de sesenta millones de pesos y la de María de veinte millones, al primero se le abona todo el producido de la casa, es decir, se reduce el saldo a cuarenta millones de pesos, y concurre con María para que en proporción a sus acreencias se reparta el producido de los restantes bienes. Por ser el saldo de la obligación de Luís (que no quedó cubierta por la garantía hipotecaria) el doble de la de María, los treinta millones de pesos se distribuirán en proporción de uno a dos: diez millones de pesos para María y veinte para Luís.

Finalmente resalto que el proceso ejecutivo con acción mixta no puede considerarse como un tipo nuevo de proceso de ejecución: su desarrollo es idéntico al del ejecutivo con base en un derecho personal; no obstante, debe recordarse que para que haya lugar a su adelantamiento el demandante debe decirlo claramente en la demanda ejecutiva respectiva, pues se trata de un trámite que debe ser solicitado de manera expresa y que el juez no puede presumir.

17. CONCURRENCIA DE EMBARGOS

El extenso artículo 468 del CGP, que corresponde al capítulo de “las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real” regula este fenómeno que estudio ahora, porque para entender cabalmente la disposición se hacía indispensable conocer los alcances de la acción mixta.

El numeral 6 subtitulado "Concurrencia de embargos", realmente lo que desarrolla es una prelación de embargos, porque concurrencia implica simultaneidad y en este evento lo que existe es prelación, al establecer que existirá uno que tenga primacía sobre los demás, salvo *casos* de excepción donde se permite la verdadera concurrencia de embargos,[71] pues es política del legislador colombiano el que sólo exista respecto de un bien

un embargo.

De acuerdo con el numeral 6 de la citada disposición si el embargo se ha decretado en un proceso de ejecución con garantía real, no interesa que primero se haya registrado el embargo del proceso con garantía personal, ya que basta que el registrador de instrumentos reciba la comunicación de un embargo proveniente del proceso de venta de bienes hipotecados o dados en prenda, para que proceda a cancelar el que afectaba el bien e inscribir el nuevo, "dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá copia de la diligencia al juez que adelanta el proceso con base en garantía real para que tenga efectos en este y le oficie al secuestre dándole cuenta de ello".

Se colige que el registrador debe proceder a cancelar el embargo con el simple recibo del oficio, sin que sea menester que el

71 Hay verdadera concurrencia de embargos en la obligación de suministrar alimentos respecto de la cual dispone el art. 38 de la ley 75 de *1968:* "Si *los* bienes de la persona obligada o sus ingresos se bailaren embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de una sentencia de alimentos, el juez de menores, de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un juicio concurrente, aprehenderá el conocimiento de los distintos procesos para el solo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones

alimenticias".

juez que lo decretó expida la orden; este funcionario judicial se encontrará ante el hecho cumplido y no tendrá otro camino que, si el secuestro ya se había practicado, remitir al juez que conoce del ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en éste, con lo cual se le presta un valioso servicio al principio de la economía procesal, pues se evitan actuaciones repetitivas y, por sobre todo, maniobras respecto del derecho de posesión sobre los bienes.

Ahora bien, si se trata de bienes no sometidos a registro que estaban secuestrados en el proceso con garantía personal, bastará que el juez que conoce del segundo oficie al primero para que remita copia de la diligencia de secuestro, la que seguirá operando para el ejecutivo donde se ejerció la garantía prendaria; empero, puede suceder que en este proceso también se haya practicado el secuestro del bien, hipótesis que soluciona el inciso segundo del numeral 6 del art. 468 destacando que entonces quedará sin efecto el primer secuestro al señalar que: "Si en el proceso con base en garantía real se practica secuestro sobre los bienes prendados que hubieren sido secuestrados en proceso ejecutivo sin garantía real, el juez de aquél librará oficio al de éste, para que cancele tal medida y comunique dicha decisión al secuestre.", adicionando en el inciso siguiente que: "En todo caso, el remanente se considerará embargado a favor del proceso en el que se canceló el embargo o el secuestro a que se refieren los dos incisos anteriores."

El inciso cuarto del numeral 6 del art. 468 dispone que: "Cuando en diferentes procesos ejecutivos se decrete el embargo del mismo bien con base en garantías reales, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró.", con

lo que se consagra la posibilidad de que en otro proceso ejecutivo con acción mixta o exclusivamente hipotecario, se embargue un bien sometido a prenda o hipoteca y, a su vez, en proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario se embargue el mismo bien, caso en el cual "prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró", que no es nada diverso a señalar que prima la hipoteca que primero se inscribió en el registro.

Es decir, si en el proceso ejecutivo con acción mixta, que se adelanta como ejecutivo con garantía personal, el acreedor hipotecario de mejor grado, o sea el del gravamen que primero se registró, embarga el bien, los otros acreedores hipotecarios quedan constreñidos a comparecer al proceso con acción mixta para hacer valer sus derechos. Al prevalecer el embargo correspondiente al gravamen que primero se registró, el legislador obliga a acudir al proceso en que embarga el acreedor hipotecario de mejor grado, de la misma manera que éste debe acudir al ejecutivo con título hipotecario o prendario para hacer valer sus derechos sobre el inmueble gravado, si no adelanta el ejecutivo con acción mixta.

Entonces, el demandante cuyo embargo se cancela puede hacer valer su derecho en el otro proceso "dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero del numeral 4", es decir dentro de los diez días siguientes, lo cual resulta apenas equitativo, pues de lo contrario se hubiera establecido un sistema de desconocimiento de los gravámenes hipotecarios, situación inaceptable desde todo punto de vista.

Dos son las hipótesis que pueden darse y que surgen del art.468 del CGP y son ellas:

1) Se cancela el embargo decretado en el otro proceso ejecutivo y prevalece el del ejecutivo con título hipotecario o prendario.

2) Prevalece el embargo decretado en el otro proceso ejecutivo y se cancela el embargo ordenado en el proceso con título hipotecario o prendario.

En la primera hipótesis, o sea prevalencia del proceso ejecutivo con título hipotecario, suponiendo que el demandante en el otro proceso sea único, es decir, que dentro de ese proceso no se haya presentado ningún tercero, se aplica el art. 468, cuando señala: "El demandante del proceso cuyo embargo se cancela, podrá hacer valer su derecho en el otro proceso dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero del numeral 4. En tal caso, si en el primero se persiguen más bienes, se suspenderá su trámite hasta la terminación del segundo, una vez que en aquel se presente copia de la demanda y del mandamiento de pago."

No obstante, puede suceder que en el proceso ejecutivo cuyo embargo se cancela, intervengan otros acreedores con garantía personal. En esta hipótesis no se suspende el proceso, que continuará su trámite "respecto de éstos, pero al distribuir el producto del remate se reservará lo que corresponda al acreedor hipotecario o prendario que hubiere comparecido al proceso cuyo embargo prevaleció". Si a dicho acreedor se le satisface total o parcialmente su crédito en el otro proceso, "la suma reservada o lo que restare de ella se distribuirá entre los demás acreedores cuyos créditos no hubieren sido cancelados; si quedare remanente y no estuviere embargado, se. entregará al ejecutado".

Un ejemplo permite explicar estas hipótesis, ciertamente complejas, con mayor claridad: Juan inicia proceso ejecutivo con acción mixta en contra de Pedro y obtiene el embargo del inmueble gravado en su favor con hipoteca de segundo grado y también el de un carro del ejecutado. María, acreedora con garantía hipotecaria de primer grado, inicia proceso de ejecución con base en su título hipotecario y obtiene la cancelación del embargo del inmueble, decretado en el proceso promovido por Juan. Éste desglosa su título hipotecario y se presenta dentro del proceso iniciado por María. Mientras tanto, la ejecución que subsiste respecto del carro, queda suspendida en espera de determinar si a Juan se le satisface total o parcialmente su crédito en el ejecutivo adelantado por María. Si el pago es total para Juan y no existen terceros, finalizará el ejecutivo con acción mixta. De lo contrario, se reiniciará para obtener el pago del saldo no cancelado buscando el remate del automóvil.

Ahora bien, si en el ejecutivo con acción mixta se presentó como tercero Roberto, y Juan va a ejercitar su derecho, en el hipotecario iniciado por María, este proceso continuará normalmente, se rematará el carro y se retendrá lo que proporcionalmente le corresponda a Juan si el hipotecario aún no ha terminado; si esto ya ocurrió, se sabe la suerte de Juan y a qué tendrá derecho en el ejecutivo con acción mixta; si todo se le pagó, sólo el tercero tendrá derecho al pago, en tanto que si algo se abonó, se tomará la cifra que corresponda para efectos de fijar el porcentaje que se debe cubrir a Juan.

Conviene advertir que cuando el juez va a realizar la distribución del producido del remate de los demás bienes, en el ejemplo del carro, para determinar la proporción entre las obligaciones de Juan y las del tercero (Roberto), si el ejecutivo hipotecario no ha terminado el juez debe tomar como guía la totalidad del crédito de Juan, sin peijuicio de que si a éste posteriormente se le abona en el otro proceso (el hipotecario), determine con base en la suma realmente no cubierta, cuándo le corresponde a cada uno.

En efecto, si en el proceso ejecutivo con acción mixta los otros bienes se rematan antes que el bien gravado con prenda o hipoteca, el crédito de Juan, que en los dos procesos es el mismo, se debe liquidar como si el otro proceso no existiera y del producto del remate se debe dejar en la cuenta de depósitos judiciales lo que a él le corresponde, en espera de determinar, cuánto se le abona en el ejecutivo con garantía real para saber cuál es el monto exacto del crédito quirografario.

Si la obligación de Juan se liquidó en cuatro millones pesos y la de Roberto en dos millones, y el remate de los otros bienes produjo tres millones, se entrega a Roberto un millón y los otros dos se dejan para abonar a la obligación de Juan. Si en el ejecutivo con garantía real se cancela a Juan todo su crédito, de los dos millones que estaban a órdenes del juzgado que adelantó la acción mixta se paga a Roberto el saldo de su obligación, actualizando la liquidación y devolviendo el saldo al deudor.

Pero si en el ejecutivo hipotecario nada se le abona a Juan, previa presentación de las respectivas constancias se procederá a entregarle sus dos millones; o si se le pagaron dos millones de pesos, lo que en proporción le corresponda, como su crédito quirografario en este caso no es de cuatro millones sino de dos, a Juan le corresponde una suma igual a la que debe abonarse a

Roberto: a Juan se le pagará un millón y medio y a Roberto se le entregarán quinientos mil pesos más para completar lo que matemáticamente le toca.

Finalmente se debe tener en cuenta que si el ejecutivo con acción mixta se halla suspendido debido a que cuando el acreedor ejecutante cuyo embargo no prevaleció decidió acudir el ejecutivo hipotecario, nada impide que si a ese proceso suspendido se llega a presentar un acreedor con garantía personal formulando la correspondiente demanda, se dé por terminada la suspensión que hallaba su base en que no existía sino un ejecutante y se proceda en la forma arriba indicada para cuando son más de uno los demandantes, es decir surtir el trámite previsto para la intervención de terceros.

17. LA ADJUDICACIÓN ESPECIAL DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

El art. 467 del CGP intitulado "Adjudicación o realización especial de la garantía real", establece un procedimiento especial y adicional[72] para dar efectividad a las garantías reales bajo la modalidad de dación en pago del bien sobre el cual recae la hipoteca o la prenda, norma bien intencionada pero ingenua, pues de entrada observo que la tramitación para ser exitosa requiere el común acuerdo entre acreedor y deudor, lo que evidencia que de existir el mismo ellos cuentan con un mecanismo directo, ágil y que no desgasta a la administración de justicia, cual es la de que se reciba el bien en dación en pago por acuerdo directo y sin acudir al Juez.

72 No se trata de un nuevo proceso de ahí que las reglas de competencia antes explicadas para las ejecuciones se aplican por igual.

Si bien sigo opinando que la utilidad de la disposición desde el aspecto de empleo por los asociados será mínima,[73] debido a lo poco práctico de lo que con ella se persigue, pues insisto que lo más indicado es que extrajudicialmente el acreedor trate de lograr la dación en pago, si es ese su interés primordial, destaco lo más saliente de la regulación.

El numeral 1 del art. 467 dispone que: "El acreedor hipotecario o prendario podrá demandar desde un principio la adjudicación del bien hipotecado o prendado, para el pago total o parcial de la obligación garantizada, y solicitar en subsidio que si el propietario demandado se opone a través de excepciones de mérito, la ejecución reciba el trámite previsto en el artículo siguiente, para los fines allí contemplados", debiendo acompañarse con la demanda como uno de los anexos, el avalúo del bien de qué trata el art. 444 de CGP es decir una experticia contratada por la parte "con entidades o profesionales especializados" y la liquidación del crédito a la fecha de la demanda.

El numeral 2 señala que: "El juez librará mandamiento ejecutivo en la forma prevista en el artículo 430, en el que prevendrá al demandado sobre la pretensión de adjudicación. También decretará el embargo del bien hipotecado y, en el caso de los bienes prendados el embargo y secuestro", debiendo quedar claro que el juez no ordena la dación en pago, apenas previene al ejecutado acerca de esta pretensión, pero si dispone el pago de la suma reclamada, mandamiento de pago que una vez notificado al eje

73 Esta norma viene de la ley 1395 de 2010 y se la trajo al CGP no obstante su poca utilidad práctica.

cutado, lo autoriza para en el término de diez días "plantear las siguientes defensas" que según el numeral 3 de la norma son:

" a) Pedir la regulación o pérdida de intereses; la reducción de la pena, hipoteca o prenda; la fijación de la tasa de cambio, o tachar de falso el título ejecutivo o el contrato de hipoteca o de prenda, eventos en los cuales la solicitud se tramitará como incidente que se decidirá por auto apelable en el efecto diferido.", evento en el cual si esta es la única manifestación del ejecutado, lo que implica que no se opone a la dación sino al monto de su obligación, se adiciona que: "Ejecutoriado este auto, se procederá a la adjudicación en la forma aquí prevista, salvo que prospere la tacha del título ejecutivo, caso en el cual decretará la terminación del proceso. Si la que prospera es la tacha del contrato de garantía, la ejecución continuará según las reglas generales."

Podrá el ejecutado presentar excepciones perentorias, objetar el avalúo, la liquidación del crédito y, lo más resaltable "e) Solicitar que antes de la adjudicación se someta el bien a subasta, caso emel cual se procederá en la forma establecida en los artículos 448 y 450 a 457, en lo pertinente. Si no se presentaren postores se procederá a la adjudicación en la forma aquí prevista", con lo que evidencia que es el común acuerdo la base del éxito de esta innecesaria y farragosa disposición, pues insisto, ese común acuerdo de darse haría innecesario este trámite, pues insisto en relievarlo, si el ejecutado no lo quiere el juez no le puede imponer que realice la dación.

En caso de que no exista ninguna manifestación del ejecutado señala el numeral 4 de esta norma que: "el juez adjudicará el bien al acreedor mediante auto, por un valor equivalente al

noventa por ciento (90%) del avalúo establecido en la forma dispuesta en el artículo 444. En la misma providencia cancelará los gravámenes prendarios o hipotecarios, así como la afectación a vivienda familiar y el patrimonio de familia; cancelará el embargo y el secuestro; ordenará expedir copia del auto para que se protocolice en una notaría del lugar del proceso y, si fuere el caso, se inscriba en la oficina de registro correspondiente, copia de lo cual se agregará al expediente; y dispondrá la entrega del bien al demandante, así como de los títulos del bien adjudicado que el demandado tenga en su poder."

Según el numeral 5 "Si el valor de adjudicación del bien es superior al monto del crédito, el acreedor deberá consignar la diferencia a órdenes del juzgado respectivo dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del plazo para presentar oposición, si ésta no se formula, o a la providencia que la decida. Si el acreedor no realiza oportunamente la consignación se procederá como lo dispone el inciso final del artículo 453.", lo que implica que se cancela el crédito en el equivalente al 20% del avalúo de los bienes", norma que crea numerosas inquietudes.

La primera de ellas es la incongruencia de exigir que el pago del excedente se haga dentro de los tres días siguientes al plazo para presentar oposición, es decir, luego de vencido el término de diez días a partir de la notificación del mandamiento de pago, momento que es anterior al de la adjudicación que es una etapa posterior.

La segunda es qué sucede cuando el acreedor no consigna el excedente pues la disposición nada señala[74], salvo la reducción del valor del crédito.

La tercera es que nada se advierte acerca del caso en el que el valor de la adjudicación es inferior al valor del crédito, es decir que este no se cancela íntegramente, lo que genera un enorme vacío pues es lo cierto que no se previo que la ejecución prosiguiera por el saldo insoluto, pero tampoco que se entendía terminada, lo que vendrá a ser un motivo más para aconsejar no acudir a este farragoso, complejo, contradictorio e inútil trámite.

El numeral 6 señala que " A este trámite no se puede acudir cuando no se conozca el domicilio del propietario o su paradero, ni cuando *el* bien se encuentre embargado, o *existan* acreedores con garantía real de mejor derecho.".

18. ACUMULACIÓN DE EMBARGOS EN PROCESOS DE DIFERENTES ESPECIALIDADES

Paso a-estudiar la acumulación consagrada en el art. 465 del CGP titulado *"Concurrencia de embargos* ", cuando es lo cierto que lo expresado no corresponde al contenido de la norma dado que, en estricto sentido, se trata de una prelación de pagos por cuanto en la hipótesis en él contemplada no existe la finalización de un embargo para permitir que otro tenga cabida, ni tampoco la subsistencia simultánea de más embargos.

74 En este aspecto era más lógica la ley 1395 de 2010 en su art. 37 que disponía que "Si no lo hiciere se entenderá desistida la petición".

Lo que se consagra es una regulación que debe observar el juez del proceso civil en donde se decretó el embargo y se perfeccionó, en la cual se determina a qué acreedores debe pagárseles en primer término pero subsistiendo la cautela decretada dentro del respectivo proceso.

La razón de ser de la norma estriba en que por expreso mandato del art 464, num. 3, "No son acumuiables procesos ejecutivos seguidos ante jueces de distintas especialidades" de ahí que para permitir la efectividad del derecho de prelación en el pago, que emerge de los créditos privilegiados (C. C., arts 2495 a 2502), y concretamente de los créditos por obligaciones laborales, fiscales y de familia en el rubro de alimentos (créditos de primera clase) debía proveerse la existencia de un adecuado instrumento jurídico.

Si se adelanta un proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, un ejecutivo laboral o uno por alimentos y los bienes del deudor ya están embargados en un proceso ejecutivo civil, los embargos decretados en procesos cuyo conocimiento corresponde a otras especialidades no tienen ninguna prelación sobre el decretado en el ejecutivo civil, pues en estos casos el juez laboral, el de ejecuciones fiscales o el de familia da aviso al juez civil de la existencia del correspondiente ejecutivo en contra del mismo demandado, con el fin de que cuando llegue la oportunidad, haga efectivo el privilegio que a aquellos créditos corresponde, pero sin que se extinga la cautela ordenada por el juez civil.

En efecto, el proceso civil se adelanta en tramitación idéntica a la ya explicada hasta efectuar el remate de los bienes. Una vez realizado el mismo y consignado por el postor respectivo la

totalidad del precio, se envía oficio al juez de la otra especialidad para que remita “la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas”.

Una vez recibida tal información, el juez civil dicta un auto en que distribuye el producido entre todos los acreedores de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial; este auto tiene una particular forma de ser notificado pues a más de hacerse por estado para quienes son parte dentro del proceso, “se comunicará por oficio al juez del proceso laboral, de familia o al funcionario que adelante el de jurisdicción coactiva”.

Si se trata de un ejecutivo laboral, el juez civil dispondrá que con el producto del remate se pague primero al acreedor laboral dado el privilegio que tiene su crédito y el remanente se entregará al ejecutante.

Empero, si embargaron varios acreedores laborales o si embargó un acreedor laboral y también el juez de ejecuciones fiscales, eljuez civil determinará la forma como se distribuirá el dinero entre los acreedores privilegiados con lo cual queda claro que los jueces laborales y el de jurisdicción coactiva no tienen ninguna facultad de decisión frente a la distribución del producido del remate, por ser este asunto de la competencia exclusiva del juez civil.

Tan evidente es lo anterior que se dispone en el art. 465 que y para efectos de su notificación “se comunicará por oficio al juez del proceso laboral, de familia o al funcionario que adelante el de jurisdicción coactiva” y se puede interponer recurso de reposición por los acreedores de origen laboral, fiscal o de familia

para lo cual el término de ejecutoria se amplia grandemente, pues la disposición dice que es posible hacerlo “dentro de los diez días siguientes al de recibo del oficio, ampliación del término de ejecutoria que no opera para quienes son parte dentro del proceso civil de ejecución, en donde se observarán las reglas generales en materia de notificaciones.

Podría pensarse que el art. 465 sólo tiene aplicación cuando se trata de procesos ejecutivos con garantía personal, lo que no es cierto, por cuanto la norma está dentro del aparte destinado a los ejecutivos con títulos hipotecarios o prendarios y acumulación de embargos

De otra parte y es este argumento contundente, los créditos con garantía hipotecaria o prendaria si bien es cierto son privilegiados, pertenecen según el art. 2499 del C. C. a la tercera clase de créditos y sólo si el acreedor tiene otros bienes para responder por créditos de la primera clase, mantiene prelación de acuerdo con el art. 2500 del C. C.; empero, si tal circunstancia no se da, ceden ante los créditos de la primera clase.

Si se trata de procesos ejecutivos de diversas especialidades, se presenta una interesante situación cuando el acreedor en el ejecutivo civil remata por cuenta de su crédito. En este caso, no previsto por la ley, no se efectúa consignación de dinero, pues lo que se busca es adquirir el bien y pagarlo con el crédito a cargo del ejecutado.

Estimo que en este evento, si se dan los requisitos ya estudiados, el acreedor puede realizar la postura sin necesidad de consignar el 40%; empero, si se le adjudica el bien, debe consig

nar la totalidad del precio para efectos de que el juez realice la distribución que ordena el art. 465, si existen embargos laborales, de familia o de jurisdicción coactiva. No otra puede ser la solución al problema, porque admitir lo contrario sería desconocer el privilegio que emana de tales créditos y hacer inoperante el art. 465.

En otras palabras, si el acreedor quiere quedarse con el bien debe consignar el precio por el cual se le adjudica, exactamente como si un tercero hubiere rematado el bien.

Un ejemplo ilustra la situación: Jorge adelanta un proceso ejecutivo con título hipotecario y su crédito se ha liquidado en veinte millones de pesos. María promovió ejecutivo laboral para que se paguen diez millones de pesos. Se tramita el ejecutivo civil y en el remate se adjudica el inmueble al acreedor con garantía hipotecaria, quien ofreció por él veinticinco millones de pesos. En condiciones normales, Jorge debe consignar el excedente del valor de su crédito frente al de adjudicación; en este caso, cinco millones de pesos. Sin embargo, como media el interés del acreedor laboral, que es crédito privilegiado, Jorge debe consignar los veinticinco millones por los que compró a ñn de que con base en la existencia física del dinero, el juez civil dicte el auto distribuyendo el producido del remate tal como lo determina el art. 465, a saber: ordenando reintegrar a quien efectuó los gastos del embargo, secuestro, avalúo y licitación de los bienes (dos millones de pesos, por ejemplo), y el saldo de veintitrés millones lo distribuirá disponiendo remitir al juez laboral la suma de quince millones de pesos y los ocho millones restantes se pagarán al ejecutante, cifra ésta que constituye el valor del abono efectuado al acreedor hipotecario.

Si no llegase a quedar nada porque el crédito laboral se lleva todo o el remanente no cancela la obligación que se cobra ejecutivamente por Jorge, habría comprado un bien como cualquier tercero y su crédito sólo se podrá cobrar adelantado, como ya se explicó, un proceso de ejecución con base en garantía personal.

El artículo 465 del CGP es la herramienta procesal que permite dar efectividad a los créditos privilegiados. Su concepción teórica y su desarrollo no tienen reparo alguno, es una norma cuya existencia se impone. Cuestión diferente es que, en la práctica, esta disposición ha facilitado que abogados inescrupulosos puedan adelantar procesos laborales y de familia amañados para desmejorar e inclusive cercenar el legítimo derecho que tienen al pago los acreedores de las obligaciones de origen civil o comercial.

Mediante el fácil expediente de realizar conciliaciones extraproceso, arreglos en las primeras audiencias o allanamientos a las pretensiones de la demanda, se crean fraudulenta y dolosamente títulos ejecutivos para adelantar el proceso de ejecución ante el juez laboral o el de familia y hacer valer la prelación de pagos ya explicada.

Condeno enérgicamente esta forma de fraude procesal y llamo la atención de la justicia penal para que la reprima severamente.

Infortunadamente en el proceso ejecutivo civil poco puede hacer el acreedor para desconocer las liquidaciones de los créditos laborales: si se trata de un proceso ejecutivo con base en garantías personales al acreedor no le está permitido actuar en orden a infirmar el crédito laboral y si el proceso es ejecutivo con

base en garantías reales sólo puede pedir que se aplique el art. 2500 del C. C., que dispone: "Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor". Y como si esto fuera poco, tampoco puede comparecer al ejecutivo laboral. El único camino que le queda al acreedor es obtener por la vía penal que se ordene al juez civil abstenerse de pagar al supuesto acreedor laboral, haciendo valer la prejudicialidad de proceso penal a proceso civil.

Cabe advertir que el art. 162 del CGP no puede tomarse exegéticamente y sostener, en consecuencia, que como ya se dictó sentencia nada hay que suspender, pues esta norma opera cuando la sentencia pone fin a la instancia y como en el proceso ejecutivo esto sólo ocurre en virtud del pago, nada impide que éste se suspenda mientras la justicia penal define lo pertinente.

Esas actuaciones delictivas que posibilita el art. 465 sólo se ejecutan eñ,ios procesos laborales y de familia, porque en los de jurisdicción coactiva, dado el origen de los títulos ejecutivos y la finalidad por ellos perseguida, es imposible crear ficticiamente obligaciones privilegiadas y es raro que se utilice con tal fin el proceso de alimentos, dado lo limitado de las sumas que por este rubro normalmente se fijan.

19. EL PROCESO EJECUTIVO PARA EL COBRO DE CAUCIONES JUDICIALES

La ejecución para el cobro de cauciones judiciales prevista en el art. 441 del CGP constituye una particular modalidad de ejecución, que requiere de un especial estudio, pues, si bien es

cierto, en cuanto a los pasos procedimentales propiamente dichos parcialmente se ciñe a lo previsto para los ejecutivos con base en garantías personales, presenta connotaciones que ameritan una explicación detallada.

19.1. *Determinación de la clase de caución que corresponde*

En primer término, debe quedar claro que salvo que una norma expresamente requiera una determinada clase de caución, el juez no puede imponer un tipo especial de garantía, ya que sus facultades se limitan en esta materia a indicar "su cuantía y el plazo en que debe constituirse" según lo señala el art. 603 del CGP, de manera que queda al arbitrio del otorgante definir qué clase de caución estima pertinente entre las que legalmente tiene previstas el inciso primero de la misma disposición.

La labor del juez se limita a analizar y a calificar las cauciones en cuanto a que se encuentren debidamente constituidas y sean suficientes, por lo tanto, no podrá rechazar una caución prendaria aduciendo que en su opinión es mejor la póliza judicial o la bancaria, o inadmitir la póliza judicial por parecerle mejor una garantía hipotecaria o en dinero.

Se debe resaltar que hasta ahora los bancos y las instituciones de crédito se han mostrado reacias a intervenir en el mercado de las cauciones judiciales y si bien es cierto las pueden expedir, cobran por hacerlo unas comisiones de monto tan elevado que hace que no se acuda a ellos y las cauciones prendarias e hipotecarias implican un proceso tan dilatado y costoso para que puedan admitirse que en la práctica son letra muerta, de modo que surge como modalidad de caución dominante la que corresponde

a la póliza judicial, de ahi que no es inexacto señalar que el art. 441 del CGP realmente obra en la práctica para el cobro de las cauciones prestadas en póliza judicial.

Sobre la base de lo antes expuesto, podemos decir que la caución en póliza judicial tiene inocultables ventajas por ser la más ágil y la menos onerosa y respecto de ella se debe tener presente que solamente la pueden expedir empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera para explotar ese ramo, por lo que resulta claro que no podrá hacerse discriminación alguna entre las diversas compañías para exigirla de una empresa determinada, y las partes, ni el mismo juez pueden hacer objeciones basadas en la mayor o menor solvencia de la empresa que haya prestado la póliza judicial.

Eso sí, llamo la atención a los jueces para que se abstengan de aceptar algunas pólizas judiciales donde la aseguradora condiciona la garantía al pago de la prima, aspecto que resalta colocando visibles sellos, lo cual crea la posibilidad de que en caso de reclamación pueda objetar por no vigencia del amparo sobre la base de terminación automática del contrato por no pago de la prima previsto en el artículo 1068 del C. de Co., con lo cual se puede burlar la finalidad perseguida por la ley.

Empero, destaco que por la índole de estas pólizas, se asume que se expidieron porque se recaudó la prima, debido a que como existen terceros indeterminados que tienen el carácter de beneficiarios, no es viable aplicar la facultad de revocar por no pago de la prima; no obstante, para evitar cualquier duda, recomiendo que cuando se presenta una póliza judicial con dicha condición se abstenga el juez de aceptarla.

Estas cauciones se presentan en todo tipo de procesos: verbales, ejecutivos, de sucesiones, concúrsales, liquidatorios y que tienen igual tratamiento en el art. 441 del CGP para su efectividad.

19.2. *Efectividad de las cauciones otorgadas por empresas de seguros. Responsabilidad de la aseguradora garante*

Si se acepta que la garantía otorgada en póliza judicial es un contrato de seguro en la modalidad de seguro de fianza, es claro que la responsabilidad de la aseguradora sólo surgirá cuando se presente el siniestro, es decir, por la realización del riesgo asegurado según lo señala el art. 1072 del C. de Co., que en los casos amparados por la póliza judicial supone realización del hecho previsto como generador del perjuicio y la inequívoca demostración de su monto, lo que conlleva la necesidad de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía por la que se aspira a ser indemnizado, lo que en materia de la póliza judicial, caso de que la aseguradora no indemnice, permite acudir a la declaración judicial, que se puede obtener utilizando alguna de las dos alternativas que consagra la ley, a saber: en el mismo proceso en que se prestó la caución siguiendo la preceptiva del art. 441 del CGP o en una actuación independiente, destinada a obtener esa finalidad que esta expresamente permitida por el art. 599 del CGP que dispone: “Cuando se trate de caución expedida por compañía de seguros, su efectividad podrá reclamarse también por el asegurado o beneficiario directamente ante la aseguradora, de acuerdo con las normas del Código de Comercio”, con lo que se crea una opción frente al camino indicado en el art. 441 del CGP y se permite presentar directamente la reclamación bajo los parámetros

del art. 1077 del C. de Co, sin que sea menester que esto ocurra dentro del proceso en el cual se presentó el siniestro.

En suma, cuando se trata de una póliza judicial es posible, como usualmente acontece, demostrar extrajudicialmente el siniestro y su cuantía (C. de Co., arts. 1053 y 1077) y en esta hipótesis la aseguradora goza del plazo que para pagar le conceden los arts. 1053, num. 3 y 1080 del C. de Co., o acudir al mecanismo previsto en el art. 441 del CGP, pero en las dos hipótesis es menester que dentro del correspondiente proceso, o sea aquel para el que se prestó la caución en póliza judicial, indefectiblemente se presente el hecho que determina la ocurrencia del siniestro y, en veces también en el mismo se establece su cuantía.

En efecto, cuando de pólizas judiciales concierne, la posibilidad prevista en el numeral 3º. del art. 1053 del C. de Co. de demostrar la ocurrencia del siniestro para efectos de la correspondiente indemnización, requiere siempre de una providencia judicial dotíde se determine la condena al pago de los peijuicios y, frecuentemente, de otra donde se concrete el monto de ellos, dictadas dentro del mismo proceso donde se prestó la caución.

Resalto que por estar informada la póliza judicial de las características propias del contrato de seguro y del contrato de fianza, existirá un límite de valor asegurado hasta el cual llega la responsabilidad máxima de la aseguradora según lo señala el art. 1079 del C. de Co a más de que la indemnización nunca excederá del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni "del monto efectivo del peijuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, según lo indica el art. 1089 de la misma codificación.

Sentadas estas bases generales procedo al análisis de la modalidad prevista en el art. 441 del CGP pues con relación a la otra me remito a lo explicado en mi obra sobre el contrato de seguro[75], destacando que la norma señala en su inciso primero que: "Cuando en un proceso se hubiere prestado caución bancaria o de compañía de seguros con cualquier fin, si quien la otorgó o el garante no depositan el valor indicado por el juez dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo ordene, la cual será apelable en el efecto diferido, se decretará el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes que el interesado denuncie como de propiedad de quien la otorgó o de su garante, sin necesidad de prestar caución. Además se le impondrá multa al garante equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la caución que en ningún caso sea inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes (10 smlmv)."

Se observa que la norma es predicable de toda clase de procesos y esta dirigida a quien otorgó la caución y al garante, lo que conlleva precisar que quien otorgó la caución es el sujeto de derecho que con cualquiera de las diversas finalidades señaladas en las leyes la contrata con una aseguradora o un banco, mientras que el garante será la aseguradora o el banco, auncuando en adelante me refiero a la aseguradora, debido a lo ya explicado acerca de que los bancos siguen renuentes a incursionar en este mercado.

Para erradicar cualquier duda acerca de que se trata de dos sujetos de derecho diferentes, adiciona la norma que se podrán

75 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro,* Du- pre editores, Bogotá, 2014 6ª edición, páginas 324 a 438.

rematar bienes de propiedad de quien otorgó la caución o de su garante.

Establecido lo anterior se tiene que de acuerdo con la específica finalidad de la respectiva caución viene el proferimiento de providencia judicial que ordena el pago del valor correspondiente, para lo cual es necesario analizar algunos casos concretos de cauciones en póliza judicial, ejemplos con los que se aclara el alcance de la disposición.

Si la póliza judicial se ha prestado para garantizar los perjuicios que se ocasionen con las medidas cautelares dentro de un proceso ejecutivo, es claro que la responsabilidad de la aseguradora garante, siempre hasta el límite del valor asegurado por así imponerlo el artículo 1079 del C. de Co., puede surgir cuando se ordena la cesación de ellas.

En efecto, señala el art. 599 del CGP que: "En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los peijuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento.", de modo que si se ha prestado la misma se presentará el siniestro cuando se dan, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias, todas precisadas en una providencia judicial:

1) Cuando el demandado excepciona y obtiene fallo favorable, debido a que el art. 443 del CGP señala en el numeral 3 que:: "La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso» en ella se ordenará el desembargo de los bie

nes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los peijuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.".

Bien se observa que en este caso la providencia que determina la obligación de indemnizar a la parte demandada es la sentencia que declara probadas las excepciones, que tiene la fuerza de una providencia de condena en abstracto, por cierto uno de los pocos casos de excepción a la regla del art. 283 del CGP que impone el fallo condenatorio en concreto.

Pero si en la sentencia el funcionario condena a los perjuicios causados con ocasión de actuaciones temerarias o de mala fe, la causa de la condena es el art. 79 del CGP, riesgo que no está amparado por la póliza judicial. Entonces, la condena al pago de peijuicios puede tener un doble origen: los originados en las medidas cautelares y el proceso y los que provienen de las actividades maliciosas o temerarias. Sólo los primeros constituyen riesgo amparado por la póliza.

No obstante, cuando la sentencia acoge totalmente las excepciones y el proceso termina, aún no existe obligación clara a cargo del causante del peijuicio o sea quien otorgó la póliza y tampoco del garante, por lo que nada se les puede exigir aún. La razón es obvia. Como se trata de una condena in genere es menester su concreción. Si la solicitud para concretar la condena no se presenta dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o si presentada no se demuestra el monto del peijuicio cesa la obligación y la aseguradora garante queda exonerada de toda responsabilidad, pues habrá caducado el plazo para pedir

la determinación del alcance del daño, única forma de probar la cuantía del siniestro.

Ahora bien, si se concreta la condena en abstracto queda nítidamente establecida lá base para cobrar la obligación, para lo cual se aplicará el sistema previsto en el art. 441.

2) También surge la obligación de indemnizar perjuicios garantizados con la póliza judicial cuando en desarrollo de la facultad prevista en el art. 597 num. 8 del CGP, un tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro, o que lo estuvo pero no contó con un abogado que lo representara, adelanta incidente y demuestra que en el momento de la diligencia de secuestro él era el poseedor. Si logra levantar las medidas cautelares la misma disposición señala que se condenará en costas y peijuicios a quienes pidieron tales medidas.

Como bien se observa, el favorecido con la condena en abstracto al pago de los peijuicios es el tercero poseedor que obtuvo éxito en el incidente de desembargo y no el demandado, como en el caso de la hipótesis anterior.

19.3. *Exigibilidad de la obligación a cargo del otorgante de garantía y de la aseguradora garante dentro del mismo proceso de ejecución*

Luego de la ejecutoria de las providencia que concreta el monto de los peijuicios declarados inicialmente en abstracto en auto anterior, tiene aplicación el art. 441 el juez de oficio o a solicitud de parte debe proferir un auto en el cual ordene al otorgante y a la aseguradora garante que "deposite el valor indicado

por el juez dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo ordene", con lo que queda claro que el juez debe proferir otra providencia, que ordene al garante depositar el valor correspondiente, teniendo como restricción que el máximo ordenado sea el monto de la suma asegurada, porque si el valor de la obligación es superior, el garante sólo queda obligado hasta el límite de su responsabilidad, no así el otorgante respecto de quien no existe límite.

Esta providencia se notifica por estado al otorgante de la póliza debido a que interviene dentro del proceso y por aviso al garante, es decir a la aseguradora, siendo susceptible del recurso de reposición y del de apelación que se concede en el efecto diferido.

Es este un aspecto de importancia debido a que la ocasión propicia para que el otorgante y la aseguradora hagan uso de esos limitados medios de defensa que son los dos recursos mencionados, está básicamente dentro del término de ejecutoria del auto que le ordena pagar; en efecto, es restringida la posibilidad de defensa de la aseguradora garante, pues tan sólo se limitará su conducta a poner de presente que no era viable dictar la orden de pagar, fijó sumas diversas a las concretadas, o porque ya se pagó directamente al beneficiario de la condena o se llegó a una transacción con él, hipótesis como se ve muy improbables.

Ejecutoriado el auto que ordena pagar, si vence el plazo de diez días que otorga la ley para que los requeridos lo hagan y esto no sucede, el beneficiado con la condena puede denunciar bienes de esos dos sujetos procesales para que sean embargados, secuestrados y rematados, sin que medie mandamiento de pago ni exista oportunidad para tramitar excepciones perentorias.

Agrega el art. 441 en su inciso final que "En esta actuación no es admisible la acumulación de procesos, ni a ella pueden concurrir otros acreedores. No obstante, cuando el inmueble hipotecado tuviere más gravámenes, se citará a los respectivos acreedores en la forma y para los fines previstos en el artículo 462.", es decir para que hagan valer sus créditos ante el mismo juez o inicien proceso separado.

20. LOS PROCESOS EJECUTIVOS PARA EL COBRO DE DEUDAS FISCALES

Si existen obligaciones en favor del Estado que reúnan los requisitos ya analizados comunes a todo título ejecutivo y previstos en el art. 422 del CGP, para que puedan ser cobradas a través de un proceso de ejecución, contempla la legislación dos formas procesales básicas para adelantarlos, a saber: a) El sistema indicado en los arts. 469 a 472 del CGP, que debe ser concordado con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), al cual deben acudir todas las entidades diferentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, salvo disposición especial en contrario y b) El proceso administrativo coactivo para el cobro de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales adoptado en el decreto 2503 de 1987, luego recogido en el estatuto Tributario, el decreto 624 de 1989.

Procedo a un somero análisis de la primera de dichas modalidades.

20.1. *El proceso ejecutivo para el cobro de deudas fiscales diferentes a las administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*

Para adelantar un proceso de ejecución por jurisdicción coactiva debe existir un título ejecutivo de los mencionados en los cinco numerales del art. 99 del CPACA, que adelante transcribo, a más de los contenidos en el art. 469 del CGP, que sin peijuicio de lo previsto en normas especiales como la antes citada, indica que también prestan mérito ejecutivo en las ejecuciones por jurisdicción coactiva los cuatro eventos previstos en dicha norma.

Incuestionablemente la regulación del CPACA es más completa, homogénea y clara que la del CGP; además, trae un concepto que tal vez por no estar expresamente mencionado en el art 469 del CGP, se olvida con frecuencia y es el de que en un proceso de ejecución siempre debe existir un documento o conjunto de documentos, que den cuenta de una obligación clara, expresa y exigible, de ahí el acierto del CPACA al iniciar su redacción con la advertencia de que " Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos", con lo que queda claro que no basta que exista un documento de los allí contemplados, sino que es necesario que de su análisis suija una obligación con las características mencionadas, como debe suceder siempre que de adelantar cualquier ejecución se trata, pues es usual que las autoridades administrativas pretendan ejecutar apoyadas en documentos que no reúnen los requisitos señalados y fallan lamentablemente al redactar las partes resolutivas de sus determinaciones por la creencia equivocada de que el mérito ejecutivo surge exclusivamente de la naturaleza del acto y no de la índole

de la obligación en él contenida, de ahí que el profesor Carlos Betancur Jaramillo indique con todo acierto: "La jurisdicción administrativa olvida con alguna frecuencia las notas que debe tener la obligación y por eso muchas de sus decisiones son prácticamente inejecutables o de muy difícil ejecución".[76]

De otra parte, para que un título ejecutivo amerite el trámite por el sistema de la jurisdicción coactiva, debe estar dentro de los casos expresa y taxativamente contemplados en el art. 99 del CPACA o en el 469 del CGP, o dentro de alguna norma especial que permita tal forma de ejecución, excepcional y privilegiada.

Bien dice el Consejo de Estado: "Lo ordinario, normal y regular es que el acreedor persiga el pago del deudor moroso creando una relación procesal común mediante demanda dirigida al juez, independientemente de las partes en conflicto, que ha de terminar con el pago o con sentencia sobre excepciones. A varias entidades de derecho público se les ha reconocido el privilegio, excepcional por ser privilegio, de perseguir a través de sus propios dependientes el cobro coactivo de aquellas deudas a su favor, o sea que en algunos casos y por motivos muy restringidos de interés público, la ley permite que sea el propio acreedor el que ejecute a su deudor. Como privilegio excepcional este sistema es de aplicación restrictiva, excluye toda analogía y, en caso de duda, debe preferirse la vía civil no privilegiada, que es la más acorde con el principio general de la equidad, que es una de las expresiones del concepto constitucional de la igualdad ante la ley que, a su tumo, es condición de la libertad y presupuesto de

76 BETANCUR JARAMILLO Carlos, *Derecho procesal administrativo,* Bogotá,Ed.Dike, 1982, pág. 349.

la obligación impuesta a todas las autoridades de proteger a los habitantes de Colombia en su vida, honra y bienes.

"La historia legislativa de este excepcional instituto del cobro coactivo ejercido por el propio acreedor muestra que la tendencia ha sido la de restringir y delimitar con precisión esta delicada facultad; por eso los intentos que saltuariamente se han hecho para sustraerla del control judicial han sido prontamente rectificados".[77]

Esta interpretación constituye una orientación importante para entender el alcance de las dos normas mencionadas y de cualquier otra norma adicional sobre la materia.

Y así tiene que ser porque el privilegio que se otorga a la administración para ser ejecutora, más que juez, impone que ésta pueda actuar con tan especiales prerrogativas únicamente en los casos en que así lo quiso inequívocamente el legislador. De lo contrario, como lo dice el Consejo de Estado, en caso de duda, debe recuirixse a la autoridad civil correspondiente.

Expuestos los anteriores presupuestos, procede el análisis de los eventos donde surge la posibilidad de ejecutar por la vía de la jurisdicción coactiva de acuerdo con el art. 99 del CPACA:

1. "Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

77 Consejo de Estado, auto del 15 de febrero de 1979, *publicado en Jurisprudencia y Doctrina,* t, VID, núm 88, abril de 1979, págs. 294-295.

2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, o de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

Se observa, entonces, que es requisito esencial que el acto administrativo o la sentencia no solamente impongan una obligación sino que ésta se concrete en una suma líquida de dinero, es decir, sólo cuando la actuación administrativa o jurisdiccional llega a la concreción de la misma, puede adelantarse la actuación ejecutiva, pero tan solo de las personas jurídicas cobijadas por el parágrafo del art. 104 del CPACA que señala: "Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%."

En cuanto-al num. 2 que se refiere a las sentencias cabe preguntarse si el art. 306 del CGP deja de ser aplicable cuando un juez civil condena a favor de una de las entidades mencionadas. Estimo que como la norma elimina la posibilidad de demandar ante un juez distinto del que dictó la sentencia, la entidad oficial favorecida con la sentencia no puede acudir al proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, debido a que el único competente para ejecutarla es el juez que la profirió bajo los parámetros del referido art. 306.

3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumpli

miento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.

4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.", lo que determina un título ejecutivo plural en cuanto a que ha de estar integrado por diversos documentos complementarios, de cuyo análisis debe surgir con claridad la obligación clara, expresa y exigible.

5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.", polémica disposición debido a lo ambiguo de su redacción, pues al señalar que prestan mérito ejecutivo "las demás", puede entenderse las demás obligaciones en favor de las entidades públicas y éste no puede ser el alcance de la disposición. En mi opinión únicamente prestarán mérito ejecutivo aquellos documentos suscritos por el deudor, que dan cuenta de una obligación expresa, clara y exigible respecto de los sujetos de derecho señalados en el ya citado art. 104 del CPACA.

Debe quedar definitivamente erradicado el concepto de que todo crédito en favor de una entidad estatal amerita su cobro por la vía de la jurisdicción coactiva, ya que sólo los que cumplen con los requisitos del art. 99 del CPACA admiten tal forma de ejecución.

De acuerdo con el art. 469 del CGP también admiten la ejecución por vía de jurisdicción coactiva:

"1. Los alcances líquidos declarados por las contralorías contra los responsables del erario, contenidos en providencias definitivas y ejecutoriadas.

2. Las resoluciones ejecutoriadas de funcionarios administrativos o de policía, que impongan multas a favor de las entidades de derecho público, si no se ha establecido otra forma de recaudo.

3. Las providencias ejecutoriadas que impongan multas a favor de entidades de derecho público en procesos seguidos ante las autoridades de la rama jurisdiccional del Estado.

4. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de impuestos nacionales sobre el monto de las liquidaciones correspondientes, y la copia de la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios para el cobro de las cuotas vencidas."

Estos procesos se seguirán ante los funcionarios que determine la ley (muy variados dada la diversidad de regulaciones, como el juez de ejecuciones fiscales del orden nacional, los jueces de ejecuciones fiscales del Distrito de Bogotá, los del Instituto de Desarrollo Urbano, los ejecutores del Instituto Nacional de Vías etc.)[78] y se aplican en cuanto no se oponga a lo previsto especial-

78 CONSEJO DE ESTADO, sentencia de agosto 30 de 2006, ponente Dr. Alier Hernández expediente 17001233100019930903401 en la que señala las numerosas entidades que pueden ejercer la jurisdicción coactiva, al indicar: "En otras materias, a nivel nacional, a título de ejemplo, ejercen jurisdicción coactiva las siguientes entidades: Aerocivil (decreto 260 de 2004), Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, ACCI, y Red de Solidaridad Social, RSS (decreto 2467 de 2005), Auditoria General de la República (resoluciones orgánicas 71 de

mente, las normas propias del ejecutivo con garantías personales, advirtiéndose que en estos procesos no son susceptibles de controversia los temas "que debieron ser objeto de recursos por la

de 2001, 22 de 2002, decreto 272 de 2000), Contraloría General de la República (decreto 267 de 2000, resoluciones orgánica 5068 de 2000, 5144 de 2000, 5499 de 2003, 5564 de 2004), Corporaciones autónomas regionales (decreto 1768 de 1994), DAÑE (decreto 262 de 2004), Departamento Administrativo de la Función Pública (decreto 188 de 2004), Departamento Administrativo de Seguridad (decreto 643 de 2004), Departamento Nacional de Planeación (decretos 195 de 2004 y 4355 de 2005 y resolución 628 de 2005), Dirección Nacional de Estupefacientes (resolución 951 de 2002), Ecogas (decreto 2205 de 2003), Ecopetrol, la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A. (decreto 1760 de 2003), Etesa (decreto 146 de 2004), Findeter (decreto 2700 de 2003), Fonade (resolución 177 de 2004), Fondo Rotatorio de la Armada Nacional, Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana y Fondo Rotatorio del Ejército Nacional (decreto 4746 de 2005), IDEAM (decreto 291 de 2004), Inco (decreto 1800 de 2003), Incoder (decreto 1300 de 2003, resolución 2292 de 2004), Ingeominas (decretos 252 de 2004 y 3577 de 2004), Instituto Colombiano de Antropología e Historia (acuerdo 2 de 2004), Instituto de Seguros Sociales (resoluciones 336 y 2184 de 1998, 4244 de 2002, 2013 de 2003), Instituto Geográfico Agustín Codazzi (decreto 208 de 2004), Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (acuerdo 6 de 2005), Invías (decreto 2056 de 2003), IPSE (decreto 257 de 2004), Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (decreto 2478 de 1999), Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (decreto 216 de 2003), Ministerio de Comunicaciones (decreto 1620 de 2003), Ministerio de Cultura (decreto 1746 de 2003), Ministerio de Educación Nacional (decreto 2230 de 2003), Ministerio de Hacienda y Crédito Público (decreto 246 de 2004), Ministerio de la Protección Social (decreto 205 de 2003 y resolución 2 de 2003), Ministerio de Transporte (decreto 2053 de 2003), Ministerio del Medio Ambiente (decreto 1768 de 1994), Procuraduría General de la Nación (decreto 262 de 2000), Superintendencia Financiera de Colombia (decreto 4327 de 2005), Superintendencia de Industria y Comercio (circular extema 10 de 2001), Superintendencia de Puertos y Transporte (decreto 1016 de 2000), Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (resolución 4080 de 1997), Superintendencia de Sociedades (decreto 1080 de 1996) y Superintendencia Nacional de Salud (decreto 452 de 2000). También pueden ejercer la jurisdicción coactiva las entidades administradoras del sector público del régimen solidario de prima media con prestación definida (Ley 100 de 1993, artículos 24 y 57 y decreto 2633 de 1994 de Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y las empresas estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994, artículo 130).

vía gubernativa", lo cual restringe el debate circunscribiéndolo prácticamente a determinar si existió o no pago o si está prescrita la acción; cualquier otro aspecto debe ser ventilado por trámites diferentes.

Es así como el art. 98 del CPACA dispone que: "Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.", y adiciona el art. 100 indicando que: " Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.

2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.

3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al [illegible]" [79]

79 Se entiende que toda remisión al Código de Procedimiento Civil que fue derogado por el Código General del Proceso, está referida a este último

Como disposiciones especiales para este proceso esta el art. 470, intitulado "embargos", que dispone que si el deudor no denuncia bienes para el pago, o los denunciados no son suficientes, el funcionario ejecutor debe recibir de cualquier entidad pública o privada toda la información que se le solicite acerca de la existencia de bienes salvo que exista reserva legal.

En materia de cautelas el art. 470 requiere de una especial precisión pues se presta a disímiles interpretaciones debido a que sólo menciona los embargos. Dice así: "Embargos: Si el deudor no denuncia bienes para el pago o los denunciados no fueren suficientes, el funcionario ejecutor solicitará toda clase de datos sobre los que a aquél pertenezcan y las entidades o personas a quienes se les soliciten deberán suministrarlos, so pena de que se les impongan multas sucesivas de cinco a diez salarios mínimos legales mensuales, salvo que exista reserva legal.", facultad que esta dada para que el funcionario decrete aún de oficio la correspondiente cautela.

De un rápido análisis de la disposición se desprende que en principio la posibilidad de decretar medidas cautelares está limitada a los embargos y que el ejercicio de tal facultad está condicionado a que el deudor no denuncie bienes para el pago; es decir, que previamente debería requerírsele para que lo hiciera, y de no ocurrir así, entonces se deben decretar las medidas cautelares, interpretación que no estimo atinada por considerar que el juez o funcionario de ejecuciones fiscales tiene la misma facultad del juez civil para decretar, aun antes de la notificación del mandamiento de pago, medidas cautelares y ejecutarlas, pues la finalidad que se persigue es la misma, o sea que el deudor no

se insolvente y garantizar así el pago de la obligación mediante la práctica de los embargos que sean necesarios, bien por el sistema de embargo que llamo puramente burocrático o del que requiere del secuestro para perfeccionarlo.

Las siguientes son las razones para sustentar esta posición:

No existe en el proceso ejecutivo una oportunidad precisa para que el ejecutado denuncie bienes para el pago, lo cual generaría indeterminación en el ejercicio de la facultad prevista en el art. 470 por parte del juez de ejecuciones fiscales.

Aceptar este condicionamiento permitiría que el deudor enterado de la ejecución y requerido para que denuncie bienes, se insolvente.

Si se trata de un título ejecutivo no se ve razón alguna para establecer un régimen diferente para las medidas cautelares, menos en detrimento de los intereses estatales, cuando precisamente la tendencia de la legislación es dar mayores garantías a lo que toca con la defensa de estos.

Si el secuestro perfeccionador es una de las modalidades que la ley ha establecido para practicar embargos, se comprende que la expresión "embargos" del art. 470 cobija tal posibilidad, es decir también la de practicar secuestros.

Tal facultad la tiene para facilitar la práctica de las medidas cautelares, pues en este proceso, como en todo proceso de ejecución, son procedentes tanto el embargo de bienes como el secuestro cuando es necesario para perfeccionar el embargo o para complementarlo si se trata de bienes inmuebles que salen a

remate. Para adelantar uno y otro se aplica lo previsto en el CGP para los procesos de ejecución.

En consecuencia, es incorrecta la idea de que en los secuestros practicados en un proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva no es admisible oposición alguna por estar de por medio intereses del Estado. Por el contrario, los derechos de terceros gozan de protección en las mismas condiciones del secuestro practicado en cualquier otro tipo de proceso, porque la protección para el Estado no puede ser fuente de arbitrariedades ni de desconocimiento de los legítimos derechos de los terceros poseedores, de donde surge la necesidad de desterrar la tan arraigada idea de los ejecutores oficiales acerca de que en los secuestros que ellos practican no cabe ninguna oposición, planteamiento equivocado como el que más, debido a que la protección que reciben los terceros poseedores en el art. 309 opera en todo tipo de secuestros, sin que importe quien lo esté practicando ni la índole de la obligación perseguida.

Es también disposición especial el art. 471 en el que se prohíbe la acumulación de demandas y de procesos con títulos diferentes a los señalados en el art. 469 del CGP y, adiciono, 99 del CPACA, en forma tal que, para la acumulación de procesos o de demandas, únicamente pueden comparecer como acreedores entidades de derecho público.

Si al embargarse un bien resulta que está sometido a prenda o hipoteca, el funcionario ejecutor "hará saber al acreedor la existencia del proceso mediante notificación personal" "para que pueda hacer valer su crédito ante juez competente", agrega el art. 471.

Si el acreedor con garantía hipotecaria (asumo el caso del gravamen hipotecario por ser lo que en la práctica acontece), es citado al proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, nada puede hacer pues se le cita para que "pueda hacer valer su crédito ante juez competente" ya que el inmueble que se le hipotecó está embargado, y se entiende, debe intentar la acción hipotecaria como expresamente lo prevé la misma norma en el inciso siguiente.

Pues bien, si en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva se aplican las normas generales del proceso de ejecución (salvo disposición expresa en contrario que no existe en este caso) y si el acreedor con garantía hipotecaria inicia el proceso, el embargo decretado en el ejecutivo por jurisdicción coactiva termina no sólo por aplicación del art. 468, num 6 del CGP, según el cual el embargo decretado en un ejecutivo donde ejerciten acciones hipotecarias o prendarias podrá perfeccionarse aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien, que terminará con la consumación de aquel, sino además porque de no acontecer así no podría adelantarse el proceso ejecutivo con garantía real que persigue el remate del bien. En consecuencia, el remate de un bien hipotecado únicamente lo puede hacer el juez que conoce del proceso ejecutivo con garantía real, a no ser que el acreedor haya sido citado y ninguna actuación adelante, pues en tal caso sí procede su remate ante el juez de ejecuciones fiscales.

No se piense que en estos casos las entidades de derecho público sufren desmedro y que se desconoce la calidad de créditos privilegiados de la primera clase que tienen algunos de los créditos en favor de dichas entidades, pues si se cumple el desem

bargo, y el crédito que se cobra por jurisdicción coactiva es privilegiado (como acontece con los que previenen de impuestos), simplemente se aplica al caso la prelación de pagos de que trata el art. 465 del CGP ya explicado.

Pero si el crédito que se cobra por jurisdicción coactiva no es privilegiado (no todos los créditos en favor del Estado tienen tal característica), simplemente opera la prelación de un crédito privilegiado como lo es el garantizado con hipoteca y el juez de ejecuciones fiscales debe embargar el remanente, si queda, o buscar otros bienes, porque so pretexto de que se trata de un proceso por jurisdicción coactiva no es posible desconocer ni el privilegio que generan ciertos créditos ni las disposiciones sobre prelación de embargos.

Suficientes prerrogativas tiene ya el Estado para crear otras, utilizando interpretaciones exegéticas, y desconociendo el contexto del sistema sustancial y procesal en materia de privilegios y la forma de pagar diversos créditos.

Atendido lo anterior queda claro que considero inaplicable el inciso final del art. 471 dél CGP que dispone: "El dinero que sobre del remate del bien hipotecado se enviará al juez que adelante el proceso para el cobro del crédito con garantía real o se depositará a la orden de la entidad ejecutora para los fines indicados en el inciso anterior, a menos que el acreedor y el deudor manifiesten otra cosa."

En efecto, adicionalmente se debe tener en cuenta que si el acreedor con garantía hipotecaria inicia el proceso y se cumple el embargo queda cancelada la medida en el ejecutivo por juris

dicción coactiva. Si el acreedor con garantía hipotecaria citado no comparece, el juez de ejecuciones fiscales rematará el inmueble extinguiéndose la hipoteca, sin que exista motivo para que el saldo quede a órdenes de la entidad ejecutora pues a ella se le canceló su obligación, de ahí debe devolverse a su propietario, el ejecutado, máxime si se considera que la falta de interés del acreedor con garantía hipotecaria es evidente al no existir otro proceso.

El CGP no puede crear casos de subrogación de dinero a bien para ejercer un privilegio, como parece desprenderse del inciso en comentario. Cancelada la hipoteca el acreedor será quirografario sin privilegio sobre el dinero restante; mucho menos se puede aceptar que ese remanente se congele a órdenes de la entidad ejecutora y sólo pueda moverse mediante memorial en donde el acreedor expresamente lo autorice.

En conclusión, efectuado el remate, si quedó un saldo tiene que entregarse al ejecutado, salvo si se embargó el remanente, hipótesis en la que es menester pasarlo al juez que dispuso tal medida, pues inmovilizar el saldo sin motivo alguno es abiertamente ilegal.

Por último resalto que el art. 101 del CPACA al referirse al control jurisdiccional determina que "Sólo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito."

20.2. *El proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*

El amplio espectro que presenta el proceso de ejecución que para cobrar los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se adelanta, amerita reseñar sus principales pasos y diferencias con los restantes procesos ejecutivos de jurisdicción coactiva e incluso del mismo CGP.

Por estimarse que el proceso usual de jurisdicción coactiva era demasiado dispendioso y dilatado dada la dualidad de conocimiento por parte del funcionario ejecutor y la jurisdicción contencioso administrativa se resolvió a partir del decreto 2503 de 1987, posteriormente involucrado dentro del Estatuto Tributario expedido por medio del decreto 624 de 1989, establecer lo que se denominó *"Procedimiento Administrativo Coactivo "* que tiene como nota saliente la de constituir un trámite único ante la entidad administrativa, sin intervención directa de la justicia contencioso administrativa.

Es así como en lo relacionado con los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el proceso se adelantará "por la oficina de cobranzas de la administración del lugar en donde se hayan originado las respectivas obligaciones tributarias" (decreto 624 de 1989, art. 824) o por la oficina de cobranzas donde tenga su domicilio el deudor, fuero concurrente a elección de la Dirección de Impuestos (DIAN).

El mandamiento de pago debe estar soportado en liquidaciones de impuestos privadas u oficiales, o la certificación del administrador acerca de su monto, garantías en favor de la Nación,

cuentas adicionales y actos administrativos que fijen sumas de dinero a favor de la Nación provenientes de tributos administrados por la DIAN.

Se notificará personalmente al deudor "previa citación para que comparezca en un término de diez días. Si vencido el término no comparece, "el mandamiento ejecutivo se notificará por correo" (art. 826, ibídem). Una vez notificado el mandamiento de pago las excepciones que taxativamente menciona el art. 831 del decreto 624 de 1989 se podrán proponer dentro de los quince días siguientes.

Dichas excepciones son fundamentalmente las de pago, la existencia de acuerdo de pago, la falta de ejecutoria del título, la pérdida de ejecutoria del mismo por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, la interposición de demandas de restablecimiento del derecho o del proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la prescripción, la falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.

Bien se observa que no se previo el control de legalidad del mandamiento de pago ni de las decisiones propias del trámite de las excepciones ante funcionarios de lo contencioso administrativo, tales como autos que decretan pruebas o los que niegan su práctica (arts. 832 y 833).

Tan claro es lo anterior que el art. 834 del decreto 624 de 1989 dispone: "Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y orde

nan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción".

Decididas desfavorablemente las excepciones o si estas no se presentaron, procede la etapa propia del remate, en la cual también se dan algunas particularidades pues se permite que el mismo funcionario ejecutor, si estima tener los conocimientos suficientes avalúe los bienes cuando estos se hallan embargados y secuestrados; ahora bien, si carece de esos conocimientos podrá acudir a un auxiliar de la administración tributaria para que realice dicha labor.

En los dos casos se debe poner en conocimiento del ejecutado el avalúo para que pueda controvertir la experticia para lo cual podrá dentro de los diez días siguientes a la notificación de la providencia pedir aclaraciones, complementaciones o, inclusive, objetarlo por error, evento en el cual se adelantará un nuevo peritazgo por experto cuyos honorarios deberá sufragar el objetante.

La diligencia de remate se sigue en términos generales de manera idéntica a lo señalado en el CGP por así disponerlo el art. 839-2 del Estatuto Tributario.

Se concluye que la ejecución para el cobro de obligaciones tributarias de las administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales consagra un sistema más ágil que los restantes eventos de la jurisdicción coactiva, pero muestra como aspecto censurable el que ha sido difícil para los encargados del cobro asumir el doble papel de parte y jueces, de ahí que se nota una

marcada tendencia a negar con fútiles pretextos las excepciones de fondo, lo que obliga a recurrir ante la justicia contencioso administrativa en numerosos eventos.

CAPÍTULO VIII

DE LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN

"Si quisiéremos resumir en una breve fórmula las razones por las que los hombres no consiguen vivir en paz en el terreno de la economía, podríamos decir que la economía es el reinado del yo, es decir, del egoísmo. El de la economía es el terreno en el cual se encuentran los diversos egoísmos de los hombres lo mismo que de los pueblos

Francesco Carnelutti

1. GENERALIDADES

El Código General del Proceso regula en su sección tercera destinada a los procesos de liquidación el de sucesión, la liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales por causa distinta de la muerte, la disolución, nulidad, y liquidación de sociedades comerciales y la insolvencia de persona natural no comerciante, destacando que no son los únicos, pues igualmente tienen este carácter el divisorio, ya explicado pero ubicado como de cognición y el de liquidación obligatoria de que trata la ley 1116 de 2006 que en este aspecto derogó los artículos 145 a 178 de la ley 222 de 1995.

Mediante estos procesos se busca asignar patrimonios que pertenecen o pertenecieron a determinados sujetos de derecho, con el fin de adjudicarlos proporcionalmente a quienes, según la ley o el negocio jurídico, tienen el derecho de recibirlos total o parcialmente.

Resalto que se persigue la adjudicación de patrimonios a determinados sujetos de derecho y no necesariamente de bienes, para realzar que en ocasiones la liquidación puede tener por finalidad la adjudicación de un pasivo,[1] hipótesis que si bien es cierto no es la más frecuente, puede darse en la práctica. Piénsese en la liquidación de una sociedad cuyo pasivo supera el activo y en la cual es necesario adjudicar a los socios la cuota parte correspondiente, ampliada hasta el monto de sus aportes si en la sociedad de responsabilidad limitada se pactó ese límite o, inclusive, en forma ilimitada, si así se quiso establecer en el contrato social; o, en el caso de un proceso de sucesión en el que se adjudica el pasivo de un patrimonio, por cuanto los herederos no emplean el beneficio de inventario y se hacen cargo de las obligaciones de su causante.

Es del caso emprender el estudio del proceso de sucesión en su modalidad judicial, que es procedente en cualquier hipótesis, pues también se puede adelantar, por trámite ante notario, si se

1 Recuérdese que el concepto de patrimonio comprende dos aspectos: el pasivo y el activo. Ésta la razón para que el proceso verse sobre la adjudicación de dos elementos integrantes del mismo, lo cual sucede con frecuencia, o de sólo uno de ellos, bien el activo o el pasivo.

solicita de común acuerdo y al menos uno de los asignatarios es persona capaz.[2]

2. EL PROCESO DE SUCESIÓN

2.1. *Objeto*

Para ALSINA[3] el fenómeno de la sucesión, noción que no debe confundirse con la de proceso de sucesión, "puede producirse por acto entre vivos (contratos), o por causa de muerte; en este caso ella se defiere por voluntad del causante (sucesión testamentaria), o, en su defecto, por voluntad de la ley (sucesión ab intestato)". El proceso de sucesión es el instrumento procesal del cual se vale el legislador para hacer efectivo el fenómeno jurídico de la sucesión por causa de muerte bien sea que exista testamento o que no lo haya, que de acuerdo con el art. 673 del C. C. es uno de los modos derivados de adquirir el dominio.

Los trámites del proceso de sucesión son idénticos para la sucesión testada, la intestada o la mixta; existe diferencia entre estas formas de suceder en lo concerniente a las personas habilitadas para intervenir en él a título de asignatarios singulares o universales y, muy especialmente, en lo relativo a la forma de hacer la partición. La actuación procesal básica propiamente dicha

2 LAFONT PIANETTA Pedro, *Proceso Sucesoral,* Parte General, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 3ª, edición 1993, obra en dos tomos, cuya lectura recomiendo a quienes deseen profundizar en los todos los aspectos relacionados con el régimen sucesoral.

3 ALSINA Hugo, Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1972, pág. 641.

o sea la demanda, inventarios, forma de pedir partición, etc., es igual en cualquiera de dichos eventos.

Además, el Código regula una serie de actuaciones procedimentales previas al proceso de sucesión necesarias para que ciertos testamentos puedan tenerse como base para iniciar un proceso sucesorio, como la apertura del testamento cerrado cuando existe oposición y la reducción a escrito del testamento verbal, las que por ser anteriores a su iniciación no permiten predicar la existencia de pasos diversos en el curso del proceso, aun cuando ya en el desarrollo del mismo y sobre la base de ciertas situaciones especiales pueden presentarse trámites adicionales.

Finalmente, también se utiliza el proceso de sucesión para liquidar sociedades conyugales cuando uno de los cónyuges muere y la sociedad conyugal estaba vigente, pues si antes había sido disuelta y liquidada, no será posible utilizarlo para tal fin por sustracción de materia

A partir de la vigencia de la ley 54 de 1990 también es idóneo el proceso de sucesión para efectos de liquidar la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes por disponer el inciso segundo del artículo 6 de dicho estatuto que "Cuando la causa de la disolución y liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre que exista la prueba de la unión marital de hecho en la forma exigida por el artículo 2º de la presente ley".

Dado que el artículo 2º de la ley 54 de 1990 señala que hay lugar a declarar judicialmente la existencia de la sociedad de he

cho, la remisión, en principio, implica que para poder efectuar la liquidación dentro del proceso de sucesión es necesario que mediante sentencia judicial, que puede ser anterior o aún, posterior al deceso de uno o de ambos de los compañeros permanentes, se haya declarado su existencia.

Pone de presente lo anterior que es posible que fallecido uno de los compañeros, sus herederos inicien el proceso declarativo verbal en orden a que se declare la existencia de dicha sociedad, proceso que se vendría a erigir prejudicial para la sentencia aprobatoria de la partición dentro del proceso de sucesión.

Empero, surge un interrogante de interés y es el atinente a sí, de común acuerdo, los herederos del compañero fallecido y el sobreviviente pueden declarar, sin necesidad de proceso judicial, la existencia de la sociedad marital mediante el otorgamiento de una escritura pública, para efectos de realizar la liquidación directamente dentro del proceso de sucesión, pero sin tener que acudir obligatoriamente al proceso ordinario.

Estimo que en esta hipótesis es viable dicha posibilidad atendiendo a que el artículo 5º de la ley 54 señala que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se puede disolver y liquidar "Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública", no veo inconveniente legal alguno para que los herederos del fallecido y el compañero sobreviviente acudan, de existir el acuerdo a tan adecuada solución.

Claro está, ante la exégesis acendrada a la que son tan dados algunos de nuestros juzgadores, seguro estoy de la oposición que puede tener esta solución que consulta como la que más el

principio de la economía procesal, de modo que no me extrañaría que insistieran en que se debe adelantar el proceso verbal para que se dé la declaración judicial de la sociedad entre compañeros, postura que llevaría tan sólo a recargar más la labor judicial, pues de existir ese mutuo consentimiento, lo que se hará para contentar al exegeta, es presentar el compañero sobreviviente la demanda en proceso verbal contra los sucesores del causante y estos allanarse a la solicitud de declaratoria de que existió la sociedad entre compañeros permanentes y que se disolvió con la muerte de uno de ellos.

En resumen, dos son las finalidades del proceso de sucesión:

1) Asignar el patrimonio de una persona natural fallecida a quienes de acuerdo con el testamento o la ley tengan derecho a él.

2) Liquidar la sociedad conyugal o la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes que está vigente cuando muere uno de sus integrantes.

2.2. *Naturaleza jurídica del proceso de sucesión*

No admite controversia el hecho de que una de las características jurídicas del proceso de sucesión es la de ser un proceso de liquidación. Pero cabe preguntarse si es de jurisdicción voluntaria o de jurisdicción contenciosa o si tiene naturaleza diversa que no permite ubicarlo dentro de uno de esos dos grandes géneros de procesos civiles universalmente aceptados. No existe acuerdo en la doctrina ni en la jurisprudencia en relación con este tópico.

Autores como Devis Echandia sostienen que el proceso de sucesión es por excelencia un proceso de jurisdicción voluntaria susceptible de convertirse, excepcionalmente, en proceso de jurisdicción contenciosa[4] cuando se presentan objeciones al trabajo de partición.

Hernando Morales,[5] está parcialmente de acuerdo con Devis por cuanto acepta que, en principio, el proceso de sucesión es de jurisdicción voluntaria, pero "puede aparecer el substrato contencioso si se objeta la partición, o se presentan controversias específicas". Observase que para el primero sólo las objeciones a la partición son susceptibles de transformar el proceso de jurisdicción voluntaria a contenciosa, en tanto que el segundo estima que si se presenta cualquier controversia en una etapa del proceso, se produce la alteración.

Con fundamento en numerosas disposiciones del Estatuto Procesal no puede afirmarse que el proceso de sucesión sea únicamente de jurisdicción voluntaria, ni tampoco enteramente de jurisdicción contenciosa. En mi concepto, el proceso de sucesión es una categoría diferente por cuanto tiene características de uno y otro; de ahí que simplemente se estructure una nueva moda

4 DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de derecho procesal,* t. 1H, Iª ed. Bogotá, Edit. ABC, pág. 445, sostiene que el proceso de sucesión "al menos inicialmente tiene el carácter de jurisdicción voluntaria, pero que puede convertirse en proceso contencioso cuando surgen objeciones al trabajo de partición; mientras éstas no se formulen, el proceso conserva el carácter de jurisdicción voluntaria, aunque surjan discusiones y controversias entre los interesados, tales como las solicitudes para que se excluya a un heredero, el

5 MORALES MOLINA Hernando, *Curso de derecho procesal civil,* Parte especial, 6ª ed. Bogotá, Edit. ABC, 1973, pág. 315.

lidad de proceso, el proceso de sucesión, como ocurre siempre que tomando elementos de dos instituciones diversas surge una tercera con notas propias que la individualizan.

De no ser así resultaría incomprensible que los art. 17 del CGP señale en el numeral Iº que los jueces municipales conocen en única instancia, de los procesos contenciosos entre particulares que sean de mínima cuantía y el numeral 2º se refiera a "los procesos de sucesión de mínima cuantía", estableciendo una clara diferencia entre proceso de sucesión y proceso contencioso, que el art. 18 regule de idéntica manera esos procesos cuando son de menor cuantía y el art. 22 señale que Jos jueces de familia conocen de los procesos contenciosos de nulidad, divorcio de matrimonio civil, cesación de efectos civiles del matrimonio religioso mayor cuantía (num. 1), de las sucesiones de mayor cuantía (num.9), de forma tal que nuestro legislador da al proceso de sucesión un tratamiento independiente y autónomo de los procesos voluntarios y contenciosos.

Y si a lo -anterior anoto que el art. 577 del CGP que señala en forma específica cuáles son los procesos de jurisdicción voluntaria, no incluye en la prolija enumeración al proceso de sucesión, no queda duda alguna acerca de que este proceso no es de jurisdicción voluntaria, sino un tercer tipo de actuación.

Es más, si quisiéramos encasillar todos los proceso civiles en la clásica división bipartita, la conclusión sería exactamente la contraria a la de los dos profesores citados, por cuanto lo que caracteriza al proceso de jurisdicción contenciosa es la posibilidad de controversia, de choque de pretensiones en abstracto, no en concreto; dé modo que si se acepta que en el proceso de

sucesión potencialmente se pueden presentar esas controversias, la conclusión sería la de que es exclusivamente de jurisdicción contenciosa y no voluntaria.[6] De otra parte, debemos tener en cuenta que hoy resultan cada vez menores las diferencias entre los dos tipos clásicos de procesos.

En suma, el proceso de sucesión es un proceso de liquidación no susceptible de ser ubicado en el campo de la jurisdicción contenciosa ni en el de la voluntaria. Tiene características tan especiales que, como lo hizo con acierto el Código, debe clasificársele por aparte, simplemente como proceso de sucesión, o si se quiere, como una tercera categoría de tipos de proceso, lo que permite concluir que en el sistema procesal civil colombiano existen como categorías generales de tipos de proceso el de jurisdicción contenciosa, el de jurisdicción voluntaria y el de sucesión.

2.3. *Actuaciones anteriores a la iniciación del proceso de sucesión*

El CGP contempla varios casos en los cuales, antes de iniciar el proceso de sucesión, deben adelantarse ciertas actuaciones, algunas exclusivas de la sucesión testada, otras comunes a toda clase de sucesión. Entre las primeras está la apertura y pu

6 Para insistir en la lógica de nuestra afirmación, piénsese en el caso de un proceso de ejecución respecto del cual nadie discute su calidad de proceso de jurisdicción contenciosa. Si al presentarse la demanda el demandado se allana a ella, ¿podrá afirmarse por eso que el juicio es de jurisdicción voluntaria? Obviamente que no, por cuanto lo que le da ese carácter es la posibilidad de controversia, no la controversia en concreto. En este orden de ideas, si se acepta que en el juicio de sucesión hay posibilidad de controversia, vendría a ser de jurisdicción contenciosa y nunca voluntaria.

blicación del testamento cerrado, la publicación del testamento otorgado ante cinco testigos y la reducción a escrito del testamento verbal; y, entre las segundas, las medidas cautelares de guarda y aposición de sellos, el secuestro de bienes y la declaratoria de herencia yacente, las que analizaré a continuación.

De acuerdo con el art. 492 del CGP el requerimiento para aceptar la herencia también puede ser una actuación previa, aun cuando no necesariamente, puesto que después de iniciado el proceso puede llevarse a cabo.

Debe quedar sentado que todo lo que atañe con las diligencias previas a la iniciación del proceso de sucesión y con su trámite, es siempre del conocimiento de la jurisdicción de familia, a la cual pertenecen los jueces civiles municipales en todo lo relacionado con sucesiones y el juez de familia.

2.3.1 *Apertura y publicación del testamento cerrado*

Una forma válida de testar es aquella mediante la cual el testador no quiere que se conozcan sus disposiciones finales y por ello procede a guardarlas en un sobre cerrado con las debidas seguridades, que se deposita bajo la custodia del notario, previo el otorgamiento de una escritura pública donde se anotan tales circunstancias.

Cuando el testador muere, para efectos de hacer valer su testamento dentro del proceso, es requisito necesario que se conozca su contenido, y por eso debe procederse a su apertura que, en principio y conforme a lo estatuido en el art. 60 del decreto 960 de 1970, le corresponde al notario ante el cual se otorgó el

testamento, quien para el efecto está obligado a seguir los pasos previstos en el art. 39 del decreto 2163 de 1970; en consecuencia una vez el interesado presenta la solicitud, el notario hará constar el estado del sobre y ordenará citar a los testigos que lo firmaron, oportunidad en la cual, si se efectúa el reconocimiento o abono de las firmas, procede a su apertura y a protocolizar en escritura pública toda la actuación surtida, constituyendo esa actuación la base para llevar el testamento al proceso de sucesión, etapa de apertura dentro de la cual para nada interviene la justicia de familia por cuanto se agota la tramitación ante el notario.

Pero si alguna persona se opone, exponiendo las razones y el interés que le asiste, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 del decreto 960 de 1970 “el notario se abstendrá de practicar la apertura y publicación y entregará el sobre y copia de lo actuado al juez competente para conocer del proceso de sucesión para que ante él se tramité y decida la oposición a la apertura como un incidente”.

El trámite de la oposición a la apertura ya no es el del incidente que menciona el decreto 960 de 1970, sino el previsto en el art. 473 del CGP, que paso a explicar, dejando sentado que tal actuación únicamente se puede dar si en los pasos que necesariamente se surten ante el notario se presenta oposición a la apertura, por cuanto si ésta no se dio la totalidad de la apertura, como se dijo, se cumple ante el notario y para nada interviene la justicia de familia, aspecto en el cual las normas del estatuto notarial permanecen inmodificadas.

En virtud de la citada norma cuando se presenta la oposición, el notario envía la actuación junto con el sobre al juez de

familia del lugar donde se otorgó el testamento, quien procede a señalar fecha para una audiencia con el objeto de resolver sobre la oposición. Si quien la formuló no la ratifica, entonces el juez la rechaza de plano, abrirá el testamento y lo protocolizará en una notaría del lugar lo cual pone de manifiesto que, así no se trate esta actuación de un proceso, lo correcto es ordenar la citación de quien se opuso a la apertura, con el fin de que enterado de la fecha, comparezca a hacer valer su oposición, si insiste en esta, para lo cual se "le citará mediante cualquier medio de comunicación expedito" a su dirección si fuere conocida, de donde se infiere que ante el trámite que corresponde al notario, éste debe procurar obtener tal dato.

Caso de que así ocurra, el juez procede a abrir a pruebas con el fin de practicar las que sean necesarias de acuerdo con el contenido de la oposición, luego de lo cual mediante auto, decidirá si hay lugar a ésta o no, y aun en caso de que acepte la oposición, procederá de todas maneras a la apertura del testamento, que "no es ejecutable mientras no se declare su validez en proceso verbal" según lo indica el art. 473 num. 3 del CGP, solución sui generis por cuanto en tal determinación el juez no decreta la nulidad del testamento, pues, de hacerlo, éste carecería de todo valor, únicamente impide que pueda ser tenido como guía, a lo menos por el momento, dentro de un proceso de sucesión, pues es necesario ratificar su efectividad por medio de un proceso verbal, para cuyo adelantamiento no existe plazo especial de prescripción o caducidad; esto, infortunadamente, deja abierta la posibilidad de adelantarlo dentro de plazos muy largos, entre cinco y diez años, pues si quien tiene la herencia posee justo título y buena fe y el proceso se adelanta después de cinco años, considero que en caso

de declararse la ejecutabilidad del testamento después de ese plazo podría prosperar la excepción de prescripción ordinaria.

Hago notar que cuando el juez decreta la no ejecutabilidad del testamento, nada decide en cuanto a su validez total o parcial, pues lo hace fundado en que pueden existir dudas acerca de su autenticidad, lo cual no es obstáculo pará que el proceso de sucesión se adelante, bien guiado por otro testamento anterior o por la vía propia de la sucesión intestada, porque, repito, si el interesado en hacer valer el testamento no inicia este proceso verbal mal puede paralizarse la actuación dentro del proceso de sucesión, tratamiento a todas luces equivocado por cuanto auspicia la litigiosidad de modo que se ha debido prever que la decisión del juez de familia sea definitiva, es decir que si se declara no ejecutable, en firme la decisión no admita revisión por la vía propia del proceso verbal, lo que ojalá ocurra en futuras reformas.

Ahora bien, si se inicia el proceso verbal con el propósito de darle ejecutabilidad al testamento, veo como medida prudente hacer valer el fenómeno de la prejudicialidad, con el fin de paralizar el proceso de sucesión antes de la partición si éste se encuentra en curso, y mientras se decide el verbal, cuya sentencia tiene directa injerencia dentro de la sucesión, evitando así posteriores procesos de petición de herencia.

La competencia para tramitar este proceso verbal está determinada por el fuero de atracción señalado en el art. 23 del CGP que en lo pertinente indica: "Cuando la sucesión que se esté tramitando sea de mayor cuantía, el juez que conozca de ella y sin necesidad de reparto, será competente para conocer de todos los juicios que versen sobre nulidad y validez del testamento,

reforma del testamento, desheredamiento, indignidad o incapacidad para suceder, petición de herencia, reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias, controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por incapacidad de los asignatarios".

Cuando quien formuló la oposición no comparece sin causa justificada o no se ratifica, se rechazará de plano la misma por auto inapelable. Lo anterior pone de presente la necesidad de exigir a los notarios, que siempre actuarán en el trámite inicial, el procurar tomar los datos de la dirección del opositor con el fin de que pueda ser citado por el juez de familia.

Cuando existe el dato de la dirección del opositor y el juez no realiza la citación en la amplia forma advertida, debe abstenerse de practicar la diligencia y señalar una nueva fecha con el fin de permitir que se cumpla con esta citación.

2.3.2 *Publicación del testamento otorgado ante cinco testigos*

Donde no hay notario o éste se halla ausente o imposibilitado, es procedente otorgar testamento abierto ante cinco testigos según el C. C. en el art. 1071, testamento que para su ejecución debe recibir los trámites previstos en el art. 1077 del C. C., desarrollados por el art. 474 del CGP.

Al efecto, debe solicitarse al juez de familia del lugar donde se otorgó el testamento, acompañando el escrito que lo contiene, que señale fecha para una audiencia en la cual se reconozcan las firmas., y si así ocurre, declarara nuncupativo el testamento, lo rubricará y ordenará la protocolización del mismo.

Empero, si las firmas no son debidamente reconocidas en alguna de las formas previstas por la ley, directamente, por abono o por confrontación con otras, o si el documento no reúne los requisitos esenciales de un testamento, así lo declarará el juez, "sin peijuicio de que la cuestión se ventile en proceso de conocimiento"; es decir, que en este caso, en estricto sentido el juez no está declarando que el testamento no es ejecutable, como sucede en el caso anterior, sino que no se dan los requisitos de forma o autenticidad, o ambos, respecto del testamento, siendo posible, mediante un proceso verbal que se declare lo contrario. Cabe recalcar que muy poca utilización tiene en nuestro medio este tipo de testamento, y por ello no es frecuente esta clase de actuación[7].

2.3.3 *La reducción a escrito del testamento verbal*

El artículo 1087 del C. C. regula los testamentos privilegiados, verbal, militar y marítimo, de los cuales, no obstante estar formalmente vigente la posibilidad de acudir a todos ellos, tan sólo conserva alguna utilización el verbal, del que se ocupan los artículos 1090 a 1097 del C. C. disposiciones estas que debe el juez tener presente para efectos de los trámites que a continuación estudiaré.

De las tres diligencias previas a la iniciación del proceso de sucesión es ésta la más importante, habida cuenta la necesidad de observar las máximas precauciones cuando se trata de ordenar

7 Si en algo la legislación colombiana se halla en un deplorable estado de atraso es en lo atinente al régimen sucesoral, cuya regulación pudo ser adecuada para la sociedad del siglo XIX, pero que hoy no consulta la realidad, de ahí que muchas de sus disposiciones no tienen aplicación práctica, como estas del testamento ante cinco testigos , el testamento verbal, el marítimo y el militar, verdaderas curiosidades legislativas cuya derogatoria se impone por inútiles.

vean menoscabados con la sustracción o el deterioro de los bienes dejados; son, como se indicó, las medidas cautelares nominadas de guarda y aposición de sellos, embargo y secuestro, las que a continuación se estudian.

La competencia para su práctica con carácter general se establece en el art. 23 del CGP que señala: "La solicitud y práctica de medidas cautelares extraprocesales que autorice la ley corresponde al juez que fuere competente para tramitar el proceso al que están destinadas. La demanda podrá presentarse ante el mismo juez que decretó y practicó la medida cautelar, caso en el cual no será sometida a reparto. Las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales también podrán decretar y practicar las medidas cautelares extraprocesales autorizadas por la ley.

"Salvo norma en contrario, dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la medida cautelar, el solicitante deberá presentar la demanda correspondiente, so pena de ser levantada inmediatamente. En todo caso el afectado conserva el derecho a reclamar, por^medio de incidente, la liquidación de los peijuicios que se hayan causado. La liquidación de peijuicios se sujetará a lo previsto en el artículo 283."

Procedo al análisis de las mismas.

2.4.1 *Guarda y aposición de sellos*

Exclusivamente para bienes muebles dejados por el difunto, incluyendo dentro de tal acepción así el Código lo repita innecesariamente los documentos o escritos pertenecientes al fallecido.

Se trata de dos actuaciones complementarias pero diversas que si bien es cierto usualmente se practican coetáneamente, no es menester que fatalmente así acontezca. La guarda implica tomar ciertos bienes para ponerlos a buen recaudo usualmente en el despacho del juzgado (caso de documentos) o de un banco (evento de joyas y valores), mientras que la aposición de sellos conlleva colocar los mismos en la puerta de ingreso de una habitación o local que se destine para guardar los bienes muebles que no puedan ser transportados de inmediato.

Tan clara es la diferencia entre las dos actuaciones que el artículo 479 del CGP indica que las autoridades policivas "podrán adoptar únicamente la medida sobre aposición de sellos".[9]

Debido a la urgencia de la cautela sólo es posible utilizarla dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento del causante, pues se supone que vencido tal plazo en días hábiles se cuenta, poca efectividad puede tener la medida.

La experiencia muestra, como una constante en la mayoría de las regiones del mundo, que fallecida una persona es usual que quienes están en inmediata y directa relación con ella, conocedores del insuceso tratan de obtener directamente para sí, independientemente de que tengan o no derechos sucesorales, la mayor cantidad de bienes muebles y es por eso que joyas, dinero, semovientes, frecuentemente son sustraídos de la masa de bienes a adjudicar.

9 En este caso el inspector no actúa en cumplimiento de orden del juez, sino en ejercicio de función que la ley le asigna de manera directa, de modo que no se aplica el parágrafo 1 del art. 206 de la ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policia, que prohibió las comisiones a ellos por parte de los jueces.

Para evitar esas defraudaciones e independientemente de las actuaciones penales que pueden originar tal clase de conductas, es que se ha instituido la diligencia de guarda y aposición de sellos a la que, de ser necesario, se debe acudir de presta manera y por sobretodo superando prejuicios que sólo la ignorancia y superstición de algunas gentes han originado, al criticar que prima el interés económico sobre el dolor que la muerte del allegado se supone debe ocasionar, no siendo extraños los casos en que los más acervos críticos de quienes pretenden la defensa de la integridad de los bienes relictos, son precisamente quienes alzan con los activos fácilmente realizables.

La competencia para su práctica la tiene a prevención " el juez que deba conocer del proceso de sucesión, el juez de familia y el juez municipal en cuyo territorio se encuentren los bienes." Esto hace evidente que cuando hay bienes ubicados en diversos municipios, puede solicitársele la medida al juez competente para conocer de la sucesión, a fin de que comisione, o presentar varias peticiones separadas a cada uno de los jueces municipales, lo cual parece lo más lógico habida cuenta la necesidad de proceder con suma rapidez.

La petición debe acompañarse de la prueba de la defunción del causante y al menos sumariamente la del interés "efectivo o presunto en el proceso de sucesión", según lo indica el art. 476 del CGP. O sea, es necesario acreditar, el motivo que induce a solicitar la medida, por ejemplo, la calidad de pariente del causante, la de cónyuge, la de acreedor, la de asignatario, sin que le esté permitido al juez considerar si efectivamente tiene o no derecho a los bienes de la herencia, pues tal labor es prematura

en esta etapa; de ahí que el Código menciona el interés efectivo o presunto, pues lo que quiere la disposición es evitar que personas ajenas a los intereses vinculados a una masa de bienes dejada por un causante, puedan solicitar esta clase de medidas, aun cuando la legitimación es amplísima, como se ve y es por eso que resulta prematura toda discusión acerca de quién es el heredero de mejor derecho.

La práctica de la diligencia de guarda y aposición de sellos la desarrolla el art. 477 del CGP en sus ocho numerales, prescribiendo que se extenderá una lista de los muebles domésticos de uso cotidiano, los cuales se dejarán en poder del tenedor "si lo hubiere y éste lo solicitare"; se relacionarán todos los documentos pertenecientes al causante, los que se guardarán en un sobre cerrado y sellado y se custodiarán en el despacho judicial; se conservarán bajo llave en una o varias de las habitaciones del inmueble los bienes muebles existentes, sellando la entrada a las respectivas estancias. Si hubiere joyas y objetos preciosos se depositarán en un establecimiento bancario si lo hubiere en el lugar y sólo a falta del mismo, lo que sería poco usual, se entregarán a un secuestre; si lo encontrado es dinero, se depositarán en la cuenta de depósitos judiciales, de todo lo cual se levantará acta detallada.

Pasados diez días de la práctica de esta diligencia sin que se acredite haber iniciado el proceso de sucesión, el juez debe declarar terminadas las medidas de guarda y aposición de sellos salvo que se haya solicitado el secuestro de los mismos.

El artículo 477 en su numeral 8 se refiere a la oposición a la diligencia de guarda y aposición de sellos, para indicar que no

puede hacerse desconociendo derechos de poseedores o de tenedores, los cuales deben ser protegidos; por eso, si al practicarse la diligencia se presenta oposición y ella es atendible de acuerdo con los criterios señalados para la oposición al secuestro en eJ artículo 596 numerales 1 y 2 del CGP que a su vez se remiten a la oposición a la diligencia de entrega, pero con una variable y es la de que en este evento si tiene razón el opositor se dejarán los bienes en su poder como secuestre de ellos.

Como la norma se remite al art. 596 se entiende que el opositor deberá ser un tercero es decir persona ajena a los derechos derivados de la sucesión, de manera que los asignatarios del causante carecen del derecho de oponerse por no predicarse la citada calidad de terceros; además respecto de ellos existe una especial modalidad de evitarles peijuicios consistente en que si el causante vivía con ellos, los muebles domésticos de uso cotidiano, tal como lo resalta el numeral 1 del art. 477 "los dejará en poder de su tenedor, si lo hubiere, y éste lo solicitare", medida con la que se garantiza la integridad de la masa y se evitan peijuicios al tenedor que deriva derechos' del causante, pues se trata de permitir que sigan siendo utilizados todos los muebles domésticos tales como sala, comedor, alcoba etc., en fin los propios de una casa de habitación, para cuya delimitación el buen criterio del juez es central.

Obsérvese que la diligencia de guarda y aposición de sellos no tiene ninguna relación con los inmuebles, puesto que la finalidad de asegurar que no se distraigan bienes del activo sucesoral que en lo que a inmuebles se refiere queda cumplida con el hecho mismo de la muerte del causante, debido a que ante la imposibilidad de firmar escrituras públicas mal puede efectuarse el traspaso

de la propiedad o constituirse un gravamen sobre el bien; además existe la facultad de embargar y secuestrar tales bienes de acuerdo con el art. 480 que se explica adelante.

También puede solicitarse la medida cautelar de aposición de sellos a las autoridades policivas del lugar (alcalde, inspector de policía), por cuanto el art. 479 expresamente les otorga tal facultad. El interesado debe acreditar exactamente los mismos requisitos exigidos por el art. 476, es decir, prueba de la defunción del causante y establecer el interés real o presunto que tenga en el correspondiente proceso de sucesión. Si bien es cierto que el art. 578 remite al 477, que señala la forma de practicar la medida, incuestionablemente involucra la norma citada, pues se trata de practicar parcialmente la medida en ella desarrollada.

No pueden, entonces, las autoridades de policía dejar de exigir las pruebas mencionadas y deben recordar que su actuación se limita tan sólo a la aposición de sellos, una vez practicada la cual deberá remitirse lo actuado al juez competente para conocer de la sucesión.

En la diligencia meramente policiva de aposición de sellos es viable presentar oposiciones, pues se prestaría a arbitrariedades aseverar que por la naturaleza restrictiva de ella no es posible hacerlo, debido a que en todos los casos las medidas cautelares dentro del proceso de sucesión deben respetar los derechos de los terceros poseedores, de modo que si se pretende la colocación de sellos en bienes que están en posesión de un tercero y esté acredita su calidad, se abstendrá el funcionario de realizar la medida.

2.4.2. *El embargo y secuestro*

El artículo 480 del CGP, regula como medida cautelar previa a la apertura del proceso de sucesión el embargo y secuestro, cautelas que tienen claro trato diferencial en la norma, pues caben las dos respecto de todos los bienes muebles o inmuebles pertenecientes al causante, propios o sociales, en tanto que únicamente se permite el embargo de aquéllos que están en cabeza del cónyuge sobreviviente o compañero permanente y forman parte del haber de la sociedad conyugal o patrimonial.

El motivo de la distinción es claro: si los bienes son de propiedad del causante, es posible pedir no sólo el secuestro de ellos sino también el embargo, aun cuando en estricto sentido lo que realmente se requiere es el secuestro puesto que al haber dejado de existir su titular no podrá enajenarlos y en verdad su muerte garantiza la inmovilidad jurídica, de ahí que el embargo tenga una relativa importancia frente al secuestro, lo cual no obsta para que primero se embargue y luego que el registrador ha tomado nota de la medida entonces sí decretar el secuestro si de bienes sometidos a registro se trata, pues no puede procederse directamente al secuestro por cuanto el art. 480 es claro en prescribir que el juez decretará el embargo y el secuestro; estas dos medidas igualmente se permiten si existen bienes sociales que están en cabeza del cónyuge sobreviviente, o del compañero permanente con el cual se colocan fuera del comercio y se impide, como con no poca frecuencia ocurre, que éste proceda a enajenarlos, prevalido de ser el único titular registrado del derecho de dominio y ocultando la circunstancia de la afectación del bien a la sociedad conyugal o a la existente entre compañeros permanentes.

La habilitación para solicitar estas medidas la tiene según el art. 480 “cualquier persona de las que trata el artículo 1312 del Código Civil, el compañero permanente del causante, que acredite siquiera sumariamente interés”, con lo que se observa que cualquiera de los sujetos relacionados en la norma del Código Civil que menciona los autorizados para asistir al inventario y avalúo[10], de modo que cualquiera de ellos puede presentar la solicitud acreditando sumariamente el interés que le asiste.

La competencia para conocer de estas diligencias que la tiene el mismo juez apto para adelantar las de guarda y aposición, pues aun cuando el art. 480 guarda silencio sobre el punto al referirse tan sólo al juez, se entiende que será el mismo que tiene facultades para la otra diligencia que, al fin y al cabo, cumple finalidades similares; por tal razón el decreto del embargo y luego el secuestro lo podrá efectuar el juez competente para conocer del juicio de sucesión o el civil municipal del lugar donde se encuentren los bienes objeto de la medida, interpretación que se impone si se recuerda que se está en etapa anterior a la de iniciación del proceso de sucesión, pues si es después de iniciado es claro que será el juez del conocimiento el competente.

El numeral 1 del art. 480 llama la atención del juez que practica las cautelas de embargo y secuestro, pero en especial esta última, para que de oficio se cerciore de que los bienes pertenecen al causante, cónyuge o compañero permanente “y con tal fin examinará los documentos que encuentre o se le presenten

10 Se relacionan allí el albacea, el curador de la herencia yacente, todos los herederos; el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y los acreedores hereditarios. Además se entiende que también lo puede hacer el compañero permanente.

e interrogará a los interesados y demás personas que asistan a la diligencia", con lo cual se quiere resaltar el especial cuidado que debe ser observado para no ir a secuestrar bienes ajenos a la sucesión de manera tal que, aún en la hipótesis de carencia de oposición, si el juez por la actividad oficiosa que le impone el numeral 1 del art. 480 se percata de que los bienes no son de la sucesión, debe abstenerse de secuestrarlos.

Al practicarse la diligencia de secuestro se sigue el mismo trámite que existe para las oposiciones al mismo, que se estudian en el capítulo final de esta obra; por eso, si se opone un tenedor que deriva su derecho del causante, se respetará la tenencia pero la diligencia se efectuará, en tanto que si se opone un tercero, se resolverá su oposición; igualmente señala el numeral 2 que : "Si los bienes se encuentran en poder de persona que los tenga por orden judicial, se abstendrá de practicar el secuestro" y el 3 que adiciona: "Si se demuestra que las medidas decretadas recaen sobre bienes propios del cónyuge o compañero permanente, se abstendrá de practicarlas. Si ya hubieren sido practicadas, el interesado podrá promover incidente para que se levanten."

Finalmente el art. 480 indica que "También podrá decretarse el embargo y secuestro después de iniciado el proceso de sucesión y antes de proferirse la sentencia aprobatoria de la partición." lo que permite establecer como diferencia con la guarda y aposición de sellos que es medida de exclusiva práctica antes de la iniciación de la sucesión.

Además, destaco que puede darse dentro del proceso de sucesión otra posibilidad de secuestro, prevista en el numeral 2 del art. 496 del CGP qüe dispone: "En caso de desacuerdo entre los

herederos, o entre éstos y el cónyuge o compañero permanente sobrevivientes, o entre cualquiera de los anteriores y el albacea, en tomo a la administración que adelanten, el juez a solicitud de cualquiera de ellos decretará el secuestro de los bienes, sin perjuicio del albaceazgo. "

Se presenta esta otra posibilidad de secuestro cuando existen diferencias entre los herederos acerca de como se debe administrar la herencia, o entre los herederos y el cónyuge sobreviviente o el compañero permanente, o entre cualquiera de estos y el albacea con tenencia de bienes, respecto de la administración de los bienes sociales y no se exige que previamente estén embargados los bienes, aún si son de aquellos sometidos a registro.

Cualquiera de los referidos que entre en conflicto, podrá solicitar la medida cautelar que se lleva a cabo siguiendo los lincamientos de cualquier secuestro y recaerá sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles.

Si para que pueda exigirse caución es necesario que una norma así lo indique, bien claro queda que en todos los eventos del secuestro dentro del proceso de sucesión, no es menester prestar caución para garantizar los eventuales peijuicios que la medida pueda causar, lo que no significa que quien lo solicitó no esté obligado a pagarlos, de llegarse a dar.

Aspecto que aparentemente podría prestarse a confusión es la situación que se presenta cuando practicado el secuestro no se promueve la sucesión y sobre el cual la ley nada dice. Puesto que no es lógico que queden unos bienes indefinidamente secuestrados, la solución que veo es la siguiente: si el secuestro lo practica

un juez que no es competente para conocer del proceso de sucesión, debe remitir lo actuado al competente; en esa hipótesis o cuando el competente lleva a cabo la medida, si ninguno de los interesados promueve el juicio de sucesión y puesto que al juez no le está permitido iniciarlo de oficio, debe declararse yacente la herencia si han transcurrido más de quince días desde la muerte del causante, declaración que sí puede hacerse de oficio, y se ordenará la entrega de los bienes secuestrados al curador de la herencia yacente, evitando secuestros indefinidos en cuanto a su duración, pues el secuestro finaliza, entre otros eventos, cuando se ordena entregar los bienes al curador de la herencia yacente según lo indica el numeral 1 del art. 489 del CGP.

2.5. *La declaratoria de herencia yacente*

El artículo 1297 del C. C., regula la figura de la herencia yacente, patrimonio autónomo que se estructura cuando fallecida una persona, ningún asignatario ha aceptado la herencia o una cuota parte de ella, ni hay albacea con tenencia de bienes que ejerza el cargo; entonces el juez debe proveer un administrador de los bienes que integran ese patrimonio.

La forma de declarar la herencia yacente está prevista por el art. 482 del CGP, norma que, además, señala que el titular del quinto orden hereditario[11] , el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, puede recibir una herencia, pues la declaratoria de la

II La ley 29 de 1982 modificó la estructura de los órdenes sucesorales. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que figuraba antes en el sexto orden, quedó en el quinto, lo cual no implica que obligatoriamente debe comparecer a una sucesión en calidad de heredero, porque si lo prefiere puede no solicitar su reconocimiento y esperar a recibir los bienes como resultado del trámite de la yacencia y posterior vacancia de la herencia.

herencia yacente, unida a una serie de trámites subsiguientes y al cumplimiento de un plazo, culmina con la declaratoria de herencia vacante, que habilita al Instituto para recibir bienes si en oportunidad anterior no quiso ejercer sus derechos de heredero como titular del quinto orden hereditario.

Para solicitar la declaratoria de herencia yacente deben haber transcurrido por lo menos quince días desde la apertura de la sucesión, es decir, la muerte del causante, sin que nadie haya aceptado la herencia; la competencia para la tramitación corresponde, de acuerdo con la cuantía de los bienes relictos y el último domicilio del causante, al mismo juez que debería conocer del proceso de sucesión.

Presentada la petición que aun cuando el art. 482 no lo dice, debe estar acompañada de la prueba de la defunción del causante, y puede provenir del cónyuge sobreviviente, el compañero permanente, de cualquier pariente, dependiente o acreedor; se ordena de plano el emplazamiento de todos los que se crean con derecho a intervenir en la sucesión.

Si se trata de sucesión testada señala el numeral 1 del art. 483 “se ordenará además la notificación personal o en su defecto el emplazamiento de los herederos y legatarios.”

Posesionado el administrador, que se designa en el mismo auto que decreta la yacencia, se fijará caución, y prestada ésta, se autorizará el ejercicio del cargo. Si no otorga la garantía, que debe ser dentro de los diez días siguientes se designará un reemplazo.

Según el num. 4 del art. 483, "transcurridos dos años desde el fallecimiento del causante sin que comparezcan herederos, el juez, de oficio o a petición del administrador ordenará el remate de los bienes relictos, previo aviso escrito al director Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

El término de dos años para el remate no se cuenta desde la declaración de la yacencia, sino desde el fallecimiento del causante; de modo que si la petición es presentada dos años después de la muerte, como perfectamente puede ocurrir, el remate de los bienes será casi inmediato, pues luego de entregados al administrador, esto es, surtidos los trámites de designación, posesión, entrega de los bienes y emplazamiento a los interesados, es viable proceder en la forma que la ley autoriza.

Efectuado el remate, del producto se deducirán los gastos de administración y los honorarios del administrador y el sobrante dice el mismo numeral "se consignará a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura"; empero, la consignación para hacer postura y para obtener la aprobación del remate se debe efectuar en la cuenta que en la Banco Agrario tenga el despacho respectivo y una vez deducidos los gastos el juez la entregará al Consejo Superior de la Judicatura.

Existe la posibilidad de obtener el remate aun antes de los dos años de la muerte del causante cuando se requiere liquidez para el pago de obligaciones a cargo de la sucesión, lo cual expresamente lo permite el art. 483, num. 5, sólo que en este evento, no versará sobre la totalidad de los bienes pues recaerá sobre los que determine el juez y estime necesarios para atender los pagos que deben efectuarse.

2.5.1 *Funciones del administrador de la herencia yacente*

Le corresponde administrarlos cuidadosa y diligentemente, además, está obligado a pagar a los acreedores de la sucesión cuando éstos tienen constancia de su obligación en títulos ejecutivos o se reconocen en el testamento, atender los procesos que puedan adelantarse contra la sucesión, y pagar los legados. Con respecto a éstos, merece advertir que cuando se trata de legados de bienes inmuebles, no los puede cumplir directamente por cuanto se requiere que el juez lo ordene en sentencia, la cual no se podrá pronunciar antes de seis meses de la declaratoria de yacencia.

El num. 8 del art. 483 del CGP dispone: "Si hubiere legados de bienes inmuebles, los legatarios podrán solicitar la adjudicación. De sus peticiones se dará traslado al administrador por tres días, y el juez las resolverá en sentencia que pronunciará transcurridos seis meses desde la declaración de yacencia, o en la aprobatoria de la partición si entre tanto se hubieren presentado herederos".

Lo anterior pone en evidencia que la norma contempla dos posibilidades: una, la de que la herencia continúe como yacente, caso en el cual el juez debe dictar una sentencia mediante la cual apruebe la adjudicación de inmuebles solicitada por los legatarios, sentencia que se hace necesaria para que cuenten los mismos con un título a su favor que puedan inscribir para quedar como nuevos propietarios; la otra, si el trámite de la herencia yacente pasó a ser juicio de sucesión, por cuanto se presentó y reconoció al menos un heredero, en la sentencia aprobatoria de la partición se dispondrá y aprobará la adjudicación.

Finalizan las funciones del administrador de la herencia yacente cuando, hechos los pagos y rematados los bienes, ya nada queda por administrar, o cuando aparecen herederos que acepten la herencia, momento en el cual debe rendir cuenta final de su gestión.

2.6. *La herencia vacante*

El artículo 485 del CGP dispone que transcurridos diez años desde el fallecimiento del causante sin que se presenten herederos, el juez de oficio o a petición de parte, declarará vacante la herencia y dará a los dineros de que trata el num. 4 del art. 483 la destinación que la ley sustancial establece, es decir, los pasará a su nuevo propietario el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien, ante la ausencia de herederos debe, recibir los bienes, por esta vía cuando no quiso hacer valer su calidad de heredero y presentarse como tal al proceso, evento en el cual deja sin efecto el trámite de la yacencia.

En estricto sentido, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando hay vacancia los bienes no los recibe en calidad de heredero, todo lo contrario, se le adjudican precisamente porque ninguno de los herederos incluyéndolo, se presentó. Si quiere hacer valer tal calidad podría iniciar el proceso de sucesión y obtener la adjudicación de los bienes como lo puede hacer cualquier heredero, porque goza de todas las prerrogativas, deberes y contingencias propias de ellos. De esta forma el Instituto podrá recibir prontamente los bienes reduciéndose los costos y dando mayor seguridad a los bienes relictos en aquellos procesos donde estime pertinente concurrir como heredero que ojalá sean los más'.

Es más conveniente para la administración de justicia y para la salvaguardia de los bienes relictos, permitir que el Instituto de Bienestar Familiar pueda, como lo hace cualquier otro heredero, presentarse al proceso de sucesión y una vez reconocida su calidad asumir plenamente la administración de los bienes, en vez de permanecer a la expectativa durante diez años esperando recibirlos luego de la declaratoria de vacancia de la herencia. Es más, si adelanta el proceso, debe permitírsele recibir la adjudicación si ningún interesado comparece, en la seguridad de que si se llegase a presentar posteriormente a la finalización del proceso un heredero de mejor derecho y ejercita la acción de petición de herencia, la restitución es más segura que si los bienes han estado bajo la administración de un administrador de la herencia yacente, quienes en no pocas ocasiones gestionan con descuido y ligereza ante la creencia de que esos bienes tendrán como destinatario final al Estado, poco celoso en exigir cuentas.

Es necesario advertir que el Instituto de Bienestar Familiar ha optado, proceder totalmente apoyado en la ley, por presentarse a procesos de sucesión para solicitar que se le reconozca su calidad de heredero, basado en los artículos 1040 y 1051 del C. C., luego de la reforma que les introdujo la ley 29 de 1982 y que la tendencia de los jueces de familia es a aceptar su reconocimiento con dicha calidad, actuación que hace nugatoria la aplicación de los artículos concernientes a herencia yacente y vacante.

Estimo que como la ley 29 de 1982 le otorgó al Instituto de Bienestar Familiar el carácter de heredero del último orden, es cierto, pero heredero, si tal institución quiere iniciar el proceso de sucesión o se presenta a uno ya iniciado, ejemplo, por un aeree-

dor o cuando se está en el trámite de la yacencia, en suma quiere hacer valer su calidad de heredero, impide que siga el trámite de yacencia y naturalmente el de vacancia y podrá obtener que en la partición se le adjudiquen los bienes sin necesidad de esperar 10 años.

Ahora bien, como heredero del quinto orden que es, el Instituto de Bienestar Familiar puede estimar que no es conveniente presentarse para que se le reconozca tal calidad si, por ejemplo, observa que se trata de una sucesión con dificultades para su administración o que puede arrojar un saldo pasivo y en esta hipótesis sólo podrá recibir como consecuencia de la culminación de los trámites de los arts. 482 y 483 del CGP.

Conforme al art. 486 del CGP, en cualquier estado del trámite de la declaratoria de yacencia en que se presente un heredero que acepte, las diligencias continuarán como proceso de sucesión, sin que haya lugar a nuevo emplazamiento. Del texto de este artículo no se colige claramente a partir de qué estado debe adelantarse el proceso; me parece que si lo único que el Código obvia son los emplazamientos entonces se procederá al paso siguiente, inventarios y avalúos, pues a dicha diligencia no la reemplaza el acta de entrega de bienes.

2.7. *Competencia para conocer del proceso de sucesión*

A partir de la creación de la jurisdicción de familia por el decreto 2272 de 1989, que fue derogado por el CGP, todo lo atinente al proceso de sucesión y los afines al mismo por causa o en razón de la herencia y que versen sobre derechos sucesorales tales como indignidad, desheredamiento, petición de herencia.

nulidad del testamento, etc., corresponden de manera privativa a dicha especialidad, lo que es muy diverso a que en un proceso civil o comercial demande o deba demandarse a una sucesión, el cual sigue las reglas generales de competencia, pues tal como atrás se advirtió, en esta hipótesis se trata sólo de una especial integración de la parte.

Por tal motivo es menester tener presente que los jueces civiles municipales forman parte de dicha jurisdicción; per se, ellos son promiscuos entre las ramas de familia y civil, por cuanto en todo caso conocen de los procesos de sucesión de mínima y menor cuantía, tal como lo determina los artículo 17 numeral 2 y 18 numeral 4 del CGP, de modo que en lo que atañe con sucesiones ellos serán los subordinados del juez de familia competente en el correspondiente municipio.

Por razón de la cuantía, los procesos de sucesión se adelantarán ante un juez civil municipal los mínima o menor cuantía, o ante un juez de familia los de mayor cuantía.

En efecto, cuando se trata de sucesión de mínima cuantía, será conocido el proceso en única instancia por el juez civil municipal; en este aspecto cabe señalar que debido al fenómeno de la desvalorización de la moneda, tales casos serán de rara ocurrencia, porque excepcionalmente se justificará adelantarlos.

Considero que en materia de cuantías es conveniente, al igual de cómo sucede con el recurso de casación, señalar imas especiales para el proceso de sucesión con el fin de permitir que los jueces civiles municipales realmente puedan conocer de un número significativo de ellos de manera tal que, los de mínima

cuantía asciendan por lo menos a cien salarios mínimos legales, los de menor hasta trescientos y de allí en adelante los de mayor cuantía, pues no puede perderse de vista que usualmente se adelanta el proceso cuando existen bienes sometidos a registro, esencialmente inmuebles, de contenido económico muy superior a las exiguas cuantías vigentes.

La base para fijar la cuantía en los procesos de sucesión, según el art. 26 numeral 5, es "el valor de los bienes relictos, que en el caso de los inmuebles será el avalúo catastral"; por esta razón es importante saber que se entiende por bien relicto.

Etimológicamente, relicto viene del latín relictus,[12] que significa dejar, de ahí que por bien relicto debe entenderse el bien dejado por el causante, es decir que la cuantía se determina sobre la base de los bienes dejados por el causante (activo patrimonial) y no sobre su patrimonio, por cuanto éste comprende tanto el activo como el pasivo.

Ciertamente, si una persona al morir tiene bienes avaluados en ciento cincuenta millones de pesos y deudas por el valor de trescientos millones de pesos, es decir, su pasivo supera el activo, ese hecho no es obstáculo para afirmar que el proceso es de mayor cuantía, pues ésta se fija sobre la base de los ciento cincuenta millones de pesos (valor de los bienes), sin tener en cuenta para nada el pasivo que los afecta.

La determinación inicial de la cuantía de los bienes, para efectos de fijar la competencia, salvo si se trata de inmuebles que

12 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española,* 21ª ed., Madrid, pág. 1250.

se guían por el avalúo catastral, corre a cargo del interesado en iniciar el proceso de sucesión, quien, sin embargo, debe proceder con el mayor cuidado al hacer la tasación.

No es necesario que el demandante señale exactamente el valor de los bienes dejados por el causante, sino, simplemente, que haga una racional estimación de su valor e indique si el proceso es de mínima, menor o mayor cuantía precisando, por ejemplo, si se trata de bienes por valor superior al límite a partir del cual se inicia la mayor cuantía. En esa forma cumple el requisito necesario para la radicación de la competencia.

No se trata de que el demandante haga un avalúo exacto de todos los bienes, por cuanto esa labor está prevista para una etapa posterior dentro del proceso, la de inventarios y avalúos, diligencia en la cual si se debe detallar precisamente el valor comercial de los bienes dejados por el causante si se nombra perito, o el que libremente le asignen los consignatarios si no se requiere del concurso de aquél. Simplemente, basta ubicar en forma general la cuantía dentro de alguno de los tres grupos previstos en nuestro Código.

En todo caso con esa estimación de cuantía queda radicada definitivamente la competencia en virtud de este factor y no existirá alteración de la misma caso de que en la diligencia de inventarios y avalúos se llegue a establecer un valor que evidencie que debe conocer un juez distinto pues se encuentra que la cuantía varía de menor a mayor o de mínima a menor o viceversa, debido a que esta hipótesis no quedó contemplada en el art. 27 del CGP que dispone: "La competencia por razón de la cuantía podrá modificarse sólo en los procesos contenciosos que se tramitan

ante juez municipal, por causa de reforma de demanda, demanda de reconvención o acumulación de procesos o de demandas."

2.7.1 *El factor subjetivo en el proceso de sucesión*

Puede ocurrir que dentro de un proceso de sucesión se presente como parte interesada una persona con fuero especial dado su carácter de diplomático extranjero; el interrogante que surge en este caso es si dentro del proceso de sucesión tiene efecto el factor subjetivo que es prevalente sobre el objetivo (art. 29 CGP) y, en consecuencia, conocería la sala de Casación Civil y de Familia de la Corte Suprema de Justicia.

En mi concepto, el factor subjetivo no tiene ninguna aplicación en el proceso de sucesión, y por lo tanto, así pueda comparecer a él en calidad de heredero un diplomático extranjero, conocerá el juez que sea competente en razón de la cuantía y del domicilio, porque se debe tener presente que el factor subjetivo sólo es eficaz dentro de los procesos contenciosos y ya se vio cuál es la naturaleza especial de proceso de sucesión, tercer tipo de proceso, diverso de los de jurisdicción contenciosa y voluntaria; además no existe norma expresa que radique competencia en el proceso de sucesión en atención a la calidad de las partes.

2.7.2 *El factor territorial en el proceso de sucesión*

Con base en las anteriores nociones queda muy claro quién es el juez que debe conocer del proceso de sucesión. Sin embargo, surge el interrogante acerca de cuál de todos esos jueces, municipales o de familia, es el llamado a conocer del proceso de sucesión.

El artículo 28, num. 12, tipifica el denominado fuero hereditario, en virtud del cual conoce del proceso de sucesión el juez del último domicilio del difunto en el territorio nacional, "y en caso de que a su muerte hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios".

Obsérvese, en primer término, que el Código al fijar la competencia territorial no señala como competente al juez del lugar donde murió la persona sino al del último domicilio, nociones que en muchos casos pueden ser por entero diferentes. Ciertamente, basta suponer el caso de un individuo cuyo domicilio es la ciudad de Cartagena (allí tiene su casa de habitación, sus negocios, en fin, todas sus actividades se desarrollan en tal ciudad), y quien al venir a Bogotá para un tratamiento médico fallece. El juez de Bogotá no será el competente, sino el de Cartagena.

Ahora bien, puede ocurrir asimismo que una persona deje de tener su domicilio en el país, debido a que se radica en el extranjero. Al morir tiene parte de su patrimonio en nuestro país y es necesario adelantar proceso de sucesión. En este caso el juez competente será el del último domicilio que ese causante tuvo en el país. Y si una persona nunca ha tenido domicilio en el país pero sí bienes en él al morir, como sería el caso de un extranjero que invirtió en propiedad raíz en Colombia y adquirió por medio de apoderado, el juez competente de la sucesión es el que conresponda al asiento principal de sus negocios o, en últimas, el del lugar de ubicación de los bienes.

El criterio del Código para acoger la noción de domicilio o de asiento de los negocios, en caso de que no pueda acudirse al primero, es lógico y obedece a que las actividades jurídicas que

afectan al patrimonio se desarrollan usualmente en el lugar del domicilio del titular, de ahí que para la tasación del valor de los bienes, el secuestro si fuere pertinente y su entrega a los herederos, se facilita si se adelanta ante el juez que está más cerca de esos bienes, sin que ello impida que cuando el causante los deja en distintas partes del país, pero tiene un domicilio principal, centraliza toda la sucesión en un juzgado, pues hubiera sido absurdo obligar a adelantar varias sucesiones de acuerdo con la ubicación de los bienes relictos.

El Código Civil admite la posibilidad de tener varios domicilios, y por este motivo cuando un causante se halla en tal situación, no quiere decir que los competentes de esos domicilios sean los llamados a conocer, a prevención del proceso, porque el estatuto es muy claro en señalar que siempre existirá un juez que tiene primacía sobre los demás: el juez "que corresponda al asiento principal de sus negocios" (art. 28, num. 12).

De conformidad con lo hasta ahora explicado, las siguientes son las,características más importantes del proceso de sucesión:

Iª) Es un proceso que no se puede ubicar ni dentro de los de jurisdicción voluntaria ni dentro de los de jurisdicción contenciosa, pues viene a ser una tercera clase de proceso de características especiales.

2ª) Por el factor objetivo cuantía, puede conocerlo un juez civil municipal (mínima y menor cuantía), o uno de familia (mayor cuantía).

3ª) Por el factor territorial el juez competente es el del último domicilio del causante, no el del lugar donde ocurrió su muer

te ni el del sitio donde tiene bienes, pues prevalece la noción del domicilio último de la persona fallecida.

4ª) En caso de pluralidad de domicilios, conocerá el juez del asiento principal de sus negocios, regla que también se aplica para el evento de la sucesión de la persona que no teniendo domicilio en Colombia sí tiene bienes que deben adjudicarse por medio del proceso de sucesión .

2.8. *La demanda en el proceso de sucesión*

El estatuto procesal acoge el criterio general de iniciación del proceso a petición de parte, el art. 488 del CGP dispone que podrán presentar demanda para iniciar el proceso de sucesión,[13] cualquiera de los interesados que indica el art. 1312 del C. C. o el compañero permanente con sociedad patrimonial reconocida, lo cual evidencia que no es esta actuación escenario viable para lograr la declaración de existencia de dicha sociedad.

Al juez no le es posible iniciar de oficio un proceso de sucesión, pero puede de oficio realizar una labor en orden a asegurar la integridad patrimonial de la masa de bienes de la herencia, cual es la declaratoria de herencia yacente que ya se estudió.

Observo, eso sí, una notable diferencia entre la iniciación del proceso de sucesión y la de la mayoría de los procesos de jurisdicción voluntaria y contenciosa, consistente en que siempre es necesario acreditar desde un primer momento el interés que se tiene para actuar en el proceso en calidad de demandante,

13 Recuérdese que no es lo mismo la apertura de la sucesión que la iniciación del proceso de sucesión; la apertura de la sucesión (C. C., art. 1012) obra de pleno derecho por la muerte del causante.

pues en los segundos basta afirmar determinados hechos para que se dé curso a la demanda, dejándose para la etapa probatoria su comprobación, hechos que de no ser establecidos darán lugar a sentencia desestimatoria de la demanda, pero que no tiene ninguna incidencia en cuanto a su iniciación, lo que no se predica del proceso sucesorio.

En el proceso de sucesión se requiere probar adecuadamente desde un primer momento el concreto interés que asiste para promover la demanda; por consiguiente, si el demandante no acompaña la prueba que acredite la calidad que por ley lo faculta para iniciarlo, el juez inadmitirá la demanda y de ser el caso la rechazará.

El art. 487 indica quiénes están habilitados para presentar la demanda de sucesión y el art. 488 exige allegar como anexos obligatorios de esta demanda las pruebas que acrediten la calidad con que se actúa.

Las personas habilitadas para demandar la apertura del juicio de sucesión son las señaladas en el art. 1312 del C. C., norma que indica quiénes tienen "derecho de asistir al inventario", a saber:

1) El albacea.

2) El curador de la herencia yacente, hoy el administrador.

3) Los herederos presuntos, testamentarios o ab intestato.

4) El cónyuge sobreviviente y además, el compañero/a permanente.

5) Los legatarios.

6) Los socios de comercio.

7) Los fideicomisarios.

8) Todo acreedor hereditario.

Considero que esta enumeración es taxativa, por cuanto el art. 488 del CGP prescribe que tan sólo los interesados que señala el art. 1312 del C. C. "podrán pedir la apertura del proceso de sucesión"; así, pues, cualquier otra persona carecería de facultad para formular la demanda, incluyendo dentro de ellas al ministerio público. Advierto que no es posible la iniciación del proceso de sucesión por el administrador de la herencia yacente porque éste actúa precisamente en la tramitación que se surte ante la imposibilidad de adelantar el proceso, de modo que la referencia al mismo se entiende inaplicable en lo que a iniciación del proceso corresponde.

2.8.1 *Requisitos de la demanda*

La demanda para iniciar el proceso de sucesión, además de las exigencias generales para toda demanda (CGP art. 82), compatibles con la índole del proceso de sucesión, debe reunir los requisitos especiales previstos en el art. 488 del estatuto procesal. Y es que, debe recordarse, el art. 82 fija los elementos que debe contener la demanda con "que se promueva todo proceso" y dentro de ese todo es obvio que se incluye el proceso de sucesión.

Evidente es también que por la naturaleza especial que tiene el proceso de sucesión, algunos requisitos resultan de impo

sible cumplimiento, por ejemplo, el nombre del demandado, por cuanto no existe demandado; pero todos aquellos que no son incompatibles, verbigracia, sitio donde se recibirán notificaciones, competencia, fundamentos en derecho, hechos, etc., deben necesariamente observarse, so pena de que se inadmita la demanda.

No es del caso analizar aquí los requisitos de toda demanda; por tanto, nos limitamos a explicar los requisitos específicos para las demandas de sucesión. Ellos son:

1) Nombre y vecindad del demandante e indicación del interés que le asiste para proponerla.

Obsérvese que la disposición no exige que se diga si se es menor o mayor de edad,. No obstante, opino que también debe darse por cuanto es perfectamente posible que quien inicie un proceso de sucesión sea un menor de edad, que debe estar asistido por su representante legal.

En lo tocante al interés que le asista al demandante, ya observé que el Código reserva para el proceso de sucesión un tratamiento especialísimo en cuanto al mismo, debido a que no basta señalarlo sino que es necesario probarlo plenamente; el art. 488 exige que se acompañen como anexos a la demanda las plenas pruebas que acrediten la existencia de la facultad de demandar la apertura del proceso sucesorio y es así como respecto del albacea, de los herederos testamentarios y legatarios, deberá allegarse copia del testamento; cuando lo inicie un herédero ab intestato o el cónyuge, las actas del registro civil aptas para acreditar la existencia de las relaciones que demuestran el parentesco o la calidad de cónyuge o de compañero permanente y si se trata de acreedor

hereditario, la prueba del crédito, que debe ser de índole similar a la que permitiría iniciar un proceso de ejecución pues deben tratarse de obligaciones ciertas a cargo del causante; respecto de un fideicomisario, debe allegarse el instrumento público o la copia del testamento donde aparezca su calidad (C. C., art. 796), y si de socio de comercio se trata, la prueba de la existencia de la sociedad y de la calidad de socio del solicitante y del muerto.

Cabe advertir que el art. 488 del CGP que trata de los anexos de la demanda, olvidó anotar los anexos obligatorios cuando quien inicia el juicio es el fideicomisario o el socio de comercio. Este vacío se llena por interpretación extensiva indicándose que, aunque la norma no lo diga expresamente, si estas personas inician la sucesión, deben probar desde un primer momento el interés que les asiste, pero se trata de situaciones de escasa ocurrencia.

El hecho de establecerse que una persona que tenía interés en promover el proceso de sucesión lo ha perdido, verbigracia, por aparecer un heredero con mejor derecho, no implica que la actuación surtida con ella sea ineficaz; conserva plena validez porque mientras no apareció el heredero con mejor derecho, era esa la persona interesada en la sucesión, lo cual lleva a concluir que para iniciar esta actuación no se requiere tener efectivamente el interés necesario preferente para derivar algún derecho o beneficio de la sucesión, sino creer que se tiene ese interés prevalente.

Imaginemos, por ejemplo, el caso de un proceso de sucesión iniciado por Pedro y María en calidad de herederos testamentarios, el cual se está adelantando; antes del auto que decreta la partición aparece un nuevo testamento en donde los iniciales

interesados quedaron excluidos, pues el testador hizo uso del personalísimo derecho de revocar el testamento. En este caso los asignatarios iniciales pierden todo interés, pero lo actuado hasta ese momento conserva validez y salvo el reconocimiento de nuevos interesados, ninguna otra modificación existe, prosiguiendo la actuación en el estado en que se halla.

2) Nombre y último domicilio del causante. Considero que no es necesario señalar si el causante era mayor o menor de edad, pues el trámite de la sucesión de las personas naturales no varía por la mayoría o la minoría de edad del causante, dado que la sucesión de toda persona natural capaz o incapaz se liquida de manera idéntica. Lo importante es indicar el último domicilio del causante, por cuanto ese dato es esencial para determinar a qué juez le compete conocer del juicio por razón del territorio.

3) En tercer lugar, debe hacerse una relación de los bienes relictos o que pertenezcan a la sociedad conyugal o patrimonial, la que en modo alguno vincula necesariamente a los interesados en el proceso,de sucesión, por cuanto pueden existir bienes que no se mencionaron, o que alguno de los citados dejaron de pertenecerle, razón por la cual este detalle tiene un carácter eminentemente formal. Es en la diligencia de inventarios y avalúos que debe cumplirse en forma precisa y completa con este requisito, de ahí que la relación de los bienes relictos o de la sociedad conyugal a que se refiere el art. 488 no implica hacerla de manera exhaustiva, pues, será en la diligencia de inventario y avalúos del art. 501 del CGP donde con todo rigor se cumpla, lo cual no es obstáculo para que trate de realizarse de la manera más completa

4) Otro requisito de la demanda es la relación del pasivo que se conozca del causante y el de la sociedad conyugal, si ésta va a liquidarse en el proceso de sucesión, aspecto que, como el anteriormente comentado, tiene fines puramente formales y no vincula posteriormente, pues para aceptar pasivos se exige la plena prueba de la existencia de las obligaciones y nada implica que se relacionen más o menos obligaciones en este momento en que se cumple el requisito.

5) Según el num. 4 del art. 488, si la demanda la presenta un heredero debe manifestar "si se acepta la herencia pura y simplemente o con beneficio de inventario", lo que evidencia que el beneficio de inventario debe ser alegado de manera expresa.

No obstante, a renglón seguido agrega la disposición de manera contradictoria que "En caso de que guarde silencio se entenderá que la acepta con beneficio de inventario.", aparte este que en mi sentir, está en abierta contradicción con el espíritu que informa el Código Civil.

Ciertamente, nuestra legislación civil consagra la aceptación del heredero en dos formas: pura y simple o con beneficio de inventario. La primera es aquella en la cual el heredero no cualifica su aceptación, es decir, guarda silencio, omite proponer el beneficio de inventario, desprendiéndose de ello que este beneficio debe ser alegado y no puede presumirse del silencio, que es demostrativo de aceptación pura y simple, exactamente lo contrario: la aceptación con el beneficio de inventario.

En todo caso, ante la claridad de la norma comentada, el beneficio de inventario se presume por el silencio en la aceptación.

De manera que si el heredero quiere aceptar pura y simplemente, debe manifestar de modo expreso que no utiliza el beneficio de inventario; si guarda silencio éste se presume; en otros términos, ante la disposición procesal resulta indiferente, por ser idéntica la consecuencia, manifestar que se acepta con beneficio de inventario o guardar silencio, presunción legal que no acarrea problemas por cuanto determina situación que es favorable siempre para el heredero.

Similar circunstancia se presenta en cuanto a la posibilidad del cónyuge de optar por los gananciales o por la porción conyugal, consagrada por el art. 1235 del C. C., el cual dispone que el cónyuge podrá "a su arbitrio" optar por una o por otra, salvo el caso de la porción conyugal complementaria que se da cuando lo que hubiere de recibir por gananciales es menor a lo que le corresponde por porción conyugal, pues en esa hipótesis pueden coexistir las dos figuras, por permitir la ley solicitar como complemento lo que faltare para llevar una cantidad similar a la porción conyugal.

En efecto, del art 1235 del C. C. se infiere que por tratarse de una elección del cónyuge, éste debe manifestar por qué opta; no obstante, el art. 495 del CGP señala que "cuando el cónyuge o compañero permanente pueda optar entre porción conyugal y gananciales, deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventarios y avalúos. En caso de que haya guardado silencio se entenderá que optó por gananciales. Si no tuviere derecho a éstos, se entenderá que eligió por aquella

De esta forma la ley hace la elección que, insisto, no puede presumirse, y con fello crea situaciones confusas pues si el cón

yuge comparece luego de tal oportunidad, como perfectamente lo puede hacer dado que el cónyuge puede solicitar el reconocimiento de su calidad hasta antes de proferirse la sentencia que decreta la partición, aparentemente está obligado a optar por gananciales, cuando en verdad la posibilidad de opción la tiene siempre que comparezca por tratarse de un derecho que le da el estatuto sustancial civil y que no se lo puede desconocer ni restringir el art. 495 del CGP.

En suma, el plazo preclusivo que establece el art. 495 al indicar: "deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventarios y avalúos", frente al numeral 3º del art. 491 que le permite al cónyuge solicitar el reconocimiento de su condición "hasta antes de la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la última partición o adjudicación de bienes", y respecto al art. 1235 del C. C., que le otorga la posibilidad de la elección, no limita el derecho del cónyuge a escoger entre porción conyugal y gananciales; esa facultad la conserva el cónyuge para ejercerla en el momento en que se presenta al proceso, sin que importe para nada si tal oportunidad es anterior o posterior a la diligencia de inventarios y avalúos.

Reitero, no existe razón valedera para limitar el ejercicio del derecho hasta antes de la diligencia de inventarios y avalúos; en dicha diligencia sólo se hace una relación de activos y pasivos de los bienes pertenecientes al causante y a la sociedad conyugal si existiere, pero como ninguna adjudicación se hace en ella, es indiferente que el cónyuge haya optado por una alternativa u otra; es en la partición o adjudicación de bienes donde sí tiene importancia la elección; de ahí que en ese aspecto sea

correcto el estatuto procesal al exigir la comparecencia antes de proferirse la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes.

Finalmente, es necesario desterrar el equívoco frecuente de creer que es requisito obligatorio allegar como anexo de la demanda de sucesión la última declaración de renta del causante, pues se olvida que el artículo 11 del decreto 2143 de 1974 no se halla en vigencia, de modo que es atinada la interpretación que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ha dado en su concepto 020972 de agosto de 1990 donde advierte "que no existe la obligación de anexar la última declaración de renta y complementarios del causante a la demanda de apertura del proceso sucesoral o a la solicitud de liquidación ante Notario Público de que se ocupa el decreto legislativo 902 de 1988 y, en consecuencia el artículo 11 del decreto legislativo 2143 de 1974 debe entenderse tácitamente derogado. Así las cosas la intervención de la administración tributaria en el proceso de sucesión judicial o notarial queda reducida a lo previsto en el artículo 844 del Estatuto Tributario"[14]

14 Art. 844: "Los funcionarios ante quienes se adelanten o tramiten sucesiones, cuando la cuantía de los bienes sea superior a 700 UVT deberán informar previamente a la partición el nombre del causante y el avalúo o valor de los bienes. Si dentro de los veinte (20) días siguientes a la comunicación, la Administración de Impuestos no se ha hecho parte, el funcionario podrá continuar con los trámites correspondientes. Los herederos, asignatarios o legatarios podrán solicitar acuerdo de pago por las deudas fiscales de la sucesión. En la Resolución que apruebe el acuerdo de pago se autorizará al funcionario para que proceda a tramitar la partición de los bienes, sin el requisito del pago total de las deudas."

2.9. *Apertura del proceso de sucesión*

Por la índole especial de este proceso, no existe auto admisorio de la demanda, lo cual no significa que el juez carezca de la facultad de inadmitir o rechazar la demanda cuando se dan las condiciones para tomar tal decisión, por ejemplo, si no es competente, no se reúnen los requisitos de la demanda o no se adjuntan los anexos de ley.

En lugar de auto admisorio de la demanda dispone el art. 490 que: "Presentada la demanda con los requisitos legales y los anexos, el Juez declarará abierto el proceso de sucesión, ordenará notificar a los herederos conocidos y al cónyuge o compañero permanente, para los efectos previstos en el artículo 492, así como emplazar a los demás que se crean con derecho a intervenir en él, en la forma prevista en este código. Si en la demanda no se señalan herederos conocidos y el demandante no lo es, el juez ordenará notificar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a las entidades que tengan vocación legal. En todo caso, ordenará además informar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."

2.10. *El reconocimiento de interesados*

A partir de la apertura del proceso de sucesión y hasta antes que se profiera la última sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes, cualquier heredero o legatario, el cónyuge sobreviviente o el albacea podrán pedir que se les reconozca su calidad (art. 491); es decir, durante tan larga etapa del proceso existe la posibilidad de hacer valer la calidad de asignatario de

mejor derecho, situación que reviste especial interés tanto respecto de herederos como legatarios.

Debe quedar claro que lo mismo que establece la ley respecto de herederos se aplica con relación a legatarios, pues la posibilidad de conflicto entre éstos puede perfectamente darse y al efecto un sencillo ejemplo: se reconoce como legatario de una casa a X; posteriormente comparece Z quien prueba que ese legado fue revocado por acto posterior, donde se le instituyó como nuevo legatario del inmueble y que por lo tanto debe ser reconocido como único legatario.

La solicitud se tramita como incidente, "sin peijuicio de que la parte vencida pueda hacer valer sus pretensiones en proceso separado", con lo cual se evita traer al proceso de sucesión discusiones propias del proceso declarativo verbal, como la nulidad del testamento o su revocatoria, situaciones que eventualmente podría generar problemas porque ante la claridad de los órdenes sucesorales y las prescripciones de los testamentos, aun cuando en la inmensa-mayoría de los casos lo resuelto dentro del incidente no ameritará adelantar accionar por separado a fin de que se desconozca lo decidido en él, sin que, obviamente, lo anterior quiera decir que desaparezca la alternativa para esos casos.

En efecto, si Jorge, quien deriva su vocación hereditaria del último testamento del causante, se presenta como heredero y es reconocido como tal por el juez y se excluye a Luisa quien estaba reconocida en virtud de testamento anterior, no podrá ésta pedir que en el proceso de sucesión se declare que ese testamento es nulo argumentando que el juez que conoce de la sucesión está facultado para realizár tal manifestación, como tampoco sería via

ble que se alegara que Jorge es indigno para recibir la herencia, por cuanto tales aspectos no son propios de debate en el proceso de sucesión.

Naturalmente, Luisa podrá iniciar el correspondiente proceso verbal para demostrar los hechos y si tiene éxito ocupará nuevamente el lugar del que fue retirada, desplazando al heredero actualmente reconocido. En nuestro ejemplo, Jorge. La misma posibilidad existe cuando el desplazamiento opera en virtud de la aplicación de normas de sucesión intestada; por ejemplo, cuando un hermano alega que él debe ser el único reconocido por cuanto el otro es indigno, pues el tratamiento es similar al señalado.

Es necesario precisar que cuando el art. 491 en su num. 4º menciona la posibilidad de que la parte vencida haga valer sus pretensiones en proceso separado, cobija tanto al heredero que ya había sido reconocido y que en virtud de la decisión del incidente es desplazado, como al que se presentó y no tuvo éxito en su pretensión por cuanto, así la utilización del término "parte vencida" sea impropia, incuestionablemente la norma se refiere a quienes participaron en el debate acerca de quién tenía mejor derecho.

Ahora bien, dice el art. 491 en su num. 4: "Cuando se hubieren reconocido herederos y se presenten otros, sólo se les reconocerá si fueren de igual o mejor derecho", solicitud que se tramitará como incidente únicamente cuando se pretenda ser heredero de mejor derecho. Este trámite incidental es innecesario pues se trata de confrontar con documentos auténticos, y lo que objetivamente surge de ellos, con las disposiciones legales que regulan los órdenes sucesorales. De ahí que no se ve razón alguna para destinar el dilatado trámite incidental para definir una

situación fácil de establecer, pues así como no se requiere surtir el incidente cuando se va a reconocer a quien tiene igual derecho, del mismo modo se debería proceder en esta hipótesis, dado que la labor del juez es idéntica en ambos casos.

Recuérdese que este incidente no está destinado a resolver cuestiones propias del proceso declarativo verbal, tales como la nulidad del testamento, cuando se alega ser heredero de mejor derecho, la prelación de partidas cuando respecto de una misma persona existen varios registros civiles válidos pero contradictorios, impugnaciones de paternidad o reconocimiento de hijos, pues se desvirtuaría el objeto de la norma que no es otro que precisar, con el análisis de las pruebas documentales auténticas, si surge de manera objetiva el igual o el mejor derecho alegado.

Y mucho menos está destinado el trámite del incidente, como en algunos casos lo he visto, a debatir si el cónyuge tiene derecho a recibir herencia en calidad de heredero (recuérdese que en el segundo y tercero orden el cónyuge es también heredero), alegando supuesta nulidad del matrimonio, o si el cónyuge tiene derecho a gananciales o a porción conyugal, pues se desnaturalizaría la esencia misma del proceso de sucesión al debatir asuntos propios del proceso declarativo verbal.

No puede olvidarse, criterio importante para precisar el radio de acción del art. 491, num. 4 del CGP, que una cosa es reconocer un heredero de mejor derecho sobre la base de los documentos que objetivamente acreditan tal calidad (registros civiles, testamento), y otra debatir la calidad del heredero, pues esto último implica una impugnación por la vía del proceso declarativo. Por esta razón el inéiso final del art. 491, num. 4 indica que quien

resulte vencido dentro de este análisis limitado que realiza el juez puede “hacer valer su derecho en proceso separado”, advirtiéndose que no obstante que la disposición lo omitió, idéntica solución se debe aplicar a quien pretende ser reconocido como heredero de igual derecho si el juez niega dicho reconocimiento, poniendo de presente que en este evento no está previsto el trámite incidental.

Cabe advertir que para reconocer herederos de igual derecho no es necesario el trámite del incidente, reservado tan sólo para quienes alegan un mejor derecho sobre los ya reconocidos; si se trata de herederos de igual derecho procederá el juez a hacer el reconocimiento de plano, lo cual es saludable, pues no siempre todos los herederos del mismo derecho, por ejemplo varios hijos, comparecen al tiempo y sería muy dispendioso que cada vez que uno se presente debiera tramitarse un incidente.

Ahora bien, el auto que reconoce a ese heredero de igual derecho, lo mismo que el que decide el incidente del de mejor derecho, es susceptible del recurso de apelación en el efecto diferido, así, si el juez se equivocó en el reconocimiento, además de la reposición queda la segunda instancia para procurar que se corrija el posible error.

Si una persona ha obtenido por cesión sus derechos sucesorales, el plazo que tiene para comparecer al proceso y pedir que se le reconozca es el mismo con que cuenta el asignatario para su reconocimiento (hasta antes del proferimiento de la sentencia que decrete la partición o adjudicación de bienes), y si la cesión proviene de un heredero de mejor derecho cuya calidad aún no le había sido reconocida, es necesario tramitar el incidente que

mencioné, porque la situación jurídica es igual a la que se hubiera originado si el cedente se presentó de manera directa.

Cuando el asignatario no se presenta oportunamente para solicitar el reconocimiento, opera el fenómeno de la preclusión y, por lo tanto, dentro del proceso de sucesión carece de oportunidad para hacer valer su calidad, lo cual no implica que pierda sus derechos, sino que la forma para solicitarlos será otra, más demorada y dispendiosa propia de un proceso verbal, la acción de petición de herencia (C. C., art. 1321), y si se trató de cesionario, deberá buscar que el cedente a cuyo nombre se hizo la adjudicación le transfiera los pertinentes derechos, o iniciar un proceso en su contra para obligarlo a que se haga efectiva la entrega de los bienes adjudicados a nombre del cedente.

2.11. *Diligencia de inventarios y avalúos*

Prevista en el art. 501 del CGP., tiene como finalidad relacionar el patrimonio del causante y, de ser el caso el de la sociedad conyugal o el de la unión marital de hecho[15] que se va a liquidar dentro del mismo proceso cuando la muerte de uno de ellos es la causa de la disolución de ésta, diligencia que servirá como pauta para trazar al partidor una guía sobre la cual efectuar su encargo, aun cuando es de advertir que las bases económicas indicadas no obligan de manera fatal, ya que los asignatarios pueden realizar,

15 El artículo 6 de la ley 54 de 1990 dispone que "Cuando la causa de la disolución y liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre que exista la prueba de la unión marital de hecho en la forma exigida en el artículo segundo de la presente ley", es decir mediante declaración judicial en sentencia proferida dentro de un proceso ordinario, o cuando, tal como atrás se sustentó los asignatarios aceptaron de común acuerdo su existencia.

especialmente cuando son capaces, libre determinación de cómo dividen los bienes, sin atender el criterio de distribución matemática con base en los valores aprobados; no se trata como usualmente se cree de sentar allí las bases para el cobro del impuesto de ganancias ocasionales cuando hay lugar al mismo.

En efecto, el Estatuto Tributario, decreto 0624 de 1989 en su art. 302 indica que: "Se consideran ganancias ocasionales para los contribuyentes sometidos a este impuesto, las provenientes de herencias, legados y donaciones y lo percibido como porción conyugal", con lo cual queda claro que lo recibido por gananciales no tiene gravamen por este concepto, lo que es correcto, pues se trata de la parte que la partición individualiza como bienes propios del cónyuge sobreviviente. Además, el art. 303 indica que las bases para liquidar el impuesto de ganancias ocasionales, será por el valor en dinero "efectivamente recibido" y cuando se reciban bienes en especie por el valor que tengan "en la declaración de renta y patrimonio del causante en el último día del año o período gravable inmediatamente anterior al de su muerte", con lo cual queda claro que los valores incluidos en la diligencia de inventarios y avalúos no son las que rigen para efectos tributarios.

Una vez realizadas las comunicaciones y citaciones previstas en el art. 490 del CGP dispone el inciso primero del art. 501, que: "Se señalará fecha y hora para la práctica de la audiencia de inventario y avalúos", a la cual podrán concurrir los interesados de que trata el art. 1312 del C. C. que hayan sido reconocidos anteriormente o que puedan serlo dentro de la misma, tal como acontece con los acreedores y el compañero permanente y "será

elaborado de común acuerdo por los interesados por escrito en el cual indicarán los valores que asignen a los bienes, caso en el cual será aprobado por el juez", con lo cual la norma auspicia que se actúe armónicamente, pero eso no significa que si no se presenta el acuerdo no pueda llevarse a cabo la diligencia debido a que en tal hipótesis el numeral 3º de la misma disposición señala como se procede.

Se adiciona la norma "En el activo de la sucesión se incluirán los bienes denunciados por cualquiera de los interesados. En el pasivo de la sucesión se incluirán las obligaciones que consten en título que preste mérito ejecutivo, siempre que en la audiencia no se objeten, y las que a pesar de no tener dicha calidad se acepten expresamente en ella por todos los herederos o por estos y por el cónyuge o compañero permanente, cuando conciernan a la sociedad conyugal o patrimonial. En caso contrario las objeciones se resolverán en la forma indicada en el numeral 3. Se entenderá que quienes no concurran a la audiencia aceptan las deudas que los demás hayan admitido.", respecto de la cual llamo la atención acerca de que los pasivos aceptados pero que no consten en documentos no califican para fines tributarios lo cual es lógico, por cuanto aceptar lo contrario sería establecer un fácil medio para rebajar el activo sucesoral y de contera, el pago del impuesto de ganancia ocasional que de conformidad con el art. 302 del decreto 624 de 1989 se genera.

En la audiencia pueden concurrir directamente acreedores y se advierte que: "También se incluirán en el pasivo los créditos de los acreedores que concurran a la audiencia. Si fueren objetados, el juez resolverá en la forma indicada en el numeral 3, y si

prospera la objeción, el acreedor podrá hacer valer su derecho en proceso separado."

Los acreedores no están en la obligación de concurrir a esta diligencia pues si así lo quieren podrán demandar su cumplimiento de manera directa demandando a la sucesión representada por sus herederos acudiendo al proceso que sea el adecuado para su particular situación, pero en especial es útil esta comparecencia si no cuentan con el soporte documental con los requisitos del título ejecutivo, pues de ser aceptados sus créditos por los herederos y el cónyuge o compañero permanente, se pretermite todo el trámite de un proceso verbal en orden a que se declare la obligación en su favor.

Pero si cuentan con el soporte probatorio de un título ejecutivo pueden no acudir y ejecutar directamente a la sucesión, lo que es tanto más favorable si se estima que el art. 1434 del C.C. que señalaba "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos" fue derogado expresamente por el art. 626 del CGP.

Basado en lo anterior siento como presupuesto que a los acreedores del causante les caduca el derecho de presentarse dentro del proceso de sucesión en la diligencia de inventarios y avalúos y de allí en adelante podrán acudir a las vías procesales directas antes señaladas.

En caso de que no se presenten objeciones inmediatamente el juez debe proferir auto aprobando esos inventarios y avalúos,

pero si existen las mismas debe adelantarse el dispendioso trámite señalado en el numeral 3º del art. 501, objeciones que pueden versar respecto de los valores asignados a los bienes o en cuanto a su inclusión por estimarse, por ejemplo, que no son del causante.

Se tiene entonces que según el numeral 3 el juez suspende la audiencia: "y ordenará la práctica de las pruebas que las partes soliciten y las que de oficio considere, las cuales se practicarán en su continuación. En la misma decisión señalará fecha y hora para continuar la audiencia y advertirá a las partes que deben presentar las pruebas documentales y los dictámenes sobre el valor de los bienes, con antelación no inferior a cinco (5) días a la fecha señalada para reanudar la audiencia, término durante el cual se mantendrán en secretaría a disposición de las partes."

Agrega el numeral citado que "En la continuación de la audiencia se oirá a los testigos y a los peritos que hayan sido citados, y el juez resolverá de acuerdo con las pruebas aportadas y practicadas. Si no se presentan los avalúos en la oportunidad señalada en el inciso anterior, el juez promediará los valores que hubieren sido estimados por los interesados, sin que excedan el doble del avalúo catastral.", luego de lo cual deberá decidir acerca de cómo quedan los inventarios y avalúos mediante auto que es susceptible de recurso de apelación por indicación del mismo numeral.

2.11.1. *Los inventarios y avalúos adicionales*

El art. 502 del CGP prevé que "Cuando se hubieren dejado de inventariar bienes o deudas, podrá presentarse inventario y avalúo adicionales" y adiciona que: "Si el proceso se encuentra

terminado, el auto que ordene el traslado se notificará por aviso.", disposiciones que requieren de precisión debido al grave error en que se incurrió al permitir inventarios y avalúos adicionales para "deudas" debido a que como quedó consignado la ocasión para inventariar pasivos precluye con la diligencia de inventarios y avalúos y si en ella no se consignaron deben los acreedores acudir al proceso pertinente para lograr la solución de ellas.

Y es que el error garrafal de la norma estriba en que incluso permite la posibilidad de inventarios y avalúos adicional para deudas o pasivos, cuando es lo cierto que la posibilidad es inobjetable respecto de activos, como ha sido la tradición colombiana, pero nunca de pasivos.

Así como es viable y entendible que después de terminada la sucesión si aparecen bienes que no se tuvieron en cuenta pueda ser solicitada la diligencia de inventarios y avalúos adicionales, la que no va a alterar para nada la partición que antes se efectuó, es injuridico hacerlo para incluir pasivos pues se altera el trabajo de partición.

Es por ello que el CGP tiene previsto como complemento de los inventarios y avalúos la partición adicional pero y es este un argumento contundente, esa partición adicional es únicamente respecto de activos tal como lo señala el art. 518 del CGP al indicar que "Hay lugar a partición adicional cuando aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal o patrimonial, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados.", y agrega el numeral 1 que "Podrá formular la solicitud cualquiera de los herederos, el cónyuge, el compañero permanente, o el

partidor cuando hubiere omitido bienes, y en ella se hará una relación de aquellos a los cuales se contrae."

2.12. *La partición de bienes*

Otro trámite importante en el proceso de sucesión es la diligencia de partición que, junto con los emplazamientos, el reconocimiento de interesados y ios inventarios, constituyen los trámites comunes en la inmensa mayoría de las sucesiones, sin olvidar que en ocasiones se pueden presentar, desde que se inicia el proceso hasta antes de la partición, diversas alternativas.[16]

En la Universidad de los Andes experimentamos con éxito la integración del estudio del proceso de sucesión dentro de la materia de sucesiones (sucesiones y procesos de sucesión se la denominó). Además de evitar innecesarios esfuerzos, los alumnos han logrado una mejor comprensión de la materia al estudiar paralelamente los temas. Así por ejemplo, al desarrollar el beneficio de separación, previsto en los arts. 1435 a 1442 del C. C., se explica la forma como se puede hacer valer ese derecho dentro del proceso, conforme al art. 506 del CGP. Creo, por lo tanto,

16 En efecto, en EL CGP se regulan diversas posibilidades, tales como la aceptación por parte de los acreedores del asignatario (art. 493); la repudiación de asignaciones en favor de incapaces o ausentes (art. 494); la administración de la herencia (art. 495); el requerimiento al albacea y entrega de bienes a él, sus funciones y restitución de bienes (arts. 496 a 499); la venta de bienes para el pago de deudas (art. 503); la entrega de legados en especie (art. 504); la exclusión de bienes de la partición (art. 505); el beneficio de separación (art. 506). Todos estos aspectos, por su diversidad y variedad, ponen de manifiesto la urgente necesidad de replantear el estudio del proceso de sucesión, adscrito al curso de derecho procesal y que coloca al profesor de procesal civil en la necesidad de explicar, en detrimento de otros temas propios de su materia, múltiples aspectos del curso de sucesiones.

altamente ventajoso este enfoque y sugiero se lo adopte a nivel nacional.

Por eso en este texto sólo toco los aspectos más salientes del proceso de sucesión, porque si entro a analizar detalladamente cada una de las normas que integran su desarrollo, vendría a involucrar el curso de sucesiones dentro del programa de la parte especial del derecho procesal civil.

Dispone el artículo 507 del CGP: "En la demanda de apertura del proceso de sucesión se entiende incluida la solicitud de partición, siempre que esté legitimado para pedirla quien lo haya promovido.", con lo que se establece que no es una actuación que pueda iniciar el juez de oficio.

La expresión "se entiende incluida la solicitud de partición, siempre que esté legitimado para pedirla quien lo haya promovido.", es inocua debido a que siempre el proceso tiene como finalidad que se llegue a una partición, de ahí que si el proceso lo inicia, por ejemplo, un acreedor en nada cambia la circunstancia.

Es base central para llegar a esta etapa que este aprobado el inventario y avalúo, de modo que cuando esto sucede, según el inciso del art. 507 "el juez, en la misma audiencia, decretará la partición y reconocerá al partidor que los interesados o el testador hayan designado; si estos no lo hubieren hecho, nombrará partidor de la lista de auxiliares de la justicia.", auto que por expresa y saludable indicación de la misma norma "lleva implícita la autorización judicial para realizarla si hubiere incapaces", empero contradictoriamente se agrega que en este caso el cual "el juez designará el partidor.", de ahí que, en principio, para nada sirve

la previsión legal, que vuelve a ser útil al señalar el inciso quinto que: "Los interesados podrán hacer la partición por sí mismos o por conducto de sus apoderados judiciales, si lo solicitan en la misma audiencia, aunque existan incapaces. "

Agrego que con la nueva filosofía orientadora de estos trámites corresponderá al juez tan sólo verificar que el nombramiento se ajuste a los requisitos legales, es decir que se haga dentro del plazo y recaiga sobre abogado.

El motivo para esta opinión obedece a que es viable adelantar todo el proceso de sucesión de común acuerdo ante notario aún existiendo incapaces, lo que plantea que si es posible lo más, o sea prescindir de la intervención jurisdiccional, con mayor razón será viable designar de común acuerdo partidor sin que interese que exista algún coasignatario que no tenga la libre disposición de sus bienes.

Como conclusión de lo señalado se tiene que aún con incapaces es valida la designación de partidor por el testador o por los interesados[17].

Para la elaboración de su trabajo el partidor debe observar las reglas del Código Civil, principalmente los arts. 1391 a 1394, y del CGP en el art. 508, es decir, que puede: solicitar instrucciones a herederos, cónyuge o compañero permanente, con el objeto de realizar en lo posible el trabajo de acuerdo con ellos, todo lo cual evitará posteriores objeciones a la partición; formar la hijuela para el pago de las deudas; solicitar la venta de bienes

17 Para ser partidor se exige no estar instituido como albacea o coasignatario del bien de cuya partición se trata (C. C., art. 1381).

con el fin de repartir en dinero; procurar en lo posible que no se formen comunidades y si se trata de adjudicaciones de fondos, tratar que haya continuidad entre los terrenos que correspondan a un mismo partícipe.

Presentado el trabajo de partición, pueden darse las siguientes hipótesis desarrolladas en el art. 509 del CGP:

1) Los herederos y el cónyuge o compañero permanente solicitan la aprobación del trabajo presentado. En tal caso, de plano, el juez decretará por medio de sentencia la aprobación de la partición, si se ajusta a los requisitos legales, pues considero que el juez debe analizar si el trabajo los reúne porque, de no, está facultado para ordenar que se corrija en la forma que estime pertinente, a lo cual procederá mediante un auto, como expresamente lo manda el art. 509, num. 5.

Cabe advertir que las facultades del juez tampoco pueden llegar al extremo de entrometerse en un campo que le está vedado, como lo es el de los acuerdos puramente económicos que pueden haberse reflejado en la partición, de ahí que si, por ejemplo, a un heredero se le adjudican más bienes que a otro y los dos han pedido la aprobación del trabajo, ya no puede el juez manifestarse sobre aspectos de contenido puramente económicos; pero, por ejemplo, si observa que en la partición dejaron de adjudicarse bienes o de cubrirse totalmente la cuota de un heredero, no queda duda alguna acerca de la posibilidad que tiene de no aprobar de plano la partición, pues, insisto no puede el juez desempeñar una misión puramente mecánica, porque nada es más ajeno a sus funciones que esto.

Ciertamente, la norma (art. 509 num. 5º) indica que: "Háyanse o no propuesto objeciones, el juez ordenará que la partición se rehaga cuando no esté conforme a derecho y el cónyuge o compañero permanente, o alguno de los herederos fuere incapaz o estuviere ausente y carezca de apoderado", disposición que aparentemente da a entender que esa posibilidad tan sólo la tiene el juez cuando el cónyuge o alguno de los herederos es incapaz o ausente sin apoderado, pero no puede interpretarse con un criterio tan estrecho pues, en mi sentir basta que la partición no esté sujeta a derecho para que el juez independientemente de toda consideración, se abstenga de aprobarla. No es jurídico ni lógico pretender que una disposición le pueda ordenar al juez que apruebe una partición aun cuando la encuentre no ajustada a derecho aun sin la presencia de incapaces o ausentes.

Para dar un ejemplo, piénsese en trabajo de partición en el cual se debe liquidar la sociedad conyugal vigente, el cónyuge opta por gananciales y todos los bienes existentes corresponden a la sociedad conyugal. A la sucesión sólo comparecen una hermana del causante'y su esposa. En el trabajo de liquidación el partidor adjudica la mitad de los bienes a la esposa y la otra mitad a la hermana, sobre la base de que la ley dice que en este evento reciben por mitades.

Si no hay objeción alguna al trabajo de partición, así los interesados sean capaces y nada hayan dicho, el juez no puede aprobar el error del partidor quien primero ha debido liquidar la sociedad conyugal, cubrir la hijuela a la cónyuge sobreviviente y luego, por tratarse de bienes relictos, dividirlos por mitad.

Creo que en la hipótesis como la del ejemplo el juez debe ordenar que se rehaga el trabajo de partición.

Sobre lo que el juez no puede hacer consideraciones es sobre aspectos de contenido económico, excepto, eso sí y éste es otro alcance de la disposición, pues en tal caso se abstendrá de aprobar la partición si observa lesión económica para esos ausentes o incapaces.

2) Puede ocurrir que presentada la partición y corrido traslado de ella a los interesados por el término de cinco días, no se presente objeción alguna. En tal caso el juez dicta sentencia aprobatoria de la partición pero, se entiende, siempre que reúna los requisitos legales, pues si así no ocurre procederá como lo señalé en el párrafo anterior.

Esa sentencia no es apelable por disponerlo de manera expresa el art. 508 num. 2, norma saludable, pues no está bien que se pueda apelar de esta sentencia cuando en la oportunidad adecuada no se objetó la partición, lo cual hace presumir que se acepta dicho trabajo.

Diferente es el caso en que oportunamente existe la objeción y ésta se niega evento en el cual no esta vedado el recurso de apelación en contra de la sentencia aprobatoria.

3) Si presentado el trabajo se formulan objeciones, todas se tramitan como un incidente, el cual, en caso de que sea necesario rechazarlas, se decide mediante sentencia y no por auto (art. 508. num. 3).

Si las objeciones prosperan, entonces así se declara en la providencia que resuelve el incidente que será un auto en el que se "ordenará que se rehaga la partición" (art. 611, num. 4), y deberá indicar de manera específica sobre qué aspectos falló el trabajo, con el fin de que el partidor tenga una concreta base para corregir las fallas.

Rehecha la partición, si se acataron las instrucciones del juez, procederá a impartirle la aprobación profiriendo la sentencia de rigor; no obstante, como puede suceder que a pesar de lo dispuesto no se presentó el trabajo dentro del plazo asignado o no se cumplieron en el nuevo las indicaciones, deberá dictar un auto en el que ordene al partidor que la reajuste y, caso de que dentro de esta segunda oportunidad no cumpla a cabalidad, debe en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 510 del CGR, reemplazar al partidor e imponerle una multa de uno a diez salarios mínimos mensuales, sin peijuicio de las sanciones disciplinarias previstas por el incumplimiento de los deberes propios de auxiliar de la justicia, que incluso pueden llegar a la exclusión de la lista de auxiliares de la justicia.

Cabe advertir que son dos entonces las ocasiones con que cuenta el partidor para efectos de coiTegir eventuales fallas; la primera cuando habiendo presentado el trabajo el juez de oficio o a solicitud de parte le ordena que la rehaga dentro del plazo que le asigna; la segunda cuando habiendo rehecho el trabajo, se siguen presentado observaciones al mismo y el juez dispone el reajuste pertinente sin que se cumpla debidamente con la orden, evento en el cual es que se aplican las sanciones mencionadas.

Nada dice expresamente el Código acerca de cómo se designa el partidor que debe reemplazar al que no cumplió las instrucciones del juez, pero el nombramiento será privativo del juez, es decir, los interesados pierden la opción de hacerlo, así inicialmente haya provenido de ellos, por cuanto el art. 510 dispone que: "El juez reemplazará al partidor, cuando no presente la partición o no la rehaga o reajuste en el término señalado".

Una vez ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición, dado que dentro de ella el juez, por mandato del art. 509 en su numeral 7 debe señalar en cuál notaría se protocoliza el expediente, lo cual implica indicar una concreta si en el lugar existen varias, aspecto sobre el cual es autónomo el juez, porque tal facultad exclusivamente radica en su cabeza, dato que debe aparecer en la parte resolutiva del fallo.

Cabe advertir que el inciso primero del numeral 7 del art. 509 pone de presente que cuando existen bienes sometidos a registro antes de la protocolización se deben inscribir en las oficinas respectivas la sentencia y las hijuelas, momento en el cual opera la tradición de estos bienes.

2.12.1. *Anotaciones adicionales respecto de la partición*

El decreto 2503 de 1987 modificó el régimen del proceso de sucesión, pues el juez no podrá ordenar la partición sin que previamente se haya informado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sobre la existencia del proceso, con nombre del causante y el avalúo de los bienes.

En efecto, el art. 844 del Estatuto Tributario, señala: "Los funcionarios ante quienes se adelanten o tramiten sucesiones, cuando la cuantía de los bienes sea superior a 700 UVT deberán informar previamente a la partición el nombre del causante y el avalúo o valor de los bienes.

Si dentro de los veinte (20) días siguientes a la comunicación, la Administración de Impuestos no se ha hecho parte, el funcionario podrá continuar con los trámites correspondientes."

Esta información deberá ser enviada a la Oficina de Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que corresponda, con el fin de que ésta se haga parte en el trámite y obtenga el recaudo de las deudas de plazo vencido y de las que surjan hasta el momento en que se liquide la sucesión.

La disposición es antitécnica y debe ser reformada para que se adecúe al trámite del proceso de sucesión, pues de acuerdo con el art. 501 del CGP. los acreedores y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales lo podría ser, sólo se podrán hacer parte dentro del proceso para cobrar sus deudas hasta que termine la diligencia del inventario" (num. 2), de ahí que la citación antes de la partición, etapa posterior a la diligencia de inventario, es ineficaz. Debe modificarse la norma en el sentido de hacer obligatoria la comunicación antes de la diligencia de inventarios y como requisito para decretarla, pues no se puede aceptar que el decreto 2503 de 1987 prime sobre el num. 2 del art. 501 del CGP en el sentido de que tal disposición no se aplica a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Ahora bien, dado que el art. 844 del Estatuto Tributario no establece un término perentorio a partir del cual debe enviarse la comunicación, considero que mientras se modifica la norma los jueces pueden remitir el oficio (con la información mencionada) antes de la diligencia de inventarios y avalúos, pues cuentan con los datos básicos para hacerlo por cuanto es requisito de la demanda relacionar los activos y los pasivos. Si el juez lo hace con posterioridad a los inventarios, la Administración nada puede hacer dentro del proceso de sucesión, a no ser que se modifique expresamente el plazo para la comparecencia de acreedores. Una citación en la forma prevista por el decreto resulta inocua y se convertiría en una fuente más de demora de la tramitación judicial, porque de no presentarse la Administración el proceso se paraliza por lo menos veinte días hábiles a partir de la expedición de la comunicación y, de presentarse, el juez debe negar su intervención y reconocimiento para que se paguen los impuestos dentro del proceso de sucesión, por ser extemporánea.

En el evento de que la interpretación que se sustenta no sea la que prime, tendríamos que aceptar que prima sobre el num. 2 del art. 501 del CGP y que por ende, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales puede lograr que se le reconozca dentro del proceso de sucesión hasta antes de la partición pero no después de veinte días de expedida la comunicación; si tampoco aprovecha esta oportunidad extraordinaria y adicional que se puede dar (haciendo una interpretación favorable para el Estado) no podrá lograr el recaudo dentro del trámite de la sucesión, porque vencidos los veinte días continuarán los trámites pertinentes, lo que no significa que se pierdan las obligaciones a favor del erario público, pues cuenta la DIAN con otras efectivas herramientas para

lograr su recaudo, como es acudir al ejecutivo por jurisdicción coactiva.

2.13. *La diligencia de entrega de bienes a los adjudicatarios*

Especial explicación requiere el art. 512 del CGP que dispone cómo se procede para la entrega de los bienes a los adjudicatarios, y según el cual la misma se sujeta a lo señalado en el art. 308 del CGP y se hará después de registrada la partición", con lo que se establece que no existe un plazo perentorio para solicitarla, pero el auto en cuanto a su notificación se sujeta a las formas de notificación señaladas en el num. 1 del art. 308.

La entrega de los bienes no implica desconocer los derechos de los terceros poseedores de ahí que se advierta en el art. 512 que: "Si al hacerse la entrega se encuentran los bienes en poder de persona que acredite siquiera sumariamente título de tenencia procedente del causante, o del adjudicatario, aquélla se efectuará dejando a salvo los derechos del tenedor, pero se le prevendrá que en lo sucesivo se entienda con el adjudicatario, quien en el primer caso se tendrá por subrogado en los derechos del causante.", y se adiciona que "Si los bienes se encuentran en poder de persona que alegue posesión material, o de un tenedor que derive sus derechos de un tercero poseedor, se procederá como dispone el artículo 309, siempre que prueben siquiera sumariamente sus respectivas calidades."

En caso de oposición, la mecánica de la diligencia es exactamente la prevista en el CGP para toda diligencia de entrega., estando vedada la misma a los herederos, secuestre o albacea. No obstante, se reconoce derecho de retención a aquellos herederos

que aleguen mejoras "puestas en el inmueble antes del fallecimiento del causante, o posteriormente a ciencia y paciencia del adjudicatario, casos en los cuales se procederá como lo disponen el artículo 310", previene el art. 512 in fine, que merece un especial análisis.

En efecto, si un heredero estaba en posesión del bien antes del fallecimiento del causante por ese solo hecho puede alegar sus mejoras y retenerlo hasta tanto se le paguen las mismas; no obstante, si esas mejoras fueron posteriores al fallecimiento de la persona cuya sucesión se quiere liquidar, sólo las podrá alegar cuando el asignatario a quien se adjudicó el bien cuya entrega se solicita, permitió "a ciencia y paciencia" que se hicieran esas mejoras, consagrándose aquí un típico caso de derecho de superficie contemplado en el inciso final del art. 739 del C. C. que dice: "Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

En consecuencia, si existen varios herederos y uno de ellos toma, por ejemplo, una finca de la sucesión y hace mejoras en ella con conocimiento de los restantes quienes nada objetan, es decir, tácitamente las consienten, y el partidor adjudica el bien a un heredero distinto de aquél que realizó las mejoras, podrá éste ejercitar su derecho de retención hasta que se le paguen y mientras tanto no estará obligado a entregar.

No debe confundirse esta hipótesis con la labor propia de administración de los bienes de la herencia, que corresponde a todos los herederos. Así, si uno de ellos adelanta mejoras actuando en pro de la comunidad hereditaria, mal podrá ampararse en

la disposición que comento. Tal sucedería, por ejemplo, cuando de común acuerdo los herederos deciden que uno de ellos administre una finca, y en tal virtud el administrador-heredero realiza mejoras, ya que la norma contempla una actitud del heredero en su propio beneficio, pues las mejoras tienen carácter excluyen te y se hacen pensando sólo en su particular utilidad.

Cabe advertir que dentro del proceso de sucesión es posible que los bienes estén secuestrados; en tal hipótesis no existe la diligencia de entrega sino la orden ai secuestre para que proceda a entregarlos y si éste no cumple lo hará el juez pero en diligencia de entrega de contenido diverso, dentro de la cual no se admiten oposiciones de ninguna índole, por las mismas razones explicadas para caso similar en proceso de ejecución.

2.14. *La partición adicional*

Desarrollada por el artículo 518 del CGP, es un paso adicional que en ciertos casos conlleva un trámite similar al de un proceso de sucesión, por cuanto han de observarse varias de las formalidades ya analizadas. Hay lugar a la partición adicional cuando dejaron de adjudicarse bienes no obstante estar relacionados en los inventarios, cuando aparecen nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, entendiéndose por tales los que no fueron incluidos en la diligencia de inventarios y cuando dentro del curso del proceso el juez ha decretado la exclusión de bienes de la partición, observándose que la posibilidad la contempla la ley para agregar bienes pero no para efectos de adicionar pasivos, pues en esta hipótesis otras son las acciones que tienen los acreedores que en oportunidad no se presentaron al proceso de sucesión, tal como atrás se explicó.

Por el factor de conexión, la competencia para conocer de la partición adicional la tiene el mismo juez que adelantó el proceso de sucesión. Si éste hubiere sido un civil municipal y los bienes fuesen de un valor que por sí solos, es decir, sin sumar a los ya repartidos, determinaren variación de la cuantía, no se altera la competencia debido a que el art. 27 numeral 2 no contempla esta hipótesis, como tampoco lo hace la norma que comento.

La solicitud de iniciación del trámite de partición adicional la puede elevar cualquiera de los herederos, el cónyuge, el compañero permanente y aun el mismo partidor, pero éste sólo tiene esa facultad cuando ha dejado de adjudicar bienes y no cuando aparecen unos nuevos, debido a que el art. 518, num. 1, indica que el partidor la puede presentar cuando “hubiere omitido bienes”, se entiende de los que se relacionaron dentro de la diligencia de inventarios y avalúos, pues es lógico que la habilitación del partidor sea dada cuando éste trata de subsanar una omisión en la que incurrió cuando desempeñó su labor y dejó de adjudicar bienes inventariados, pero carece de la iniciativa cuando los bienes no formaron parte de la diligencia de inventarios, por ser ya del resorte exclusivo de los asignatarios la solicitud y no deberse la omisión a un error suyo.

Indica el numeral 3 que: “Si la solicitud no estuviere suscrita por todos los herederos y el cónyuge o compañero permanente, se ordenará notificar por aviso a los demás y correrles traslado por diez (10) días, en la forma prevista en el artículo 110.”

Cuando se presenta alguna de las dos hipótesis mencionadas el trámite varía, pues si se trata tan sólo de bienes que el partidor dejó de adjudicar y nadie reparó en esta omisión (lo normal

hubiera sido objetar la partición o que el juez se hubiera abstenido de impartir su aprobación), la solicitud presentada por todos los herederos y el cónyuge sobreviviente -si lo hubiere o el compañero permanente-, se debe resolver de plano, ordenando que el partidor proceda a la adjudicación de los bienes omitidos.

La partición presentada se sujetará a los trámites ya explicados, es decir, los mismos que se cumplieron para hacer el primer trabajo de partición en que se omitieron bienes.

Si se trata de nuevos bienes que no fueron incluidos en la diligencia de inventarios y avalúos, bien porque se desconocía su existencia o porque se pensaba que no eran del causante, debe adelantarse un trámite que prácticamente es todo un nuevo proceso de sucesión: existen inventarios y avalúos, de los que se corre el traslado de rigor, luego de lo cual se procede a todo el trámite de la partición ya estudiado.

Se observa como nota común a estas dos formas de tramitación que se prescinde de los emplazamientos, pues se trata tan sólo de inventariar nuevos bienes (tal es el objeto de la partición adicional). Los acreedores pierden la oportunidad de presentarse una vez finalizada la diligencia de inventarios y avalúos (la primera que se efectúe), sin peijuicio de que hagan valer sus créditos por las vías adecuadas tal como ya lo expliqué.

La tercera hipótesis de partición adicional, la exclusión de bienes de la partición, no la contempla expresamente el art. 518, pero surge, de la aplicación del art. 505 del CGP., que al remitirse al art. 1406 del C. C. no permite albergar duda acerca de que lo que se presenta cuando se acepta la exclusión (que depende para

su total efectividad de los resultados de otro proceso) es un trámite de partición adicional.

Es de advertir que en los casos en que haya lugar a realizar una partición adicional debe, en lo posible, elaborarse el trabajo por el mismo partidor que intervino inicialmente; naturalmente, en el caso de que éste se halle imposibilitado para hacerlo (ejemplo murió, desempeña cargos públicos, está incapacitado o, simplemente, no quiere seguir prestando su concurso) podrán los interesados o el juez, según el caso, designar otro.

Es conveniente destacar que en ocasiones se presentan eventos donde lo que se requiere es simplemente unas aclaraciones al trabajo de partición, pues el mismo quedó con algunas dudas o errores que oportunamente no se advirtieron e imposibilitan su registro o dificultan su cabal observancia, como sería el caso de haber transcrito erradamente el número del folio de matrícula inmobiliaria, un lindero o una cabida, o un nombre trastocado o un número de cédula de ciudadanía incompleto, hipótesis, entre otras muchas, en las cuales considero que puede obviarse el problema con la sola constancia escrita que al respecto expida al partidor que elaboró el trabajo, o bien que hagan todos los herederos de común acuerdo la aclaración pertinente, pues este tipo de fallas no es susceptible de ser evacuado por partición adicional y sería el colmo del formalismo exigir que se corrijan mediante declaración judicial en proceso verbal.

2.15. *Partición realizada por el testador*

Si una persona tiene libertad, respetando a los asignatarios forzosos, de dejar sus bienes a quien quiera, es claro que puede

también indicar cómo se repartirán esos bienes; por eso el testador puede hacer la partición, por así autorizarlo el art. 1375 del C. C.

Cuando tal cosa ocurre, en verdad muy rara, pues normalmente los patrimonios no permanecen estáticos y muy pocas personas están en capacidad de prever la fecha de su muerte, una vez aprobada la diligencia de inventarios y avalúos debe dictarse sentencia aprobatoria de esa partición si reúne los requisitos legales (C. C., art. 619), y si así no ocurre, se designará un partidor para que realice el trabajo, que deberá ajustarse en lo posible al querer del testador.

2.16. *La adjudicación de la herencia*

Cuando existe heredero único no hay lugar a partición, pues para hacerlo se requiere más de un asignatario; de ahí que en tal hipótesis, que no es extraña, el interesado debe presentar por intermedio de su apoderado o directamente si es capaz, un trabajo en. el cual consten los bienes que se relacionaron en los inventarios, e incluya la correspondiente hijuela de deudas en que se señale los bienes con que se pagarán éstas, trabajo que de estar ajustado a las prescripciones mencionadas por el art. 513 del CGP, le impone al juez la obligación de dictar la sentencia aprobatoria de la adjudicación, la cual se registra y protocoliza en la misma forma que la sentencia aprobatoria de la partición, pues hace sus veces.

Cabe advertir que también es viable la posibilidad de adjudicaciones adicionales, expresamente señaladas en el artículo 514 al destacar que: “Adjúdicación adicional. Cuando después de termi

nado el proceso de sucesión aparezcan nuevos bienes del causante o se hubieren dejado de adjudicar bienes inventariados se aplicará lo dispuesto en los artículos 513 y 518 en lo pertinente”

2.17. *La suspensión de la partición y la exclusión de bienes de la misma*

Estudiadas las principales alternativas de la partición y los aspectos referentes a su cumplimiento, corresponde analizar dos interesantes posibilidades que tienen que ver con la misma: la suspensión de la partición, es decir aquellos casos en los cuales por disposición de la ley no puede llevarse adelante esta etapa del proceso y la exclusión de bienes de la partición, hipótesis en la cual sí es viable hacer la partición pero dejando ciertos bienes fuera de ella, a fin de que si llegare la ocasión de adjudicarlos, se efectúe dentro del trámite propio de la partición adicional que ya estudiamos.

Es posible que el juez decrete la suspensión de la partición cuando se dan las hipótesis previstas en el art 516 del CGP que, a su vez, la prevé para cuando se está en las circunstancias indicadas en los arts. 1387 y 1388 del C. C.

El artículo 1387 del C. C. dispone: “Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios”, disputas que han de ser ventiladas en proceso verbal, cuya decisión incide de manera definitiva en las adjudicaciones, bien para aumentarlas, disminuirlas o, aún suprimirlas definitivamente, consagrándose así un caso de cuestión prejudicial del proceso de

familia a proceso de familia por aplicación de lo dispuesto en el art. 161, num. 1 que exige expresamente declaración de parte, de ahí que no la puede decretar de oficio el juez.

En suma, cuando se trata de suspensión de la partición por la causal prevista en el art. 1387 del C. C., puede el juez declararla incluso de oficio.

Diferente es la situación cuando la suspensión tiene origen en el art. 1388 del C. C., en virtud del cual si se discute sobre la propiedad de un bien que esté involucrado como activo de la sucesión, no se suspenderá la partición ni se omitirá la adjudicación del referido bien. El inciso 2º agrega: "Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible, podrá la partición suspenderse hasta que se decidan; si el juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así".

En esta hipótesis, como bien se ve, no puede el juez actuar oficiosamente sino siempre a solicitud de parte, petición además de acuerdo con el Código Civil, cualificada por cuanto debe provenir de asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible. Si no se dan los requisitos mencionados (petición de parte y cualificación de sus derechos), no procede la suspensión de la partición pero, eventualmente, podrán ser excluidos los bienes en litigio de ella, como se verá.

Si no hay suspensión ni exclusión de bienes de la partición, debe procederse a ella adjudicando el bien objeto de la controversia, haciendo las salvedades de rigor si se llegare a perder el pleito; por tanto, recomiendo que en estos eventos la adjudica

ción del bien se haga a todos los asignatarios por partes iguales y en común y pro indiviso, de modo que si se llega a decidir desfavorablemente el litigio, todos los adjudicatarios sufran las consecuencias por partes iguales y se eviten posibles problemas de lesión enorme o saneamiento por evicción respecto del asignatario perjudicado cuando se adjudicó el bien a uno solo, salvo, claro está, que alguno de ellos quiera correr con la suerte del proceso verbal.

El fenómeno de exclusión de bienes de la partición, estrechamente relacionado con el anterior, se tipifica en el art. 505 del CGP. Según esta norma, cuando en juicio declarativo se discuta la propiedad sobre bienes inventariados, el cónyuge, el compañero permanente o cualquiera de los herederos "podrá solicitar que aquéllos se excluyan total o parcialmente de la partición, según fuere el caso", petición que se podrá adelantar en cualquier estado del proceso hasta antes que se decrete la partición, acompañando la prueba de la existencia del proceso respectivo. En mi entender esta disposición consagra una hipótesis no prevista en la ley civil, pues de ella se desprende una situación enteramente diversa de la contemplada en el art. 1388 del C. C. cuyas fallas a no dudarlo corrigió.

Ciertamente, el artículo 1388 del C. C., menciona la posibilidad de suspender la partición cuando se discutan "cuestiones sobre la propiedad" de bienes involucrados dentro de la masa partible y, a su vez, el art. 505 dice: "En caso de haberse promovido proceso sobre la propiedad de bienes inventariados". Es decir, las normas parten de idéntico presupuesto: se discute el derecho de dominio de un bien que aparece como activo de la sucesión

(ejemplo, una finca inventariada como propiedad del causante pero respecto de la cual está en curso un juicio de pertenencia). No obstante, según el Código Civil, o se adjudica el bien y se corre con las consecuencias, o se suspende totalmente la partición, para lo cual se requiere petición de parte que represente más de la mitad, como mínimo, de los derechos en la masa partible; el art. 505, igualmente exige esa petición de parte pero no condiciona la posibilidad de la solicitud a que quien o quienes la presenten tengan un mínimo de derechos sobre la masa partible, basta que sean los herederos o el cónyuge o compañero permanente; para el Código Civil debe suspenderse la partición en su integridad, mientras que el CGP establece apenas una exclusión del bien o bienes cuya propiedad se discute para que, una vez definida la controversia si el pleito lo gana la sucesión, se proceda en el trámite de partición adicional a la adjudicación de esos bienes.

En conclusión, entre exclusión de bienes de la partición y suspensión de la partición existen diferencias muy importantes, a saber:

La exclusión recae sobre una parte específica de bienes que se retiran momentáneamente del trabajo de partición, trámite que no se suspende por cuanto se lleva a efecto con los que no son objeto de cuestionamiento judicial. La exclusión la puede solicitar cualquiera de los herederos o el cónyuge, demostrando que existe un proceso en el cual se discute la propiedad de los bienes inventariados, sin que importe cual sea su cuota efectiva de partición dentro del activo sucesoral.

La suspensión, cuando se discute el derecho de dominio, sólo la pueden solicitar los herederos o el cónyuge o compañero

permanente, que represente por lo menos la mitad de la masa partible y respecto de bienes de valor considerable.

La suspensión implica no sólo que se deje de adjudicar el bien en cuestión, sino la totalidad de ellos por cuanto no se da la partición.

Ahora bien, nada impide que si se ha pedido la suspensión de la partición y el juez la niega por estimar que los bienes sobre los cuales recae el conflicto que se adelanta en otro proceso y que versa sobre el derecho de dominio no afecta una parte considerable de ellos, se pueda solicitar solamente la exclusión de bienes, pues este fenómeno no mira al valor de éstos, a su significación económica con relación al resto de la masa partible: únicamente tiene en cuenta la situación puramente objetiva y fácilmente comprobable de que en un proceso declarativo se discute el derecho de dominio que recae sobre un determinado bien, hasta ese momento considerado como de propiedad de la sucesión.

3. TRÁMITES ADICIONALES EN EL PROCESO DE SUCESIÓN

Hasta ahora se explicó el esquema básico que sigue todo proceso de sucesión, desde que se presenta la demanda hasta cuando se ejecutoríe la sentencia aprobatoria de la partición. No obstante, dentro de esa actuación marco pueden presentarse una serie de incidencias de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso, de ahí que a continuación haré referencia a las más destacadas de ellas.

3.1. *El requerimiento para aceptar la herencia*

Previsto incluso como medida extraproceso, ya que puede adelantarse antes de la iniciación del proceso, está contemplado en el art. 492 del CGP que desarrolla el art. 1289 del C. C.

El Código Civil en materia de sucesiones optó por acoger la regla de que nadie puede ser obligado a comparecer a proceso de sucesión y por eso cada asignatario, cónyuge o compañero permanente puede determinar si quiere hacerse presente enjuicio para hacer valer sus derechos. La circunstancia de que el interesado no acuda al proceso no implica que sus derechos precluyan, pues mientras no prescriba la acción de petición de herencia consagrada en el art. 1321 del C. C., puede hacerlos efectivos.

Por tal razón, y en orden a lograr la máxima certeza en las adjudicaciones que se hagan en el proceso de sucesión, puede constreñirse a quien tenga la calidad de asignatario para que comparezca y manifieste si acepta o no la herencia, o sea que ejercite el derecho de opción para así dejar finiquitado el problema que su ausencia pueda Suscitar, pues si acepta se le adjudicará lo que le corresponde y si repudia perderá toda expectativa sobre la masa de bienes, ya que esa repudiación es terminante, irrevocable, definitiva y elimina el derecho a demandar la petición de herencia.

Cumple entonces el artículo 492 la importante finalidad de obtener que directamente o por medio de curador, se defina so bre la participación de un asignatario en el juicio, advirtiéndose que cuando se nombra curador, en principio éste debe aceptar con beneficio de inventario, y que sólo con previa autorización judicial (que puede impetrarse ante el mismo juez que conoce del

proceso), podrá repudiar la herencia (art. 486 del C. C.), como expresamente lo prevé el art. 494 del CGP., al indicar que esta solicitud se tramita como incidente en el cual interviene el ministerio público, cuya actuación se limita al trámite de incidente.

Es ésta una útil herramienta para eliminar incertidumbre en tomo a los derechos sobre los bienes, por no ser raros los eventos donde algunos herederos deciden, movidos por circunstancias anímicas del momento usualmente de descontento o desagrado para con el difunto, no comparecer al proceso de sucesión, para años más tarde, ante apremios económicos o movidos por consejos que los convencieron de lo infructuoso de su omisión, proceder a la petición de herencia, posibilidad que se corta de raíz si los otros interesados acuden al trámite que se explica.

3.2. *La aceptación de los acreedores del asignatario*

Como reflejo del ejercicio de la acción pauliana, el art. 493 del CGP consagra que cualquier acreedor de un asignatario que haya repudiado la asignación, podrá solicitar al juez que "lo autorice para aceptarla hasta concurrencia de su crédito, para lo cual deberá afirmar bajo juramento, que se entenderá prestado por la presentación del escrito, que la repudiación le causa perjuicio", autorización que el juez concederá si se acompaña la prueba del crédito que debe constar en un título que reúne los requisitos del título ejecutivo (excepto el de la exigibilidad que bien puede no darse), pues no se trata de ejecutar para el pago.

La aceptación igualmente puede darse para iniciar el proceso de sucesión o para intervenir en él cuando por medio de requerimiento extraproceso (C. C. art. 1289) el interesado solicite

al asignatario que declare si acepta o repudia. Aparte de esta situación no existe ninguna otra posibilidad para que esta facultad se pueda ejercitar fuera del proceso, habida cuenta que la repudiación siempre debe hacerse ante autoridad judicial, aun la tácita que implica un requerimiento judicial y un silencio por espacio de cuarenta días (arts. 1289 y 1290 del C. C.).

Esta facultad que no es nada diverso a un reflejo de la acción pauliana, en la que no es menester ni un proceso declarativo ni acreditar la intención fraudulenta de perjudicar al acreedor, es de escaso empleo.

3.3. *Venta de bienes en el proceso de sucesión*

Es posible que deban enajenarse bienes del activo suceso- ral para atender gastos urgentes del proceso tales como "pago de impuestos, deudas hereditarias o legados exigibles". Cualquiera de los asignatarios, el albacea el cónyuge y el compañero permanente están facultados para solicitar que se decrete la venta de bienes a fin de atender esas obligaciones. Al efecto, los arts. 503 y 511 se refieren a la posibilidad de venderlos en pública subasta o por medio de bolsa de valores, si fueren títulos negociables en las mismas.

El art. 503 dispone en el inciso primero que: "En firme el inventario y los avalúos, si existe dinero disponible para el pago de alguna deuda y de consuno lo solicitan los interesados, el juez podrá autorizar el pago. Si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas hereditarias o legados exigibles, el cónyuge, el albacea o cualquiera de los herederos podrá pedir la dación en pago o el remate de determinados bienes en pública subasta o en

una bolsa de valores si fuere el caso.", por lo que se observa que la posibilidad de acudir al remate de bienes es procedente cuando no existe efectivo disponible para atender obligaciones a cargo de la sucesión tales como los impuestos prediales y de renta del causante, y también para atender el pago de otros pasivos de la sucesión, como deudas o legados.

Otro caso es el que surge del art. 511, que tiene que ver con la hijuela de deudas, es decir, la integrada con los bienes que el partidor debe destinar a cubrir los pasivos de la herencia. Tales bienes se rematan con el fin de distribuir su producto entre los acreedores reconocidos, por lo que esta solicitud es viable elevarla dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la partición o dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordena obedecer lo dispuesto por el superior, si aquélla hubiese sido apelada.

La venta ha de realizarse en subasta que sigue los lincamientos generales del remate de bienes dentro del proceso divisorio, lo que en últimas equivale a aplicar las normas propias del proceso de ejecución que salvo pequeñas modificaciones ya estudiadas, son las que rigen los divisorios.

Otra modalidad de venta, esta ya en licitación privada, se presenta cuando se trata de vender entre los coasignatarios en aplicación del art. 1394 el C. C., que dispone que aquellos bienes que resulten de difícil adjudicación en partición dada su indivisibilidad jurídica o por menoscabo de su valor se adjudicarán al asignatario que más ofrezca por ellos.

En efecto, indica el numeral 1 del artículo 1394 del C. C. que "Entre los coasignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella, siendo base de oferta y postura el valor dado por peritos, nombrados por los interesados: cualquiera de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños y el precio se dividirá entre los todos los coasignatarios a prorrata", licitación privada que se realiza ante el juez que conoce del proceso de sucesión mediante el sistema señalado en el numeral 2 del art. 508 del CGP que prescribe que si el partidor estima que es del caso desarrollar una licitación privada "lo expresará al juez con indicación de las especies que, en su concepto, deban licitarse, para que convoque a los herederos y al cónyuge a una audiencia con el fin de oír sus ofertas y resolver lo que corresponde. La base de las ofertas será el total del avalúo practicado en el proceso y el auto que haga la adjudicación tendrá los mismos efectos que el aprobatorio del remate".

Dada esta especial modalidad de remate no es menester que el bien se halle secuestrado ni que se realicen consignaciones previas de seriedad de oferta,[18] como tampoco realizar publicaciones, debiendo estar el juez, en materia de plazos para pagar a lo que los coasignatarios acuerden de manera unánime, pero si

18 LAFONT PLANETTA Pedro, Proceso sucesoral, Ed. Librería del Profesio - nal, 3ª edición, tomo II, Bogotá, 1993, página 157 es de esta misma opinión a: señalar que "Por lo tanto, el remate puede hacerse allí mismo puesto que, de un lado, no requiere que se haya allegado al proceso el certificado de propiedad inmobiliaria ni secuestro de bienes muebles, como si se exige para los remates públicos (arts. 617 y 471 C. de P. C.)", aun cuando es de precisar que respecto de los remates públicos el secuestro que se exige es tanto de bienes muebles como de inmuebles.

así no sucede estimo que el adquirente en el remate privado debe pagar dentro de los tres días siguientes, sólo que si no lo hace no veo posibilidad de aplicar por vía de interpretación extensiva, tal como sucede en el caso del remate improbado, la sanción de perder el 20% del valor del avalúo, de modo que en esta hipótesis tan sólo queda sin efecto el remate privado.

Ahora bien, si alguno de los coasignatarios o el cónyuge solicita que se admitan postores extraños, lo que se puede hacer a partir del término de ejecutoria del auto que señala fecha para la audiencia donde se debe llevar a cabo la licitación privada o en el transcurso de la misma licitación privada, se debe aplicar el inciso segundo del numeral 2 del art. 508 del C. GP donde se indica que en tal hipótesis "se procederá a la subasta como lo dispone el art. 515", de manera tal que si la petición se hace antes de la fecha señalada para la audiencia donde debe llevarse a cabo la licitación privada, ya carece de objeto su celebración y lo que el juez debe hacer es ordenar el remate en la forma indicada por el art. 515, es decir una subasta similar a la que se hace en proceso de ejecución.

Prevé el artículo 515 que para decretar el remate de bienes sujetos a registro es necesario presentar el certificado de tradición que demuestre la propiedad; adiciona el inciso segundo que además es requisito necesario para decretar el remate que "se hubiere practicado su secuestro".

La finalidad perseguida es la misma de todo proceso en donde hay remate, de modo que debe aplicarse idéntica solución. Si la venta en pública subasta pretende garantizar al adquirente en remate que de adjudicársele el bien, no deberá enfrentar dilatados y

angustiosos procesos para recibir la posesión material del objeto, el bien tiene que estar secuestrado para garantizar los derechos de quienes los adquieran, pues los terceros deben gozar de idéntica protección sea cual fuere el juicio donde se realiza el remate.

Ahora bien, no hay inconveniente alguno en que la diligencia de secuestro se lleve a cabo dejando a los asignatarios o a uno de ellos como depositarios si tienen la posesión material del bien, pues lo que se pretende es eliminar la posibilidad de que los herederos no tengan la posesión material del bien, ya que la denominada impropiamente por el Código Civil posesión legal, que por ley les corresponde, no tiene ninguna importancia para estos fines.

¿Qué sucede si al efectuar la diligencia de secuestro prospera la oposición bien porque en el acto mismo de la diligencia se acepta aquella o porque se insiste y el incidente se falla en contra de la sucesión?

En esta hipótesis, dado que se trata de un secuestro autónomo, estimo que nada impide llevar a remate el derecho de dominio sin posesión material. No se asalta la buena fe de terceros, que si adquieren en remate lo hacen a sabiendas de la situación de hecho que van a enfrentar posteriormente y sin que sea menester nuevo avalúo. En este caso sigue vigente el avalúo contenido en la diligencia de inventarios, que rige para todos los efectos pertinentes, quedando a salvo el derecho de los asignatarios, si lo estiman pertinente y proceden de común acuerdo, de asignar un nuevo valor, potestad que surge de las normas del proceso divisorio, aplicable en este caso por expresa remisión del inciso primero del art. 515 del CGP.

Cabe agregar, finalmente, que en la hipótesis prevista por el art. 511 del CGP, es condición que el remate se decrete luego de ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición, pues se consagra allí un derecho que únicamente se puede ejercitar dentro de los cinco días siguientes, a la ejecutoria, razón por la cual necesariamente se tiene que entender que en esta hipótesis el cumplimiento de la sentencia (registro, protocolización, retiro del expediente, etc.) no queda en suspenso mientras se agota toda la actuación propia del remate, porque no se puede perder de vista que se trata de rematar bienes dejados exclusivamente, para con su producto pagar las deudas, de ahí que basta dejar copia de la sentencia y del trabajo de partición para adelantar este trámite.

Quede entonces claro que en la hipótesis del art. 511 el juez conserva competencia para agotar la totalidad de los pasos propios del remate, pero será pertinente el retiro del expediente para cumplir con el registro y protocolización de la sentencia aprobatoria de la partición, sin necesidad de esperar a que se efectúe el mismo.

3.4. *El decreto de posesión efectiva de la herencia*

Constituye otra de las tramitaciones adicionales y desarrolla una arcaica institución prevista en el art. 757 del C. C., norma que se refiere a bienes inmuebles. Mediante este trámite se pretende conceder a todos los herederos un título que, inscrito en el registro, los muestre como poseedores efectivos del bien, quedando autorizados para realizar actos de disposición sobre el mismo, los cuales quedan sujetos a la adjudicación definitiva que de ellos se haga en la partición, porque como bien lo ha entendido la Corte el decreto de posesión efectiva de una herencia no reemplaza la par

tición ni su sentencia aprobatoria. El decreto de posesión efectiva cumple una finalidad muy discutible por cuanto sólo sirve para garantizar que si se venden derechos herenciales sobre ese bien, el adquirente tiene la seguridad de que se adjudicará el mismo en la partición, situación que no se da cuando los asignatarios tan sólo venden derechos sin tener el decreto de posesión, ya que el bien puede adjudicarse a otro heredero.

Según la Corte, "la venta de cosa perteneciente a la herencia hecha por un heredero antes de la partición de los bienes está expuesta a la contingencia de que esa cosa se le adjudique a él o a otro y a que respectivamente se confirme o se haya de tratar como venta de lo ajeno, según los arts. 779 y 1401. De ahí que no ofrezca el mismo respaldo el decreto de posesión efectiva que la partición, y de ahí que también no pueda considerarse sin ésta como debidamente consolidado lo tocante al dominio de cada cosa en relación con cada heredero, ni liquidada la sucesión con el solo decreto",[19] razones que ponen de presente la inutilidad práctica de esta institución, llamada a desaparecer y, por lo mismo, su rara utilización.

3.5. *La sucesión procesal dentro del juicio de sucesión*

Prevista en el artículo 519 del CGP que indica: "Si falleciere alguno de los asignatarios después de haber sido reconocido en el proceso, cualquiera de sus herederos podrá intervenir en su lugar para los fines del art. 1378 del Código Civil, pero en la partición o adjudicación de bienes la hijuela se hará a nombre y en favor del difunto".

19 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 15 de junio de 1948, "G. J.", t. LXTV, pág. 444.

Consagra esta disposición la regla según la cual por cada causante se debe adelantar un proceso de sucesión, que sólo tiene una excepción de acumulación de sucesiones correspondientes a cónyuges o compañeros permanentes, que adelante se explicará. De resto, a cada persona que muere le corresponde un proceso de sucesión y no es posible pretermitir su trámite y adelantar en un solo proceso dos o más liquidaciones de patrimonios por causa de muerte, limitación que sólo tiene como causa, por cierto ya revaluada, la de que cada sucesión debe originar los correspondientes impuestos.

En este orden de ideas, cuando se adelanta un proceso de sucesión de un causante y uno de los reconocidos como asignatario del mismo muere, a su vez sus asignatarios podrán actuar dentro de la sucesión inicialmente adelantada, pero la partición implicará que se adjudiquen los bienes no a nombre de ellos sino a nombre de su inmediato causante por cuanto, de lo contrario, se hubiere podido evitar un proceso de sucesión.

Veamos un ejemplo: fallece María y una vez iniciado el proceso se reconoce como heredero a José, hijo de la causante. Estando en curso el proceso de sucesión de María, José muere y son los herederos de José sus sobrinos Diego y Alvaro, reconocidos a su vez en la sucesión de su tío, que por lo dicho, se adelanta por separado.

Pueden Diego y Alvaro comparecer a la sucesión de María, por ser los herederos de José, con todas las prerrogativas de parte como sucesores procesales de éste por lo que pueden adelantar el proceso hasta su terminación.

Empero, en la partición, la adjudicación de los bienes se hará a nombre de José y esos bienes adjudicados a nombre de José a su vez le son adjudicables a Diego y Alvaro pero dentro del proceso de sucesión de éste. Los sobrinos no pueden pretender que en el proceso de sucesión de María se les asignen esos bienes directamente, arguyendo que de todas formas son para ellos. Tal conducta no sólo podría llevar a que se pretermitiera un proceso de sucesión (ejemplo, los derechos de José en la sucesión de María son los únicos bienes) sino a que se evadieran impuestos, porque en el ejemplo planteado, así se trate de los mismos bienes, generan tributo cuando se adjudican a José y cuando se adjudican a Diego y Alvaro por provenir de dos juicios de sucesión diferentes.

Por economía procesal considero conveniente reformar el sistema, asegurando los medios para que se paguen los impuestos y haciendo la adjudicación directamente a los sucesores procesales, lo que es fácil de hacer si se considera que el impuesto sucesoral fue reemplazado por el de ganancias ocasionales que en nada se afecta-, dada su forma de liquidación, si se permite la directa adjudicación a los sucesores del heredero fallecido, que a su vez tenía tal calidad en otro proceso de sucesión.

3.6. *La acumulación de sucesiones*

Fenómeno de contenido eminentemente procesal, constituye norma especial y exclusiva para el proceso de sucesión, y no está cobijado dentro de las posibilidades generales de acumulación previstas por el art. 148 del CGP, pues la idea del legislador es no permitir la acumulación de procesos de sucesión, que únicamente la autorizá en el caso del art. 520 del CGP.

Sólo pueden acumularse en un mismo proceso dos sucesiones, las de los cónyuges no separados de bienes, o de compañeros permanentes es decir, con sociedad conyugal o sociedad patrimonial vigente al momento de la muerte de uno de ellos. De no ser así, no procede esa acumulación, cuya razón estriba en que debe liquidarse la sociedad respectiva.

En efecto, el art. 520 del CGP se indica: “Sucesión de ambos cónyuges o de compañeros permanentes. En el mismo proceso de sucesión podrá liquidarse la herencia de ambos cónyuges o de los compañeros permanentes y la respectiva sociedad conyugal o patrimonial. Será competente el juez a quien corresponda la sucesión de cualquiera de ellos.

Para los efectos indicados en el inciso anterior, podrá acumularse directamente al proceso de sucesión de uno de los cónyuges o compañeros permanentes, el del otro que se inicie con posterioridad; si se hubieren promovido por separado, cualquiera de los herederos reconocidos podrá solicitar la acumulación. En ambos casos, a la solicitud se acompañará la prueba de la existencia del matrimonio o de la sociedad patrimonial de los causantes si no obra en el expediente, y se aplicará lo dispuesto en los artículos 149 y 150. Si por razón de la cuantía el juez no puede conocer del nuevo proceso, enviará los dos al competente.”

Estas son las formas como puede darse la acumulación:

1. Fallecidos los dos cónyuges o compañeros permanentes, bien simultáneamente o en épocas diferentes, no se ha iniciado la sucesión de ninguno. En tal caso pueden presentar demanda los interesados en iniciar la sucesión de cualquiera de los dos,

para, que simultáneamente se tramite el proceso para liquidar la sociedad conyugal y adjudicar los bienes a los asignatarios de cada uno de ellos.

2. Cuando ya se ha iniciado el proceso de sucesión de uno de los cónyuges es posible, siempre que no se haya aprobado la partición en el ya iniciado, presentar la demanda de sucesión del otro cónyuge para que el mismo juez asuma el conocimiento y se tramite dentro de tal proceso.

3. Cuando las dos sucesiones se han iniciado por separado se puede pedir la acumulación de los procesos, siempre que en uno de ellos no se haya aprobado la partición o adjudicación de bienes.

La competencia para conocer de la acumulación de sucesiones en el primer caso y en el supuesto que los cónyuges o compañeros tuvieren domicilios diferentes situación muy factible sobre todo si primero murió uno y el otro cambió de domicilio-, la tiene a elección el demandante, el del último domicilio de cualquiera de los' consortes; cuando se trata del segundo caso y la sucesión de uno ya estaba iniciada, entonces la competencia la tiene el juez que conoce del proceso; por último, si se trata de dos sucesiones iniciadas por separado, se aplican los arts. 149 y 150 del CGP, es decir, aprehenderá el conocimiento el juez que conoce del proceso más antiguo.

Recuerdo que todo lo que se predica de los cónyuges se aplica por igual del los compañeros permanentes en la hipótesis de que se pueda liquidar la sociedad existente entre ellos.

3.7. *El conflicto especial de competencias*

Los conflictos de competencia, regulados en la parte general del Código, comunes a todo tipo de proceso, también obran respecto del proceso de sucesión. Sin embargo, además de la posibilidad general de conflicto de competencia de que trata el art. 139 del CGP, se regula otro adicional y exclusivo para el proceso de sucesión, desarrollado en el art. 522 del CGP, porque la mención que se hace en el art. 521 no pasa de ser una innecesaria repetición de lo dicho en el art. 139.

Ciertamente, el artículo 521 del CGP, dice que cualquiera de las partes (más exacto es hablar de interesados) podrá pedirle al juez que conoce de un proceso de sucesión, "si lo considera incompetente por razón del territorio, que se abstenga de seguir conociendo de él", solicitud que recibe el trámite del art. 139, es decir, el común a todo conflicto de competencia que en este caso, insisto, nada tiene de especial para la sucesión porque así no existiera el art. 521, se podría presentar similar situación procesal con base en la disposición general.

En cambio, el artículo 522, único que debería regular el tema, sí trata un caso propio de sucesión. Como ya se vio, cuando una persona muere, no puede existir más de un proceso para liquidar su patrimonio. Empero, ante la posibilidad de que diversas personas inicien el juicio de sucesión y que éste pueda adelantarse ante distintos jueces (imaginemos una persona con dos domicilios, Bogotá y Cali, y con interesados en las dos ciudades, quienes promueven sendos procesos), es necesario suministrar el correctivo adecuado para asegurar que cuando se adelantan dos o más, sólo uno mantenga su vigencia jurídica. Con este fin se

debe solicitar "cualquiera de los interesados podrá solicitar que se decrete la nulidad del proceso inscrito con posterioridad en el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Sucesión.

La solicitud se presentará con la prueba del interés del solicitante, los certificados sobre la existencia de los procesos y el estado en que se encuentren, y se tramitará como incidente después de recibidos los expedientes, cuya remisión ordenará el juez o tribunal.

Si el juez tiene conocimiento de que el mismo proceso de sucesión se adelanta ante notario, le oficiará a éste para que suspenda el trámite."

Significa lo anterior que si se adelantan dos o más procesos ante diversos jueces (para más claridad retomemos nuestro ejemplo Cali y Bogotá), al pertenecer a distintos distritos la entidad encargada de resolver el conflicto es la Corte y ante ella debe presentarse la solicitud, que estará acompañada de la "prueba del interés del solicitante, los certificados sobre la existencia de los procesos y el estado en que se encuentren", en tanto que si la controversia es entre el juez de familia de Fusagasugá y su similar de Girardot, será la Sala de Familia del Tribunal de Cundinamarca la llamada a definirlo.

Si se reúnen los requisitos, la entidad competente solicita el envío de los dos procesos y procede a tramitar un incidente mediante el cual se determinará qué proceso sigue en vigor, y es a él al que deben concurrir todos los interesados. El otro proceso queda nulo, declaración que se debe hacer en el auto que resuelve el conflicto y todos los interesados que habían sido reconocidos

en el proceso declarado nulo deben presentar sus solicitudes en el proceso que se mantiene y el juez resolverá lo que fuere pertinente, por cuanto la circunstancia de que hayan sido ya aceptadas no obliga al funcionario, si por ejemplo los asignatarios que fueron reconocidos en el proceso que no se anuló, son de mejor derecho que aquéllos.

4. TRÁMITE DE LIQUIDACIÓN DE SUCESIONES POR ESCRITURA PÚBLICA

La necesidad de descongestionar los despachos judiciales, unida a la circunstancia de que las más de las veces los procesos de sucesión no presentan ningún conflicto por cuanto usualmente los interesados están de acuerdo (los procesos de sucesión de común acuerdo son frecuentes, comparativamente hablando, respecto de aquellos en donde se presenta choque de intereses), trajo la inquietud, resuelta en otros países, de sustraer la actuación propia de la liquidación del patrimonio de un causante de la esfera judicial y permitir que se adelante ante notario.

El proyecto de ley 46 de 1981 constituye el antecedente más inmediato para implantar el sistema notarial de liquidación de sucesiones, pero el poco interés del Congreso en este tipo de asuntos lo relegó al olvido.

Afortunadamente, el gobierno nacional en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 30 de 1987 y haciendo realidad un viejo anhelo de la doctrina colombiana,[20] que

20 Recomiendo la lectura de la ponencia presentada al IV Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Cali, 1982) por el profesor Jairo PARRA Q., titulada "*Liquidación de herencia por escritura pública*".

desde varios años atrás propugnaba un sistema ágil, efectivo y sencillo para liquidar herencias y sociedades conyugales sin tener que acudir al proceso judicial de sucesión, profirió el decreto 902 del 10 de mayo de 1988 complementado por los decretos 1729 de 1989 y 2651 de 1991, por medio de los cuales se autoriza "la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público", norma que permite prescindir del proceso de sucesión cuando se reúnen una serie de requisitos y obtener la misma finalidad perseguida con aquél, por medio de un breve trámite administrativo surtido ante notario público.

El sistema notarial no sólo es viable para liquidar herencias con la presencia de uno o varios herederos sino también sociedades conyugales disueltas por la muerte de uno de los cónyuges, es decir, las mismas posibilidades previstas en el proceso de sucesión.

La competencia notarial se establece sobre las bases del fuero hereditario, es decir que será competente el notario "del círculo que corresponda al último domicilio del causante en el territorio nacional, y si éste tenía varios, el del asiento principal de sus negocios". El inciso 3º del art. Iº del decreto 902 de 1988 preceptúa que si en el lugar despachan varios notarios, los interesados podrán escogerlo libremente. De ahí que entre los notarios con idéntica competencia territorial no existirá posibilidad de reparto con lo cual se mantiene el sano principio de acudir a la notaría que mejor servicio preste, circunstancia que estimula para hacer de la institución notarial una de las más eficientes del país, aun cuando debo advertir un síntoma preocupante en materia de las atribuciones **que** se adscriben a los notarios y es la de que ante

la poca rentabilidad que algunas generan, tienden a eludirlas, con pretextos diversos, pues frontalmente no lo pueden hacer.

4.1. *Requisitos para acudir al trámite notaría*

Del análisis de los decretos 902 de 1988, 1729 de 1989 y los artículos 33 a 37 del decreto 2651 de 1991 los que fueron adoptados como legislación permanente por el art. 162 de la ley 446 de 1998, emergen los siguientes requisitos:

1. Que por lo menos alguno de los interesados sea mayor de edad;

2. Que actúen de común acuerdo;

3. Que lo soliciten por escrito;

4. Que lo hagan por intermedio de apoderado, salvo en aquellas sucesiones que hubieren dado lugar a un proceso de sucesión de mínima cuantía, caso en el cual los herederos podrán actuar directamente, y

5. Que se cumplan los trámites previstos en el art. 3º del decreto 902 de 1988.

Se resalta que a partir de la vigencia del decreto 2651 de 1991 es posible acudir directamente al trámite notarial aún existiendo herederos o cónyuge incapaces, sin necesidad de autorización judicial, por cuanto su art. 33 dispone que "Además de las sucesiones y liquidaciones que se vienen adelantando ante notario de conformidad con las normas vigentes, este funcionario podrá, dando aplicación a los decretos 902 de 1988 y 1729 de 1989 y normas concordantes, liquidar sucesiones y socieda

des conyugales donde cualquiera de los herederos, legatarios o cónyuge supérstite sean menores o incapaces, si se cumplen los siguientes requisitos: 1) Que por lo menos alguno de los interesados sea mayor de edad, 2) Que los interesados que sean menores o incapaces estén representados legalmente por quien corresponda, 3) Que exista común acuerdo entre todos los intervinientes que sean plenamente capaces y los representantes legales de los menores o incapaces".

La actuación de común acuerdo, no implica que necesariamente lo deban hacer por medio de un solo apoderado pues, siguiendo la regla general, cada persona puede tener su abogado y nada impide, si actúan de consuno, que intervenga más de uno en el trámite.

La petición inicial debe ser escrita y se concreta a lo previsto en el art. 2º del decreto 902, es decir, un memorial elevado ante el notario competente donde aparezca el nombre, vecindad e interés de los solicitantes, el nombre y último domicilio del causante y la manifestación de cómo se acepta la herencia. Además, el escrito debe contener la declaración de que se ignora la existencia de "otros interesados de igual o mejor derecho del que ellos tienen, y que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncian en las relaciones de activos o pasivos que se acompañan a la solicitud".

Como anexos de la solicitud deben agregarse las pruebas que exige el art. 488 del CGP, así como un "inventario y avalúo de los bienes, la relación del pasivo de la herencia y de la sociedad conyugal si fuere el caso, y el respectivo trabajo de partición o adjudicación" (art. 3º).

En esto se ve clara la bondad, por lo eficaz del sistema, pues con la solicitud de apertura prácticamente se reúnen todos los requisitos que en el proceso de sucesión se cumplen en varias etapas usualmente dilatadas, porque la petición incluye la demanda, la posterior diligencia de inventarios y avalúos y el trabajo de adjudicación o partición.

4.2. *El trámite*

Presentada la solicitud por todos los interesados de manera personal y por su apoderado, si ésta se ajusta a lo analizado el notario profiere una providencia, aceptándola, comunicando a la Superintendencia de Notariado y Registro acerca de la iniciación del proceso e informando a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que se haga presente en el plazo previsto en el Estatuto Tributario. Además debe ordenar la publicación de un edicto emplazatorio, por el término de diez días, citando a todos los interesados en concurrir, edicto que se publica en forma idéntica a como se procede para el del proceso de sucesión adelantado ante los jueces, es decir siguiendo los parámetros contenidos en el artículo 490 del CGP.

Si el notario estima que la petición no reúne los requisitos legales "devolverá la solicitud a quienes la presentaron con las correspondientes observaciones"; considero que al igual que la aceptación, ésta es una providencia que admite el recurso de reposición, pues no corresponde a nada diverso del auto que inadmite la demanda proferida por un juez.

Cabe advertir que sobre este aspecto el cuerpo de notarios de Bogotá, en foro organizado en el mes de agosto de 1988 por

la Universidad Extemado de Colombia, consideró que ellos no profieren autos ni providencias administrativas sino que tan sólo sientan actas, eufemismo que no cambia el contenido de su decisión. Si bien es cierto que los notarios, por el hecho de ser competentes para tramitar este proceso y adelantar lo que el decreto 902 denomina el expediente, no tienen jurisdicción, no por eso dejan de evaluar las peticiones, de analizar los documentos presentados y de decidir lo pertinente frente a ellos de manera similar a como lo hace el juez; de ahí que su función no es tan mecánica ni pasiva como se le quiere hacer ver.

En efecto, insisten los señores notarios en señalar que tan sólo son fedantes de lo que ante ellos acontece, apreciación a todas luces errada, pues la labor que desempeñan dentro del trámite del proceso de sucesión en la modalidad notarial es similar a la que tiene el juez de familia cuando conoce del proceso pues corresponde por igual evaluar la legalidad de la solicitud analizando el cumplimiento de los requisitos pertinentes en cada caso.

Una vez pagados los impuestos, si la administración se hizo presente oportunamente o si vencido el plazo con que cuenta no se ha manifestado ni se hubiere formulado oposición por ningún interesado "procederá el notario a extender escritura pública, con la cual quedará solemnizada y perfeccionada la partición o adjudicación de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal si fuere el caso".

Si posteriormente aparecieren nuevos bienes, los interesados podrán solicitar una liquidación adicional ante el mismo no tario que conoció de la primera actuación "para lo cual no será

necesario repetir la documentación que para la primera se hubiere presentado, ni nuevo emplazamiento".

No obstante, lo aquí expuesto, encontramos numerosos vacíos y lagunas que suscitarán problemas que ojalá la práctica y eventuales decretos aclaratorios, que deberían expedirse, permitan ajustar y remediar.

En efecto, no se previo de manera específica el reconocimiento de asignatarios y del cónyuge, cuestión que es muy importante desde el punto de vista probatorio, cuando en otros procesos o actuaciones se requiere demostrar tal calidad, de ahí que con una interpretación extensiva se pueda aceptar, para solucionar el vacío, que la providencia del notario que admite la petición (art. 3º del decreto 902) suple tal reconocimiento.

Sin embargo, como el notario no puede decidir quién es heredero de igual o de mejor derecho; si quien se presenta ante él, posteriormente a la aceptación y antes de la escritura, no lo hace de acuerdo con los demás reconocidos "se dará por terminada la actuación notarial, debiendo el notario entregar el expediente a los interesados" (num. 5 del art. 3º), es decir, que en esta hipótesis aun cuando quien se presenta no sea heredero de igual o mejor derecho (por ejemplo, un hermano alega tener derecho para recibir en sucesión intestada cuando existen hijos) el notario no puede rechazar esta petición y la actuación termina. Los interesados deben acudir entonces al proceso de sucesión para que el juez pueda resolver la controversia, pues el trámite notarial no permite ninguna posibilidad de conflicto.

El artículo 6º del decreto 902 dispone que si luego de dos meses, contados a partir de la fecha en que debe otorgarse la escritura pública que ponga fin al trámite, ésta no se hubiere suscrito, el notario deberá dar por finalizada la actuación, decisión que no impide que posteriormente se intente de nuevo el trámite notarial.

Así mismo se prevé la posibilidad de que se adelanten simultáneamente varias sucesiones de la misma persona ante diversos notarios, hipótesis en la cual el art. *T* ordena: "Los notarios que conocieron de ellas, deberán devolver las actuaciones a los respectivos interesados, o a sus apoderados tan pronto conozcan por cualquier medio dicha situación, para que éstos promuevan de común acuerdo, una sola liquidación notarial o inicien el proceso judicial de sucesión".

Puede suceder que no se detecte el trámite simultáneo de las varias sucesiones de una misma persona y que las actuaciones prosigan sin que se aplique lo previsto en el art. 7 del decreto 902 de 1989, evento en-el cual el art. 9 del mismo dispone que si en las diversas escrituras se hallan bienes sometidos a registro "prevalecerá aquélla que primero hubiere sido registrada" y se prohíbe a los registradores inscribir los que con posterioridad se presenten; empero, cuando no existen bienes sometidos a tal formalidad prevalecerá la escritura que primero hubiere sido otorgada.

Ahora bien, como en la práctica las adjudicaciones comprenden bienes de las dos clases, estimo que de manera integral se aplica la prelación derivada del registro que en primer término se efectuó debido a que la norma concede la preferencia no res

pecto de los bienes sometidos a registro sino de los mencionados en la escritura.

Como puede suceder que se originen conflictos acerca de quien debe tener la prelación para recibir los bienes, disputa que tal como se advirtió los notarios no pueden resolver, de ahí que el inciso tercero del art. 9 indica que se debe acudir ante el juez de familia "a fin de que éste decida definitivamente sobre la partición o adjudicación de la herencia".

El artículo 10 del decreto 902 de 1989 señala que si antes de otorgarse la escritura pública "se hubiere iniciado proceso judicial de sucesión del mismo causante o liquidación de la sociedad conyugal y se llevare la respectiva prueba, el notario que esté conociendo de ellas deberá dar por terminada la actuación y enviarla al juez ante el cual se estuviere adelantando dicho proceso".

La disposición plantea el siguiente problema: qué ocurre cuando no se lleva ante el notario la respectiva prueba y paralelamente unos interesados adelantan el trámite notarial y otros el trámite judicial. Aquí la solución de la prelación de la escritura que primero se registre (art. 9º) no satisface, pues esa disposición atañe tan sólo a varios trámites simultáneos de liquidación notarial y no al trámite simultáneo judicial, y como el decreto nada prescribe en torno a este punto, creo que mientras no se expida un texto complementario del decreto 902 que se ocupe de llenar estos vacíos, prima la tramitación judicial y que será susceptible de anulación la notarial, por cuanto el hecho de que existiere esa dualidad de procesos con diversos interesados evidencia la falta de común acuerdo, base esencial para el éxito y procedencia del trámite notarial.

5. LA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN VIDA

El parágrafo del art. 487 del CGP trae a la legislación colombiana la posibilidad de que una persona en vida pueda disponer de su patrimonio por un medio diferente al de la sucesión y al de la donación, al establecer en el inciso primero que : " La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de éstos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero."

No se trata de una institución novedosa pues se le contempló desde el proyecto de reforma al Código Civil de 1980[21] pero solo en la ley 1564 de 2012 se le introduce con fuerza de ley en la norma citada, de la cual es de esperar sus desarrollos legales adicionales y los alcances interpretativos que se den a su reglamentación, pues como lo advierte el profesor Jezael Giraldo en reciente ponencia, el CGP "introdujo esta institución pero no hizo una regulación exhaustiva porque es propia de la ley sustancial", de ahí que es de esperar que el avance se complemente con la legislación pertinente en el Código Civil, pues es lo cierto que apenas tenemos un esbozo legal de lo que debe ser su reglamentación, debido a que y hago propias las palabras del profesor Giraldo: "no se dice nada sobre lo que sucede si surgen nuevos asignatarios; o sobre la forma como se distribuye la herencia si el

21 GIRALDO CASTAÑO Jezael Antonio, La partición del patrimonio en vida. Ponencia para el XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellin, 2016, en Memorias del mismo, páginas 406 a 410

causante al morir deja otros bienes y hay nuevos asignatarios[22]; si la transferencia de los bienes se hace a título de donación, si habría que colacionar las asignaciones a las legítimas en la sucesión futura; no se reguló una acción de reducción de cuotas sino directamente la rescisión[23].Tampoco se dijo nada sobre como se protegerían los derechos de los acreedores (....) De ahí el gran esfuerzo que deben hacer la doctrina y la jurisprudencia para precisar sus alcances."

Partiendo del supuesto de que el inciso tercero del art. 487 del CGP deja claro que "Esta partición no requiere proceso de sucesión.", el decreto 1664 de agosto 20 de 2015 realiza la primera regulación sobre la figura al indicar en el Artículo 2.2.6.15.2.11.1. "Solicitud de partición del patrimonio en vida. La solicitud de partición del patrimonio que espontáneamente quiera una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, mediante escritura pública, licencia judicial tramitada conforme a las normas Código General del Proceso para procesos jurisdicción voluntaria, las asignaciones derechos de terceros y de los gananciales, deberá contener:

1. La designación del notario a quien se dirija.
2. Nombre, identificación y domicilio o residencia de los solicitantes.
3. El objeto de la solicitud.

22 En este evento considero que no existe vacío pues se aplican las normas pertinentes sustanciales y procesales de la sucesión.

23 El inciso segundo del art. 487 señala que: "Los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición."

Observo que como requisito de procedibilidad de la actuación ante el notario es menester adelantar previamente un proceso de jurisdicción voluntaria en el que el juez haya concedido la licencia previa para poder disponer de los bienes, proceso en el cual el control de legalidad lo agota el juez pues será quien debe precisar que se citó al cónyuge o al compañero permanente y si se respetan las asignaciones forzosas, discutible requisito, con visos de inconstitucionalidad, pues en vida del supuesto causante no existe ningún derecho adquirido respecto de los legitimarios de ahí que no se ve la función del juez defendiendo meras expectativas.

Tan claro veo lo anterior que si el titular del derecho de dominio quiere enajenar el bien a quien quiera, mal podnan sus legitimarios oponerse alegando que esa venta lesiona sus futuros derechos sucesorales, pues deteriora un futuro activo sucesoral.[24]

Artículo 2.2.6.15.2.11.2. Anexos de la solicitud. A la solicitud se anexarán:

1. Copia con nota de ejecutoria de la sentencia que concede la Ucencia judicial de adjudicación, conferida con base en el trabajo de partición.

2. La partición o adjudicación aprobada por el juez.

24 Colombia sigue en mora de reestructurar el obsoleto régimen de los llamados legitimarios para introducir un sistema de sucesión abierto, como sucede en la mayoría de los países civilizados, para permitir que por vía de sucesión testada se pueda disponer libremente del patrimonio del causante, sin peijuicio de que si no hay testamento la ley, pero con carácter supletorio, señale como se distribuyen los bienes.

Artículo 2.2.6.15.2.11.3. Competencia. Sera competente para tramitar la solicitud el notario del domicilio del adjudicante.

6. LOS PROCESOS DE DISOLUCIÓN, NULIDAD Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES

Regulados en el título XXX del CGP, presentan diversas posibilidades de acuerdo con la índole de la pretensión formulada ante la autoridad jurisdiccional, que no siempre es competente para casos de disolución y liquidación, no así para los de nulidad en los que necesariamente le corresponde pronunciarse sobre el punto.

La petición puede ser de disolución y liquidación, o solamente de liquidación judicial, si ya se dio la disolución, o de nulidad y liquidación.

En todo caso, cualquiera que sea la sociedad (de derecho o de hecho), el juez competente siempre en primera instancia, será el civil del Circuito del domicilio principal de la sociedad, conforme lo dispone el art. 28, num. 4, en concordancia con el 20, num. 4 del CGP; de ahí que en este proceso la cuantía no tiene ninguna importancia a efectos de radicar la competencia.

La disolución y liquidación de una sociedad puede hacerse sin necesidad de acudir a la autoridad jurisdiccional, pues según los arts. 218 a 259 del C. de Co., en estos casos puede pactarse la cláusula compromisoria (en la mayoría de los casos así sucede).

Se acudirá, pues, a este proceso cuando no es posible el acuerdo para la disolución y la liquidación, o cuando habiéndose

reglamentan en detalles esos aspectos, tales como los decretos 2216, 2217, 2920 y 3056 de 1982, el 1512 y el 2906 de 1984 y la ley 117 de 1985, que creó el Fondo de Garantías de Instituciones financieras, el decreto 1730 del 4 de julio de 1991 que recogiendo los anteriores regula la intervención y liquidación de las empresas financieras y el decreto 663 de abril 2 de 1993 por medio del cual "se actualiza el estatuto orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración", y el decreto 2418 de 1999 que estableció el procedimiento para la liquidación, disposiciones que no es del caso estudiar en esta obra, pero que se deben conocer, en especial las dos últimas, para no cometer el error de acudir al trámite judicial cuando éste no es pertinente; de otra parte no se puede olvidar que, por ejemplo, en materia de cooperativas la liquidación de dichas personas jurídicas corresponde al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (art. 5 de la ley 24 de 1981, art. 16 del decreto 1134 de 1989 y decreto 663 de 1993) y que el art. 84 num. 5º de la ley 222 de 1995 asigna al Superintendente Financiero la función de decretar "la disolución y ordenar la liquidación" de las empresas por él supervigiladas.

También es de mencionar que el art. 138 de la ley 446 de 1998 señala que "La Superintendencia de Sociedades podrá dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de causales de disolución de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad".

Cuando el conocimiento de la actuación corresponde al juez civil del Circuito, el art. 525 dispone que se aplican las normas del proceso verbal y la demanda puede formularla cualquiera

de los socios, y sus requisitos serán los generales y comunes a todo tipo de demanda, sin que importe la índole jurídica de la sociedad, con la previsión adicional referente a que: "Antes del traslado de la demanda el Juez ordenará al representante legal de la sociedad que de manera inmediata informe a todos los socios la existencia del proceso.", exigida por el art. 526 del CGP y la innecesaria adición del art. 527 en el sentido de que la sociedad "podrá ejercer su defensa en los términos señalados para el proceso verbal".

Si el juez decreta la nulidad total del contrato o la disolución de la sociedad, por la índole de la pretensión constitutiva, necesariamente debe ordenar la consiguiente liquidación, así como la inscripción del fallo ante las autoridades que llevan el registro mercantil respectivo de rigor (superintendencias, cámaras de comercio) , así como las demás previsiones que enlista el art. 529 del CGP, tales como designar al liquidador, fijarle caución, decretar el embargo y secuestro de todos los bienes de la sociedad y ordenar que la razón social debe tener la frase "en liquidación".

El art. 530 del CGP se ocupa prolijamente de señalar una serie de reglas a observar en la liquidación y es así como posesionado el liquidador, está obligado a presentar en un término que el juez debe señalar considerando el tamaño de la sociedad y el número de acreedores, el inventario del activo y pasivo de la sociedad mediante el adecuado balance con la advertencia en el numeral 1 que "Los pasivos deberán presentarse con sujeción a la prelación legal y actualizarse a la fecha en que quede en firme la sentencia que decretó la nulidad o dispuso la liquidación,

incluyendo capital, sanciones legales o convencionales y los correspondientes intereses."

Presentados los inventarios y avalúos se cita para audiencia en la cual el juez debe poner en conocimiento los mismos a acreedores y socios, siendo deber del liquidador informar "a cada acreedor la cuantificación de su acreencia, así como la fecha señalada, lo cual deberá acreditar al despacho de manera inmediata, so pena de remoción.", señala el numeral 2.

Llegada la fecha de la audiencia en ella el juez pone en conocimiento los inventarios y avalúos, con el fin de que en el desarrollo de la misma puedan, de estimarlo necesario, solicitar aclaraciones o complementaciones presentar las objeciones pertinentes, con la advertencia de que como ellos ya han sido informados por el liquidador de la cuantificación de sus acreencias, se supone que las solicitud anteriores están debidamente estudiadas.

Agrega el numeral 4 que "Quien formule la objeción por considerar que una acreencia no es cierta, que no tiene la prelación legal dada por el liquidador, o que su cuantía no es la señalada en el inventario, deberá expresar las razones de su dicho, solicitar la práctica de pruebas y aportar los documentos que obren en su poder", pruebas que se evacúan en la misma audiencia y en ella el juez las decide.[25], y en firme el auto el liquidador "procederá a pagar las acreencias con estricta sujeción a la prelación legal." , para lo cual empleará el activo circulante que existe en caja o tratará de lograrlo mediante el remate de los bienes existentes.

25 Que fácil es redactar sin conocer la realidad. En ocasiones la índole de las objeciones así como su número llevan a que bajo el eufemismo de ser "la misma audiencia", sean varias las sesiones a ella dedicadas.

Empero, según el numeral 8 "Si practicadas tres (3) diligencias de remate no se ha logrado enajenar todos los activos, el juez ordenará al liquidador que dentro de los diez (10) días siguientes a la última diligencia presente una propuesta de distribución de los activos entre los acreedores."

CAPÍTULO EX

DE LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

"Si el derecho se limitase a decir: tú no debes matar, o no debes robar, o tienes que pagar tu deuda, y no hubiere un juez para condenar al hombre que ha matado, o ha robado, o no ha pagado su deuda, la gente de mala voluntad podría reírse tranquilamente de él: el derecho sería inútil

Francesco Carnelutti

1. GENERALIDADES

Ya se dijo en la parte general de esta obra,[1] que desde hace numerosos años la naturaleza jurídica del proceso de jurisdicción voluntaria ha sido objeto de enconadas disputas doctrinarias. Para

1 LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Bogotá, Dupre Editores, 2016, pág. 158, donde comento que "autores tan reputados como HUGO ROCCO y COUTURE sostienen que las anteriores son apenas diferencias accidentales, pues, en esencia, lo que distingue una jurisdicción de la otra es que la contenciosa es verdaderamente jurisdicción, en tanto que la voluntaria constituye una actividad administrativa porque en la jurisdicción voluntaria el juez cumple una función sustancial idéntica a la que cumple el notario u otro oficial público cuando autoriza un acto público, traduciendo a signos gráficos la voluntad privada que las partes declaran. Y de todo ello se infiere que

algunos los asuntos adscritos a ella tienen verdadera naturaleza de proceso, otros afirman que se trata meramente de trámites administrativos adscritos a los jueces. La realidad es que no puede aceptarse que la actividad del juez se limite a la simple actuación usualmente pasiva del funcionario administrativo,[2] pues el juez debe determinar si con base en el derecho positivo puede emitir la providencia que se le solicita, realizando una labor igual a la que se surte en el proceso de jurisdicción contenciosa desde el punto de vista de práctica de la prueba, análisis de ella, consideración de las normas jurídicas aplicables y toma de una decisión.

En suma, la legislación procesal civil acierta al aceptar el proceso de jurisdicción voluntaria y tipificarlo como de naturaleza idéntica en lo que a la labor jurisdiccional corresponde respecto de los contenciosos.

El proceso de jurisdicción voluntaria está regulado en los artículos 577 a 587 del CGP, en los cuales, si bien es cierto se contempla un procedimiento básico, común a todos los asuntos

la jurisdicción voluntaria es propiamente actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales", apreciación que estimo equivocada.

2 Es de advertir que se trata de una característica en vías de desaparición. Cada vez es mayor el poder decisorio que se otorga a los funcionarios administrativos, así como el desplazamiento a algunos de ellos de funciones, hasta hace pocos años, exclusivas de la rama jurisdiccional. Basta citar como ejemplo los trámites de liquidación adscritos a las Superintendencias Financiera y de Sociedades. Precisamente la ley 446 de 1998, acabó con cualquier discusión en tomo al tema al señalar que las superintendencias desempeñan funciones jurisdiccionales, tal como se comprueba al analizar el título que preside la parte IV de dicha ley: "Del Ejercicio de las Funciones Jurisdiccionales de las Superintendencias", circunstancia que reafirpia el CGP al indicar como título que antecede al art 24: "Ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las autoridades administrativas."

propios de esta clase de pronunciamiento, se le permite al juez una gran elasticidad para adelantar el trámite y llevarlo hasta su culminación, como lo veré al comentar sus principales disposiciones.

El art. 577 del CGP señala sin pretender agotar, es decir con carácter enumerativo más no taxativo, como se desprende del numeral 9 de dicha norma, los principales asuntos sometidos al trámite de este proceso a saber:

1. La licencia que soliciten el padre o madre de familia o los guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados, o para realizar otros actos que interesen a éstos, en los casos en que el Código Civil u otras leyes la exijan.

2. La licencia para la emancipación voluntaria.

3. La designación de guardadores, consejeros a administradores.

4. La declaración de ausencia.

5. La declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento.

6. La interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta o del sordomudo que no pueda darse a entender y su rehabilitación y de la inhabilitación de las personas con discapacidad relativa y su rehabilitación.

7. La autorización requerida en caso de adopción.

8. La autorización para levantar patrimonio de familia inembargable.

9. Cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente.

10. El divorcio, la separación de cuerpos y de bienes por mutuo consentimiento, sin peijuicio de la competencia atribuida a los notarios.

11. La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios de registro de aquél.

12. Los demás asuntos que la ley determine.

A su vez el art. 617 del CGP se ocupa de regular los trámites notariales y dispone que : " Sin peijuicio de las competencias establecidas en este Código y en otras leyes, los notarios podrán conocer y tramitar, a prevención, de los siguientes asuntos" y a continuación viene un listado de ellos que coinciden parcialmente con los antes indicados, de modo que dejo sentado lo siguiente frente al análisis de estas dos disposiciones: a) varios de los asuntos adscritos ~al procedimiento de la jurisdicción voluntaria igualmente pueden ser conocidos por los notarios, pero siempre a prevención y b) no todos los asuntos adscritos a los notarios son de jurisdicción voluntaria.

2. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Si se analizan los asuntos que el art. 577 del CGP tipifica como propios del conocimiento por el proceso de jurisdicción voluntaria y se comparan con las atribuciones que el CGP adscribió a los jueces de familia, se encuentra que la totalidad de ellos son

de competencia de la jurisdicción de familia; así, por ejemplo, el numeral 1 del art. 577 que se refiere a las licencias, corresponde a proceso atribuido en primera instancia al juez de familia por el artículo 22 del CGP numeral 13, correspondencia que se puede realizar de similar manera con todos los eventos de que trata el art. 577.

Pone de presente lo anterior que los procesos de jurisdicción voluntaria han quedado adscritos de manera exclusiva a la jurisdicción de familia; no obstante, encontramos un evento de excepción donde un proceso expresamente calificado como de jurisdicción voluntaria le corresponde al juez civil del circuito y es el contemplado en el artículo 653 del C. de Co., norma que dispone que "Quien justifique que se le ha transferido un título a la orden por medio diverso del endoso, podrá exigir que el juez en vía de jurisdicción voluntaria haga constar la transferencia en el título o en una hoja adjunta", constancia que "se tendrá como endoso".

Considerando que este específico caso no quedó previsto dentro de los asuntos taxativamente adscritos al sistema del proceso de jurisdicción voluntaria y tampoco a los jueces de familia, concluyo que para este evento tiene aplicación el art. 20 numeral 11 del CGP. que indica que los jueces civiles del circuito conocen de los procesos que no estén atribuidos a otro juez.

3. TRÁMITE DEL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El art. 578 del CGP reitera de modo innecesario que la demanda debe reunir los requisitos "previstos en los artículos 82

y 83, con exclusión de los que se refieren al demandado o sus representantes.", disposición que partió de considerar que en la mayoría de estos procesos no existe parte demandada, pero que no permite olvidar que en otros casos si la hay, de manera que en esos eventos también se observará lo que señalan esas normas respecto del demandado y sus representantes.

En efecto, normalmente no existe demandado en el sentido estricto de la palabra (persona contra quien se dirige una pretensión en ejercicio del derecho de acción), lo cual no impide que en ocasiones se puedan presentar agudas controversias, como puede ocurrir cuando se da oposición en el trámite para otorgar autorización a la venta de inmuebles de un menor o a la declaratoria de una interdicción, para citar sólo dos ejemplos.

Adiciona la norma que: "A ella acompañarán los anexos y pruebas previstos en los numerales 1, 3 y 5 del artículo 84, y los necesarios para acreditar el interés del demandante.", con lo que se observa que busca que con el escrito en lo posible se acompañen las pruebas.., que legitimen en la causa al demandante, pero si esto no es posible se deberá solicitar su práctica o aporte, debido a que en el art. 579 prevé la posibilidad de decretar pruebas.

En efecto, se indica en dicha norma que: "Presentada la demanda el juez ordenará las citaciones y publicaciones a que hubiere lugar y la notificación al agente del Ministerio Público en los procesos relacionados en los numerales 1 a 8 del artículo 577 y en los casos que expresamente señale la ley.", con lo que se establece que de acuerdo con la índole de lo pretendido el juez debe ordenar la vinculación de los sujetos de derecho que estime deben acudir al proceso y siempre al ministerio público en los ca

sos previstos en los ocho primeros numerales del art. 577, de manera que, según el numeral 2 del art. 579 "Cumplido lo anterior el juez decretará las pruebas que considere necesarias y convocará a audiencia para practicarlas y proferir sentencia.", con lo que se observa el trámite concreto pero elástico para el adecuado manejo de tiempos por parte del juez que se contempla en la norma.

Practicadas las pruebas cuando fueren necesarias y sin que exista oportunidad precisa para alegatos, lo que no impide que el interesado pueda presentar sus puntos de vista en la audiencia para orientar el criterio del juez, se procede a dictar la respectiva sentencia, que de requerir ejecución debe cumplirla el mismo despacho judicial que la decretó, para lo cual el juez goza de amplias facultades, pues según el art. 579 num. 3, el juez "dispondrá lo que estime conveniente, para un rápido y eficaz cumplimiento", lo cual pone de presente que puede emplear el funcionario cualquiera de los medios previstos por la ley para efectos de que su decisión se cumpla, utilizando el que estime más adecuado para tales fines.

En el proceso de jurisdicción voluntaria no cabe el trámite de excepciones previas por no estar previsto expresamente, debido a que estas se proponen dentro del traslado de la demanda que no esta contemplado en el proceso de jurisdicción voluntaria, sin peijuicio de que puedan hacerse valer las mismas circunstancias empleando el mecanismo del recurso de reposición contra el auto que inicia el trámite. De otra parte, es posible el trámite propio de la nulidad, el conflicto de competencia o los impedimentos y recusaciones, a más de la labor saneadora que en todo proceso tiene el juez

Finalmente, el art. 580 del CGP consagra manteniéndola, la regla general atinente a que las sentencias que se dicten en este proceso no generan efectos de cosa juzgada material, salvo excepciones, al prescribir que: "Las declaraciones que se hagan y las autorizaciones que se concedan producirán sus efectos mientras no sean modificadas o sustituidas por otra sentencia, en proceso posterior, si ello fuere posible. ", lo que es reiteración de lo señalado en el art. 304 numeral 2 del CGP que enlista dentro de las sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada "Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.

4. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA ALGUNOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El CGP consagra, en adición de las normas antes explicadas otras destinadas a dar ciertas orientaciones y precisiones en algunos de los procesos de esta naturaleza, las que procedo a explicar.

4.1. *Licencias.o autorizaciones*

Se destina el art. 581 del CGP para señalar en el inciso primero que "En la solicitud de licencia para levantamiento de patrimonio de familia inembargable o para enajenación de bienes de incapaces, deberá justificarse la necesidad y expresarse la destinación del producto, en su caso."; si se tiene en cuenta que esa "solicitud" no es nada diverso a la demanda prevista en el art. 578 del CGP, significa lo anterior que como requisito adicional en estos procesos en las que se pide una licencia, es menester "justificar" la necesidad y "explicar", lo que implica que se trata de dar argumentaciones en orden a explicar al juez esos dos as

pectos, debido a que según el DRAE una de las acepciones de "justificar" es "Probar algo con razones convincentes", de modo que no estimo necesario allegar o solicitar pruebas, pero si dar los motivos que llevan a la solicitud.

Con relación al patrimonio de familia adiciono que La ley 70 de 1931, complementada por la ley 485 de 1999, sobre patrimonio de familia dispone en su art. 23: "El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien a su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o no tiene hijos menores, la enajenación o la cancelación se subordina, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio o con intervención de un curador, si lo tienen o de un curador nombrado ad hoc".

A su vez, el artículo 25 de la misma ley señala que "puede sustituirse un patrimonio de familia por otro, pero si entre los beneficiarios hay mujer casada o menores, el marido o el constituyente no puede hacer la sustitución sin licencia judicial, previo conocimiento de causa".

Se observa entonces que si no existen menores de edad, pues la referencia a la mujer casada es asunto derogado ya que ella es capaz al llegar a la mayoría de edad, la cancelación del patrimonio de familia preferentemente debe ser un trámite notarial en el cual demostrando que las personas en cuyo favor se constituyó son mayores de edad, se comprueba la extinción del patrimonio que se da porque los menores llegan a la mayoría de edad.

El art. 29 de la ley 70 de 1931 señala: "Cuando todos los comuneros lleguen a la mayoría se extingue el patrimonio de familia, y el bien que lo constituye queda sometido a las reglas del derecho común". El trámite preferentemente notarial es tan sólo para acreditar el cumplimiento de la condición extintiva. La escritura pública al ser llevada al registro permite cancelar el gravamen, sin que sea necesario el consentimiento de los hijos. Si el cónyuge es el beneficiario del patrimonio de familia, basta que dé su asentimiento en la escritura pública pertinente, y si subsisten hijos menores de edad, para la cancelación sólo se requiere de un curador ad hoc que concurra al acto notarial de cancelación y para cuya provisión se supone que ha demostrado la conveniencia o necesidad de dicha cancelación, que no la ordenan los jueces como se deduce del art. 23 de la ley 70 de 1931 y confirma el art. 5º, literal f) del decreto 2272 de 1989.[3]

Pero si se trata de la sustitución del patrimonio de familia, que supone la cancelación del existente, es decir, el caso previsto del art. 25 de la ley 70 de 1931, sí se requiere la intervención judicial que debe" darse por medio del proceso de jurisdicción voluntaria.

Retomando el análisis del art. 581 del CGP su inciso segundo señala que "Cuando se concedan licencias o autorizaciones,

3 Esta también es la opinión de la Academia Colombiana de Jurisprudencia cuando acogió ponencia del profesor Carlos RAMIREZ ARCELA, donde advierte: "Qué razón podría existir para que el propietario de un bien gravado con patrimonio de familia, además de probar que los beneficiarios ya llegaron a la mayor edad, se le exija el trámite de una licencia judicial? En manera alguna; para qué tratar de crear más costos, sin necesidad, a las ya existentes o sumar más negocios a los ya congestionadosjuzgados". *Revista de la Academia,* enero-julio de 1988, Nos. 280-281, pág. 65.

en la sentencia se fijará el término dentro del cual deban utilizarse, que no podrá exceder de seis (6) meses, y una vez vencido se entenderán extinguidas.", sana norma que obliga a que se de oportuno cumplimiento a la autorización solicitada y obtenida del juez y que evita que se adelante el proceso tan solo para tener una carta abierta de autorización por si era necesario utilizarla en el futuro, lo que ya no es posible debido a que de pleno derecho (ope legis), es decir sin necesidad de declaración judicial obra la caducidad de la licencia a los seis meses, se entiende, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Y es que autorizaciones ilimitadas en el tiempo, pueden resultar perjudiciales para los incapaces. En consecuencia, si se deja precluir ese término, será necesario adelantar otro proceso para acreditar nuevamente la necesidad o conveniencia del acto para el que se solicita la autorización.

El tercer inciso acaba con el mito de que estas enajenaciones, únicamente se podían hacer por medio del juzgado y en subasta pública al prescribir que: "Cuando se concedan licencias para enajenar bienes de incapaces, la enajenación no se hará en pública subasta, pero el juez tomará las medidas que estime convenientes para proteger el patrimonio del incapaz.", con lo cual se acogió el llamado que hice en ediciones anteriores de mi obra.

Por último destaco que algunos casos en los que hay lugar a esta modalidad de proceso son:

1. Artículo 303 del C. C., que prohíbe enajenar o hipotecar bienes raíces del hijo, aun de su peculio profesional "sin autorización del juez con conocimiento de causa".

2. Artículo 304 del C. C., que prohíbe donar o dar en arriendo por largo tiempo los bienes del pupilo sin previa autorización del juez.

3. Artículo 313 del C. C. que se refiere a la emancipación voluntaria ("no valdrá esta emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa").

4. Artículo 312 del CGP dispone que cuando se requiere autorización para realizar algunas transacciones dentro de un proceso la licencia se otorgará por el mismo juez que conoce del proceso, de modo que en este evento no es menester el proceso de jurisdicción voluntaria.

Esta norma necesita de una especial puntualización pues se refiere a las transacciones respecto de intereses de incapaces cuando existe proceso es decir las destinadas un terminar el litigio y no las que buscan precaverlo que siguen la regla general.

4.2. *Reconocimiento de guardador testamentario*

La guarda puede ser legítima, testamentaria o dativa. Cuando se trata de la guarda legítima o de la dativa, la provisión del cargo de guardador corresponde al juez de familia por así disponerlo el art. 22 numeral 5 del CGP que asigna en primera instancia a los jueces de familia lo referente a "La designación y remoción y determinación de la responsabilidad de los guardadores."

Si se trata de la guarda testamentaria del menor de edad, o de la guarda legítima, dativa o testamentaria de incapaces mayores de edad (v. gr. un interdicto, por discapacidad mental), la pro

visión del cargo que corresponde al juez de familia, debe ceñirse a los lincamientos del art. 582 del CGP.

Si bien es cierto que este artículo se refiere sólo al "reconocimiento del guardador testamentario y posesión del cargo" los lincamientos allí contenidos, en lo que fueren pertinentes, también se deben aplicar cuando se trata de proveer una guarda legítima o dativa, aspecto no contemplado expresamente en la disposición pero que debe ventilarse por el trámite del proceso de jurisdicción voluntaria.

El guardador designado en el testamento debe probar:

1. La muerte del causante, para lo cual adjuntará la partida de defunción.

2. La existencia del testamento en que se hace la designación.

3. La incapacidad del pupilo (con el acta de nacimiento si se trata de un menor de edad o con la sentencia que lo declara interdicto en los restantes casos de incapacidad).

4. "Y cuando fuere el caso, la de que no se halla bajo patria potestad", es decir, probar que los padres fallecieron o fueron relevados de la patria potestad.

Si la prueba es suficiente, se prescindirá del término probatorio y se dictará sentencia, recordando que previamente deben estar surtidos la notificación y el traslado por tres días al ministerio público, según el antitécnico art. 579.

En la sentencia debe fijarse la caución que ha de prestar el guardador para responder por los peijuicios que pueda ocasionar con su administración. Tampoco veo conveniente este aspecto, pues si la caución es demasiado alta o demasiado baja o el término para prestarla es insuficiente, toca apelar de la sentencia y por tratarse de una sentencia el juez que la pronunció no la puede reformar, de ahí que hubiera sido mejor dejar la determinación de la caución para un auto posterior a la ejecutoria del fallo.

Una vez prestada la caución se procede a señalar fecha para la entrega de los bienes mediante el inventario de rigor, diligencia en la cual tiene activa participación el agente del ministerio público, por estar autorizado para denunciar bienes a fin de que se incluyan en el inventario, en la cual y por expresa remisión que hace el art. 582 del CGP se aplica el art. 87 de la ley 1306 de 2009 que dispone: " Efectuada la posesión, se entregarán los bienes al guardador conforme al inventario realizado de conformidad con el artículo 44 de la presente ley, en diligencia en la cual asistirá el Juez o un comisionado suyo y el perito que participó en la confección del mismo. El guardador podrá presentar las objeciones que estime convenientes al inventario dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los bienes, con las pruebas que sustenten su dicho y estas objeciones se resolverán mediante diligencia incidental. Aprobado el inventario, se suscribirá por el guardador y el Juez y una copia auténtica del mismo se depositará en la Oficina de Registro de Instrumentos públicos, para su conservación y la inscripción relativa a los bienes sujetos a registro."

El numeral 3 del art. 582 faculta al menor adulto para pedir que se requiera al, curador designado con el objeto de que ma

nifieste si acepta el cargo, para ello se le fijará un plazo dentro del cual puede alegar excusa o inhabilidad para no aceptarlo, circunstancia que debe probar en un incidente en el que debe intervenir el ministerio público.

Creo que este caso del numeral 3 del art. 582, más que un proceso de jurisdicción voluntaria es una diligencia extraprocesal de requerimiento, de ahí que la solicitud que presenta el menor adulto, autorizada por un abogado, no debe reunir los requisitos de una demanda ni tampoco surtirse el trámite del proceso de jurisdicción voluntaria. Las razones son estas:

Cuando se habla del proceso para reconocimiento del guardador se faculta para iniciarlo al designado en el testamento, y claramente dice el num. 1 del art. 582 que se deberá acompañar "a la demanda" una serie de documentos, en tanto que el num. 3 no contiene el requisito de la demanda, por lo que considero que esta no es necesaria, porque la diligencia es un simple requerimiento. El hecho de adelantarse un incidente en caso de excusa o inhabilidad no justifica la demanda, pues previendo esa circunstancia se señaló ese trámite, a fin de permitirle al guardador designado exonerarse legalmente de la aceptación y abrir el camino para la provisión de otra clase de guarda.

Ahora bien, si efectuado el requerimiento el guardador acepta, en este momento surge la obligación de presentar la demanda, pues el art. 583 inciso final preceptúa que si el guardador acepta el cargo "se procederá como indican los numerales anteriores", es decir, se aplican los nums. 1 a 3, que comprenden la obligación de presentar la demanda y allegar las pruebas que hagan falta, pues como la petición de requerimiento es posible

que se hayan allegado el testamento y la prueba de la defunción del causante.

4.3. *Declaración de ausencia*

Si una persona se ausenta o se desconoce su paradero y no ha dejado representante, es necesario designar un administrador provisorio que se encargue del manejo y cuidado de sus bienes tal como lo prevé la ley 1306 de 2009 en el art. 114 que dispone: "Para cuidar y administrar los bienes de los ausentes y de la herencia yacente se designarán administradores.", mientras que el art. 115 de la misma ley señala que: "Podrán provocar el nombramiento de administrador los parientes obligados a promover la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta y el Defensor de Familia. También podrán provocarla los acreedores, para que se les responda por sus obligaciones. Para este último efecto, el deudor que se oculta se mirará como ausente."

Para ello se adelanta un proceso de jurisdicción voluntaria cuya competencia la tiene en primera instancia el juez de familia del último domicilio del ausente, por así indicarlo el art. 22 numeral 21 del CGP.

El art. 583 del CGP señala como requisito especial de la demanda el presentar un inventario "de los bienes y deudas del ausente" y en el auto admisorio de plano, el juez debe designar el administrador, una de cuyas funciones centrales según la ley 1306 de 2009 es la de "realizar todas las gestiones requeridas para dar con el paradero del ausente"; igualmente debe ordenar que se haga "una publicación un (1) día domingo en uno de los periódicos de mayor circulación en la capital de la República,

y en un periódico de amplia circulación en el último domicilio conocido del ausente y en una radiodifusora con sintonía en ese lugar, que contenga los datos necesarios para tratar de localizar al ausente, sin ahorrar esfuerzos en orden a su localización y si esto no fuere posible "designará curador ad litem al ausente."[4]

Una vez surtida la audiencia de pruebas y practicadas las mismas, que tienen como finalidad determinar si realmente se está frente a un caso de ausencia, dictará sentencia y si "ésta fuere favorable a lo pedido, en ella nombrará administrador legítimo o dativo. A esta administración se aplicará lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo precedente y, en lo pertinente, las normas sobre administración de bienes previstas en la Ley 1306 de 2009."

Por último, el numeral 5 del art. 383 dispone que: "Se decretará la terminación de la administración de bienes del ausente en los casos del artículo 115, numeral 5, de la Ley 1306 de 2009. La solicitud podrá formularla cualquier interesado o el Ministerio Público. Cuando haya lugar a la entrega de bienes, el juez la efectuará.", numeral 5 que señala: "La guarda termina por el regreso del ausente, por su muerte real o presunta o por el hecho de hacerse cargo un procurador debidamente constituido y por

4 No debe confundirse el administrador provisorio a que se refiere el num. 2 del art. 583, con el curador de que trata el num. 3 de la misma norma, por cuanto el primero lleva la representación del ausente en el proceso, y como obligación especial deberá proveer todo lo necesario para su localización, en tanto que el segundo es el curador de bienes del patrimonio autónomo constituido por la masa de bienes del ausente, pero no veo objeción, es más resulta aconsejable que el cargo de curador lo desempeñe la misma persona.

la extinción total de los bienes. La vigencia de la fiducia estará condicionada a las mismas causales."

La curaduría de bienes del ausente termina cuando éste regresa o designa apoderado, o cuando se comprueba su fallecimiento si se adelanta el proceso de presunción de muerte por desaparecimiento. En estos casos es necesario acreditar la circunstancia ante el juez que conoció del proceso, petición que puede formular "cualquier interesado o el ministerio público", advirtiéndose que la expresión cualquier interesado que utiliza el art. 582, num. 5, no se refiere a las mismas personas facultadas para iniciar el trámite de declaración de ausencia, sino que comprende una gama mucho más amplia; así, si se trata de fallecimiento del ausente, cualquiera de las personas previstas en el art. 1312 del C. C., podría formular la petición como también lo puede hacer el ministerio público.

4.4 PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

Todas las disposiciones procesales del trámite para la declaratoria de muerte presunta se desarrollan como un proceso de jurisdicción voluntaria, para el cual se reservó una norma especial, el art. 584 del CGP, que debe observar el juez que conoce de este proceso, que lo será el de familia del último domicilio del desaparecido según el CGP art. 22, numeral 21

La demanda en que se solicita la declaración de muerte presunta debe contener los lincamientos básicos previstos en el art. 97 del C. C., es decir, debe mencionar que la persona ha desaparecido del territorio nacional y que no se volvió a tener noticia de

ella en los últimos dos años, a más de los restantes requisitos del Código aplicables a los procesos de jurisdicción voluntaria.

Proferido el auto admisorio de la demanda, según el numeral 1 del art. 584, se ordena emplazar al desaparecido en la misma forma antes reseñada para la declaración de ausencia pero "con sujeción al numeral 2 del artículo 97 del Código Civil, salvo lo relativo a la publicación en el diario oficial", lo cual conlleva que las publicaciones se deben hacer "tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones" (C. C., art. 97, num. 2), es decir, si la primera publicación se hace el 4 de febrero, la segunda no puede realizarse antes del 4 de junio y la tercera no antes del 4 de octubre, pues infortunadamente no existe la obligación de hacerlas dentro de un período, de modo que si la segunda publicación se hace el 20 de agosto, la tercera debe efectuarse no antes del 20 de diciembre por exigirlo así el num. 3 del art. 97, cuando dice que la declaración no podrá efectuarse "sino después de que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación".

Así lo advierte Femando Vélez: "Transcurridos cuatro meses por lo menos desde la última citación, se puede provocar la declaración. De modo que en cuanto a términos tenemos esto: no se pueden iniciar las diligencias previas sino dos años después de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido. De la primera citación a la segunda deben transcurrir cuatro meses, de la segunda a la tercera otros cuatro, y de la tercera a la

solicitud de declaración, otros cuatro, son por todos doce meses o un año".[5]

Cumplidos los trámites explicados, el juez procede en la misma forma reseñada en los numerales 2,3 y 4 del art. 583 y una vez agotado el término probatorio, el juez procede a dictar sentencia.

En la sentencia cuando declara la muerte del desaparecido el juez señalará la fecha de la muerte presunta y "fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias" (C. C., art. 97, num. 6). Ordenará enviar oficio en que se comunique lo pertinente a un notario del lugar para que se siente la respectiva partida de defunción. La sentencia se publicará por una sola vez en un periódico de amplia circulación nacional, editado en la capital de la República, comprendiendo la publicación sólo el encabezamiento y la parte resolutiva, publicación que nada tiene que ver con la ejecutoria de la sentencia, pues su notificación se hace como toda sentencia (personalmente.il por edicto). La publicación es una consecuencia de la ejecutoria, y no un factor determinante de ella.

Finalmente, cabe notar que es posible adelantar simultáneamente la declaración de ausencia y la declaratoria de muerte, pero las dos tramitaciones se llevarán en cuadernos separados, sin que tengan interferencia, por así prescribirlo el art. 585 del CGP, norma que resulta de particular utilidad porque permite completar las dos actuaciones, ya que para la declaratoria de ausencia y la provisión de un curador para la litis o inclusive, uno interino

5 VELEZ Femando,, *Estudio sobre el derecho civil colombiano,* t. I, Paris, Edit. Paris-América, 1926, pág. 79.

para los bienes, no se requiere ningún lapso, sino apenas que una persona haya desaparecido del lugar, se ignore su paradero y no tenga constituido un apoderado (C. C., art. 561); así, cuando ha transcurrido el tiempo necesario para la declaratoria de muerte presunta, es mucho lo que se ha adelantado no sólo para la defensa de los intereses pecuniarios del desaparecido, sino de las diligencias para su localización.

4.5. *Interdicción y rehabilitación de la persona con incapacidad mental absoluta*

El juez competente para este proceso de jurisdicción voluntaria, es el de familia de la residencia del incapaz según los artículos art. 22 numeral 7 y 28 num. 12, del CGP, lo cual es obvio por cuanto será más fácil adelantar los exámenes e investigaciones necesarios en el lugar donde se encuentre esa persona; además, éste es uno de los pocos procesos que el juez puede adelantar de manera oficiosa debido a que el numeral 2 del art. 586 dispone que "No será necesario probar el interés del demandante para promover el proceso, e incluso podrá promoverlo el juez de oficio", actuación que infortunadamente muy pocas veces se adelanta de esta manera, pues, la verdad sea dicha, a estos juicios únicamente se acude cuando existen fuertes intereses económicos de por medio y se quiere separar al incapaz absoluto de la administración de los bienes.[6]

6 Si la norma tuviera aplicación en lo que a la iniciación de oficio de estos procesos concierne realmente muchos dementes, término castizo que la ley, siempre misericordiosa, cambió por el de incapaz absoluto, que deambulan por las calles, es más varios de ellos que duermen en los quicios del edificio de los juzgados de familia de Bogotá deberían estar recluidos en establecimientos adecuados. Se trata, como tantas otras, de románticas y altruistas disposiciones

Es más, en ocasiones se abusa de la posibilidad y es así como no resulta extraño ver a hijos que molestos por la longevidad de sus padres y ante la expectativa diferida de recibir cuantiosos bienes por herencia, tratan de anticipar la administración de los activos acudiendo a este proceso, con la manida excusa de la "demencia senil", aspecto sobre el cual deben ser particularmente cuidadosos los jueces de familia pues la edad avanzada, per se, no es motivo para la interdicción.

La ley 1306 de 2009 en su art. 25 dispone que.

"La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado y, en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla.

Tienen el deber de provocar la interdicción:

1. El cónyuge o compañero o compañera permanente y los parientes consanguíneos y civiles hasta el tercer grado (3o).

2. Los Directores de clínicas y establecimientos de tratamiento psiquiátrico y terapéutico, respecto de los pacientes que se encuentren internados en el establecimiento.

3. El Defensor de Familia del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta; y,

la cruel realidad de la falta de medios económicos y la negligencia del Estado para poder hacer efectivas tan nobles previsiones. Por eso, como tantas otras veces la única solución fue el eufemismo, para aparentar cambio.

4. El Ministerio Público del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta.

PARAGRAFO. Los parientes que, sin causa justificativa, no cumplan con el deber de provocar la interdicción y, de ello, se deriven peijuicios a la persona o al patrimonio de la persona con discapacidad mental absoluta, serán indignos para heredarlo; los Directores de establecimientos y los funcionarios públicos incurrirán en causal de mala conducta."

La demanda debe venir acompañada de un certificado médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto, en el cual, el galeno que debe ostentar alguna de esas especialidades indicará las razones por las que considera están alteradas las facultades mentales, anexo de cuyo análisis el juez determinará si procede iniciar el proceso y, de así ocurrir, debe proferir auto admisorio de la demanda y debe emplazar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y ordenará un dictamen "médico neurológico psiquiátrico sobre el estado del paciente", médico que debe ser diferente del que realizó el dictamen inicial, para asegurar así la máxima imparcialidad en la práctica de la prueba y cuyo trabajo debe seguir los lincamientos del numeral 4 del art. 586 del CGP que exige un detenido examen sicológico, psiquiátrico y somático, a fin de que diagnostique sobre la etiología, diagnóstico y pronóstico de la enfermedad "con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos".

Es una verdadera lástima que el CGP no haya ordenado la intervención de los expertos del Instituto de Medicina Legal, entidad estatal que tiene como misión precisamente la de servir de

auxiliar de la justicia, mas no sólo de la justicia penal como erradamente se ha creído.

Empero el juez, dentro de las facultades oficiosas que tiene para decretar pruebas, puede pedir el apoyo del Instituto de Medicina Legal si lo estimare pertinente, para lo que se basará en el art. 234 del CGP, que le permite solicitar de oficio o a petición de parte "peritaciones sobre materias que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas"; este dictamen pericial no es obstáculo para que el juez decrete otras pruebas que estime pertinentes, como una entrevista con el presunto interdicto si ella fuere posible e interrogar al perito.

Si de las pruebas decretadas, pero en especial del dictamen pericial, aparece la necesidad de la interdicción, así lo declarará el juez en la sentencia, en lo que además debe nombrar al guardador testamentario, legítimo o dativo, según el caso, de acuerdo con las normas del Código Civil, designación que debe hacerse en sentencia y no posteriormente, dado que en la etapa inicial del proceso se cita -a todos los posibles interesados en desempeñar ese cargo para que manifiesten lo que a bien tuvieren.

También prevé el art. 586 en su numeral 5 inciso segundo que posesionado el guardador se le entregan los bienes siguiendo los lincamientos del art. 44 de la ley 1306 de 2009, pues se agregó un inciso segundo al numeral 5 en donde se señaló:

"Efectuada la posesión, se entregarán los bienes al guardador conforme al inventario realizado según lo previsto en el artículo 44 de la Ley 1306 de 2009, en diligencia en la cual asistirá el Juez o un comisionado suyo y el perito que participó en

la confección del mismo. El guardador podrá presentar las objeciones que estime convenientes al inventario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los bienes, con las pruebas que sustenten su dicho, y estas objeciones se resolverán mediante incidente. Aprobado el inventario, se suscribirá por el guardador y el juez; una copia del mismo se depositará en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para su conservación y la inscripción relativa a los bienes sujetos a registro."

La remisión al art. 44 de la ley 1306 es equivocada y el error proviene de que en el inciso transcrito se incluyó el texto del art. 87 de la ley 1306 de 2009 que incurrió en dicho error debido a que el art. 44 a más de no referirse al tema está derogado, de ahí que opino que la remisión debe entenderse es al art. 86 de dicha ley que dispone:

"INVENTARIO. El inventario contendrá la relación detallada de cada uno de los bienes y derechos del interdicto o del niño, niña y adolescente. Dicho inventario será confeccionado dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, por uno o más peritos contables, según se requiera, designados por el Juez de la lista de auxiliares de la justicia. En la responsabilidad y la confección del inventario seguirán las reglas establecidas para los administradores de los patrimonios en procesos concúrsales y los principios de contabilidad generalmente aceptados."

Finalmente destaco que el juez debe tener presente que la persona contra la cual va dirigida la pretensión, es decir el supuesto interdicto, mientras no exista la declaración está cobijado con la presunción de capacidad y que, por lo mismo, puede de

signar su apoderado quien está habilitado para solicitar pruebas, presentar alegatos, en suma, realizar todas las actividades propias de la defensa del poderdante.

4.5.1. *La interdicción provisional del supuesto discapacitado mental*

El num. 6 del art. 586 señala un trámite ágil para obtener la interdicción provisional, cuando dice que en curso de la primera instancia "se podrá decretar la interdicción provisoria del discapacitado mental absoluto, de conformidad con lo dispuesto en la ley, teniendo en cuenta el certificado médico acompañado a la demanda", norma que desarrolla la ley 1306 de 2009 que en su artículo 27 dispone que "Mientras se decide la causa, el Juez de Familia podrá decretar la interdicción provisoria de la persona con discapacidad mental absoluta, cuando cuente con un dictamen pericial que lo determine.", y de las que se colige que el juez puede decretar la interdicción provisional basándose únicamente en el certificado del médico acompañado a la demanda sin necesidad de ningún tramite, es más también podrá decretar las medidas de protección personal que considere prudentes el juez.

4.6. REHABILITACIÓN DEL INTERDICTO

El artículo 587 del CGP preceptúa: "Para la rehabilitación de la persona con discapacidad mental, se aplicará el procedimiento de la interdicción, sin que haya lugar a la citación por edicto de los posibles interesados".

Esta disposición desarrolla procesalmente dos preceptos: el contenido en el art. 29 de la ley 1306 de 2009 que dispone:

"REVISIÓN DE LA INTERDICCIÓN. Cuando lo estime conveniente y por lo menos una vez cada año, el Juez del proceso a petición del guardador o de oficio, revisará la situación de la persona con discapacidad mental absoluta interdicta.

"Para el efecto, decretará que se practique a la persona con discapacidad un examen clínico psicológico y físico, por un equipo interdisciplinario del organismo designado por el Gobierno Nacional para el efecto o del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses."

También el previsto en el art. 30 de la misma ley que señala:

"REHABILITACIÓN DEL INTERDICTO. Cualquier persona podrá solicitar la rehabilitación del interdicto, incluso el mismo paciente.

"Recibida la solicitud de rehabilitación, el Juez solicitará el dictamen pericial correspondiente, así como las demás pruebas que estime necesarias y, si es del caso, decretará la rehabilitación.

PAJRAGRAFO. El Juez, si lo estima conveniente, podrá abstenerse de iniciar diligencias respecto de una solicitud de rehabilitación cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la última solicitud tramitada."

El proceso de rehabilitación lo debe conocer y adelantar el mismo juez que conoció del proceso anterior, lo que surge con claridad del art. 29 de la ley 1306 de 2009 al indicar: "el Juez del proceso a petición del guardador o de oficio, revisará la situación de la persona con discapacidad mental absoluta interdicta." Por eso, en la actualidad, la demanda de rehabilitación del interdicto

se le presenta al mismo juez que conoció y la puede presentar el mismo interdicto por medio de su guardador y si éste no quiere colaborarle, el juez podrá designarle uno especial para la litis, pues bien puede suceder que aquél no esté interesado en promover la rehabilitación de su pupilo, sobre todo cuando los bienes que administra son considerables.

CAPÍTULO X

EL PROCESO PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO O EXEQUÁTUR

"Sabido es que no faltan litigios que se inician sin estudio previo suficiente; ni tampoco los que por el error cometido al promoverlos, o la manera de conducirlos, avanzan sin pies ni cabeza, hasta el fracaso final, con un saldo de varios años de zozobras, inclemencias y costos

JoséJ. Gómez

1. ASPECTOS GENERALES

Problema de hondas repercusiones en el derecho internacional es este del exequátur o autorización para que en un país se apliquen sentencias o laudos dictados en el extranjero. Si bien es cierto que antaño se discutió sobre la conveniencia o no de la institución, hoy no se duda de la necesidad de ella, pues no se considera simple cuestión de gentileza entre las naciones el permitir la extraterritorialidad de sus fallos, sino un deber para la coexistencia universal, necesidad acrecentada con la intemacionalización de las relaciones jurídicas, en modernos términos, la globalización.

HANS SPERL[1] dice al respecto: "está fuera de toda duda que la fuente y el origen del poder sobre uno de los estados como individuos, no están situados en ellos mismos. El Estado tiene, desde luego, en él mismo su centro de gravedad, pero sus puntos de apoyo, su fundamento, sobre el cual reposa toda su existencia, están en la coexistencia de los otros estados, gracias a su mutuo reconocimiento. Nuestras observaciones llegan a la constancia de que existe una fuente de derecho, de fuerza y de poder sobrehumano y judicial superestatal".

Pero como resultaría factor de evidente desorden y causa de múltiples injusticias y abusos el permitir que, sin más, en un Estado se apliquen sentencias dictadas en el extranjero, las distintas codificaciones indican las pautas necesarias para obtener el exequátur o autorización para su observancia en el país foráneo, prescribiendo además el procedimiento que debe seguirse que, como se verá, constituye un verdadero proceso con la estructura propia del declarativo, el que, paradójicamente, se ha convertido en el principal obstáculo para dar efectividad a sentencias o laudos extranjeros, dado que cada país coloca una serie de trabas que hacen que solo en contados casos realmente la institución pueda funcionar.

Es curioso ver la metamorfosis de los grandes procesalistas americanos y europeos que en los seminarios y foros internacionales se muestran como irreductibles partidarios de la extraterritorialidad de las sentencias a través de ágiles mecanismos de exequátur, siendo sus intervenciones sentidas y convincentes, casi siempre terminadas con la obligada cita de COUTURE acerca de que nuestra comarca es el mundo.

Empero, no bien regresan a sus respectivos países aflora el chauvinismo extremo, reflejado en que son a su vez los inspiradores de férreas y cerradas legislaciones procesales que hacen que obtener un exequátur sea tarea de romanos, conducta de la cual, no se escapa nuestro país, como se verá, al analizar el sinnúmero de requisitos, por cierto comunes en la mayoría de las legislaciones americanas, para lograr la autorización de que se cumpla un fallo de juez extranjero, o dejan el asunto regulado de una manera tan etérea que, en la práctica aseguran la inaplicabilidad del cumplimiento del fallo extranjero.[2]

El artículo 605 del CGP establece la regla general, al permitir la aplicación en Colombia de sentencias o laudos arbitrales dictados "por autoridades extranjeras" y "de otras providencias que revistan tal carácter", como serían los autos interlocutorios con fuerza de sentencia proferidos tanto en procesos de jurisdicción contenciosa como voluntaria, otorgándoles a esos fallos el mismo valor que la legislación del país originario les conceda a los proferidos en Colombia en defecto de tratados internacionales

1 SPERL Hans, La reconnaissance en l'exécution des jugements étrangers, citado por Santiago SENTIS MELENDO, en La sentencia extranjera, Buenos Aires, Ejea, 1958, pág. 30.

2 Basta mencionar la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil Española, cuyo artículo 523 señala que para cumplir decisiones extranjeras, se estará "a lo dispuesto en los Tratados Internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional". Al respecto DIEZ-PICAZO Ignacio, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Civitas, Madrid, 2001, páginas 901 y 902, destaca que: "Este es básicamente un precepto de mera revisión. La LEC no regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y otras decisiones extranjeras. El legislador decidió dejar fuera del ámbito objetivo de la LEC la mayor parte de las cuestiones procesales civiles internacionales y remitirlas a una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia

concretos sobre el tema, es decir, desarrollando la regla de la reciprocidad[3].

Establecido que según el derecho internacional la sentencia extranjera se puede aplicar en Colombia, bien porque rige tratado especial acerca del tema de cumplimiento de sentencias o por existir recíproco tratamiento legal en el país de origen del fallo, evento en el cual el demandante tiene la carga de probar la ley extranjera similar,[4] veamos ahora los requisitos que deben

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, GJ. T. LXXX, pág. 464 y G.J. T. CLXXVI, pág. 309, citadas en Código de Procedimiento Civil Legis, ed. 2007 & 3733-2, donde advierte que en Colombia : "se reconocen efectos a las decisiones adoptadas en otros países, siempre y cuando en el Estado en que se produjeron se conceda igual fuerza a las decisiones judiciales proferidas por los jueces nacionales, bien sea en virtud de tratados internacionales, sistema conocido como el de la reciprocidad diplomática, o, en su defecto, mediante la constatación de que la ley del país de donde aquellas emanan otorga a las sentencias colombianas igual alcance y en este evento como desarrollo del principio de la reciprocidad

4 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 7 de 1975, publicada en *Jurisprudencia Civil de la Corte,* Héctor ROA GÓMEZ, Ed. ABC, Bogotá, 1977, tomo 1, pág, 407 donde se comenta que: "De manera que, cuando no hay tratado público, es indispensable que quede demostrado en el proceso respectivo que la ley del país, donde fue dictada la sentencia que se pretende ejecutar en Colombia, les da el mismo valor a las sentencias de los jueces nacionales colombianos, o sea que éstas admiten ejecución allí. Lo cual significa que en tal supuesto es menester acreditar, en la forma indicada en el art. 188 del C. de P. C., la vigencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido".

Posteriormente la Corte, en sentencia 5864 de la sala de casación civil, fechada el 28 de junio de 1998 reiteró que: "La actividad del actor del exequátur debe estar orientada pues a demostrar la existencia de la reciprocidad diplomática o, en su defecto, de la legislativa, de conformidad con lo establecido en el art. 177 del estatuto procedimental civil que impone a las partes "probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Si se cumplen esas exigencias el exequátur deberá otorgarse siempre que se den, además, los restantes requisitos cuyo sentido general no es otro que el de establecer

llenarse para que pueda ser cumplida la providencia extranjera en Colombia, los que se hallan desarrollados en el art. 606 del CGP.[5]

2. REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE EL EXEQUÁTUR

El art. 606 del CGP en sus siete numerales es la norma que determina las exigencias que de estar reunidas, permiten el cumplimiento de la decisión adoptada en país foráneo, las que paso a detallar.

1. Que la sentencia no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en el territorio colombiano "en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió" (num. 1).

Significa lo anterior que si el proceso versa sobre derechos reales y recae sobre inmuebles por naturaleza no será posible obtener el exequátur, porque estos siempre estarán en el territorio del país y si son muebles que se encontraban en él cuando se inició la acción en el exterior, tampoco será viable otorgar la autorización para el cumplimiento.

Respecto de los inmuebles bien se observa que no es posible aplicar en el país decisión extranjera, salvo claro está, que exista un tratado internacional que expresamente contemple esa

regularidad internacional de la sentencia, sin entrar a calificar la justicia intrínseca de la primera decisión jurisdiccional mediante dicha providencia adoptada".

5 Recomiendo la lectura de la sentencia de La Corte Suprema de Justicia del 24 de septiembre de 2015 con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Radicación n° 11001-02-03-000-2012-02133-00 en la cual se realiza un adecuado resumen de lo que ha sido la constante interpretación de le entidad en esta materia del exequátur

posibilidad,[6] pues debe quedar claro que las orientaciones generales contenidas en el artículo 606 del CGP, ceden ante disposiciones especiales que se hallen en tratados internacionales debidamente aprobados por Colombia, que por eso entraron a formar parte de la normatividad colombiana, aspecto que es de tanta trascendencia que incluso, si en el tratado se llegase a pactar que para cumplir el fallo extranjero no se requiere el exequátur, estaría de sobra el mismo.

Así las cosas, se tiene que si el tratado rige, pero nada prevé al respecto o, si se trata tan solo de aplicar el principio de la reciprocidad, no existe posibilidad legal alguna para que pueda ser ejecutada la decisión foránea en el país respecto de procesos donde se discuten derechos reales constituidos en bienes inmuebles, dado que estos siempre estarán en el territorio colombiano y cualquier discusión jurídica relativa a los mismos que pueda existir deberá ser definida por el juez colombiano competente.

2. Que la sentencia no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, excepción hecha de las de procedimiento.

Es este uno de los requisitos de más difícil estructuración debido a que está de por medio determinar lo que se entiende por normas de orden publico, concepto que se presta a las mas disímiles interpretaciones, porque como bien lo resalta el profesor

6 Si se acude a los tratados internacionales se observa que, por regla general, en ellos no se hace nada diverso a reiterar en términos similares los requisitos que se consignan en el art. 606 del CGP. Así, a manera de ejemplo en la denominada Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, aprobada por la ley 39 de 1990, se exigen la debida notificación y que "el reconocimiento o la ejecución" no sean contrarias al orden público de ese país.

Carlos Holguín,[7] "la noción de orden público interno es amplísima y comprende múltiples aspectos de los códigos civil y de comercio, las normas constitucionales y prácticamente la totalidad del derecho procesal".

Respecto de las normas procedimentales o sea las que señalan el trámite de los procesos, no existe problema alguno, pues expresamente y por razones protuberantes, se excluyen, dado que sería absurdo exigir que el proceso en el exterior se adelante de acuerdo con las disposiciones de tal índole propias de nuestro país; con relación a las restantes, ya será la interpretación la encargada de determinar si la decisión que se quiere aplicar en Colombia puede afectar normas de orden público, para efectos de permitir o no el cumplimiento del fallo.

Ciertamente, numerosos artículos del código General del Proceso consagran disposiciones de orden publico que van mas allá de las puramente procedimentales, de manera que es este un aspecto que igualmente corresponde analizar en cada concreto caso para ver la procedencia del exequátur.

En un concepto profesional que preparé con relación al tema, se analizó el punto que estimo puede traer claridad acerca de lo complejo del requisito para resaltar que será esencial para determinar su estructuración el criterio del fallador.

7 HOLGUÍN HOLGUÍN Carlos, Concepto rendido el 3 de junio de 1997 para el proceso arbitral de Meck Vs Tecnoquímicas. En la *Enciclopedia Jurídica Omeba,* tomo XXI, página 56, se advierte que "Denominamos orden público al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras".

Uno de los interrogantes planteados se refería a si era posible que en el sistema colombiano, ante la ausencia del demandado, dictar una condena en su contra tomando como base la auto estimación del monto del peijuicio que ley foránea autoriza hacer al demandante y en la que se basó la sentencia condenatoria.

Consideré que se violan normas de orden público si, en tales circunstancias, se llegase a condenar a un demandado en proceso declarativo y, por ende, la sentencia en ese proceso no debería aplicarse en Colombia, tesis que sustenté con los siguientes argumentos:

El artículo 174 del C. de P. C. dispone que toda sentencia "debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"[8], con lo cual descarta de plano la posibilidad de que con la simple aseveración, aún bajo la gravedad del juramento de la parte demandante, pueda el juez proferir, en ausencia del demandado o por falta de oposición, sentencia en su contra, aspecto que reafirma el art. 304[9] del C. de P. C. que impone al juez el deber de realizar en la sentencia, entre otras conductas, "el examen crítico de las pruebas".

Si se recuerda que el artículo 177 del C. de P. C[10]. establece la carga de la prueba y que en los procesos declarativos ésta se halla radicada en cabeza de la parte demandante, se tiene que es deber de la misma demostrar no solo que tiene el derecho invocado sino la cuantía del mismo, empleando los medios de prueba

8 Elart. 164 del CGP repite esa redacción de manera textual.

9 Elart. 280 del CGP igualmente exige "el examen crítico delas pruebas."

10 Elart. 167 del CGP igual

pertinentes, sin que su simple atestación sea suficiente para relevarla de esta carga, debido a que la misma no constituye medio de prueba a la luz de lo consagrado en el art. 175 del C. de P. C.", pues la única posibilidad para que lo anterior fuese posible es que la ley autorizara para este evento el juramento estimatorio.[12]

Es más, el artículo 307 del C. de P. C.[13] le prohíbe al juez, en ausencia de pruebas acerca del monto del derecho reclamado condenar en abstracto al disponer que "La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, peijuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin", y si no es posible su práctica o las llevadas a efecto no demuestran el monto, no tiene alternativa diversa a la de absolver, que es la consecuencia de no cumplir integralmente con la carga de la prueba.

Por todo lo anterior considere, ante la ausencia de tratado internacional con los Estados Unidos respecto del tema, que no es posible aplicar en Colombia una sentencia extranjera en donde se aplicó el llamado "default judgment".

Siempre será este un tema álgido dada lo relativo de la interpretación del alcance del concepto de orden público.

11 El art. 165 del CGP regula los medios de prueba de manera similar.

12 Lo que no sucedía para la época del concepto, anterior a la estipulación del juramento estimatorio con los alcances del art. 206 del GGP, de modo que hoy otro es el análisis sobre el punto, sin que por eso el ejemplo deje de ser útil.

13 El art. 283 del CGP emplea idéntica redacción.

3. Que la sentencia se encuentre ejecutoriada de acuerdo con las normas del país de origen y se presente copia debidamente legalizada de ella.

Este requisito es uno de los más sencillos de cumplir, pues se trata de que se allegue el fallo o laudo que se quiere hacer cumplir en Colombia con la constancia de su ejecutoria de acuerdo con las disposiciones procesales del país de origen, aspecto que pone de presente que debe ser probado el derecho extranjero en lo que a dicho tema concierne, por alguno de los medios que señala el artículo 177 del CGP.

4. Que el asunto sobre el cual recae no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

Existen eventos donde la ley perentoriamente adscribe el conocimiento de ciertas actuaciones al juez colombiano, de manera tal que no es viable el exequátur si se contraría la correspondiente disposición, como sucedería, con una sentencia que decreta el divorcio de un matrimonio celebrado en Colombia o el evento de la agencia mercantil.

Así, por ejemplo, se tiene que el artículo 1328 del C. de Co. señala que los contratos de agencia comercial que se "ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas ', adicionándose que, "toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita", con lo cual se evidencia que si se pretende llevar para que sea decidido en país extranjero un problema derivado del contrato de agencia mercantil que se ejecutó en Colombia no es posible pretender, mientras subsista esa normatividad, que se de el exequátur a una providencia judicial o arbitral sobre el tema,

dado que al señalar la norma la estricta sujeción a la ley colombiana, incluye la obligatoriedad de someterse a toda la legislación del país.

Es este otro requisito donde prima el buen criterio interpretativo, dado que está al entender de la Corte aceptar si se da o no la exclusividad señalada por la ley, de ahí lo incierto del mismo.

5. Que el asunto sobre el cual versa la sentencia no haya sido ya debatido y definido por los jueces de Colombia o no esté en curso proceso para decidirlo.

Con el propósito de evitar la duplicidad de fallos y, eventualmente que se rompa el acatamiento a la institución de la cosa juzgada, se consagra, con buen criterio, que si el asunto ya se debatió en el país, y existe fallo que está ejecutoriado, deberá estarse exclusivamente a lo que decidió el juez colombiano, aspecto que es apenas obvio pues no sería pertinente alentar a las personas para que litigando en el exterior pretendan, como mecanismo indirecto, dejar sin efecto, a través de un exequátur, la providencia dictada por el juez colombiano.

El punto atinente a que en "Colombia no exista proceso en curso" merece una especial previsión, pues tampoco puede incentivarse la maniobra de tratar de enervar la posibilidad de aplicar un fallo extranjero iniciando un proceso en el país sobre idéntico tema, de manera que en este evento, de llegar a demostrarse que el proceso en Colombia se inició después de ejecutoriada la providencia en el exterior, no sería un motivo para denegar, dándose los otros requisitos, el exequátur.

Ahora bien, si el proceso en Colombia se inició antes de decidido el que se adelanta en el exterior, deberá estarse a lo previsto en el numeral que comento.

6. Que se si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado , lo que se presume por la ejecutoria de la sentencia, aspecto que debe ser analizado de conformidad con las leyes procesales del país de origen del fallo y frente al cual se busca constatar que se garantizó el adecuado ejercicio del derecho de defensa del demandado, de manera que por tratarse de un asunto de prueba de la ley extranjera, igualmente remite a la forma de acreditar la misma, ya advertida, pero con una especial connotación.

En efecto, como se presume por la ejecutoria que se cumplió con el debido proceso, le basta al demandante demostrar la existencia del fallo ejecutoriado y será la parte demandada en el exequátur quien tiene la carga de desvirtuar la presunción acreditando que no le se citó debidamente, lo que le impidió ejercer el derecho de defensa.

Un ejemplo que puede ser ilustrativo de este espinoso aspecto, se encuentra en el estudio antes mencionado donde se tocó el punto, pues en lo pertinente, el interrogante concernía con la legalidad de la aplicación en el país de la regla procesal, propia del derecho norteamericano, denominada "default judgments' y la posibilidad de que una sentencia proferida con base en la misma por un Tribunal del Estado de Pensilvania pueda ser cumplida en Colombia. Al respecto, senté como tesis la atinente a que en el sistema legal colombiano no es viable aplicar la regla del "de-

fault judgement",[14] por cuanto en nuestra regulación procesal son por entero distintas las bases legales para proceder en ausencia de oposición del demandado; hacerlo en la forma regulada por la legislación federal advertida implicaría ostensible violación al principio del debido proceso, que genera circunstancia expresamente consagrada como causal de nulidad del mismo.

Los siguientes son los fundamentos para sostener esta tesis:

La Constitución Política de Colombia el su artículo 29 señala, en sus dos primeros incisos lo siguiente: "Art. 29.- El de

14 Dentro de las denominadas "Reglas Federales del Procedimiento Civil" existe la No. 55 que consagra una particular institución denominada "*default judgements*" o sentencias en ausencia del demandado, que dispone: a.-*Declaración.* Cuando una parte en el proceso en cuya contra se ha solicitado una sentencia con efectos positivos, no ha defendido su causa como lo establecen estas reglas y esta circunstancia se hace constar mediante declaración u otro medio apropiado, el secretario del tribunal declarará a dicha parte en ausencia, b.-*Sentencia* - Una sentencia en ausencia del demandado puede dictarse de las siguientes maneras: (1) Por el secretario. Cuando la petición del demandante en contra del demandado sea por una suma cierta de dinero, o una suma que pueda definirse por simple computación, el secretario del tribunal, a solicitud de la parte actora en el juicio, y con base en una declaración de la suma solicitada hecha bajo pena de perjurio, dictará sentencia en ausencia en contra de la parte demandada por dicha suma más gastos y costas procesales, en caso de que el demandado no haya comparecido ante el tribunal y no se trate de un menor o incapacitado.(2) Por el Tribunal. En todos los demás casos, la parte con derecho a exigir la sentencia en ausencia del demandado deberá solicitarlo al Tribunal". La anterior regla no es de aplicación en todos los Estados de la Unión americana, pero sí en varios de ellos, y en virtud de su observancia, se tiene que si el demandado no responde la demanda dentro del plazo respectivo, la parte demandante podrá solicitar que se declare, por el secretario del Tribunal, la ausencia del demandado, momento a partir del cual se asume que admite los hechos y se procede a pronunciar la sentencia de acuerdo con la estimación unilateral que haga la parte actora del monto de la condena, fallo que en unos casos dicta el secretario y en otros el Tribunal, de modo que se indagaba acerca de si era posible aplicar en el sistema

bido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Se entiende que la determinación del alcance de la expresión "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", central para que se configure el debido proceso, viene a ser asunto que el código procesal de la respectiva especialidad precisa y, si se trata de aspectos propios del derecho privado, es el Código General del Proceso el llamado a determinar cuales son esas formas básicas, esenciales, por ende, de obligatoria aplicación en todo proceso, de ahí que su inobservancia se tipifique como causal de nulidad del mismo.

En tratándose de ausencia del demandado dos son las posibilidades que regula el sistema procesal civil colombiano para efectos de considerar el desarrollo de una actuación judicial y la eventual sentencia en su contra, sin violar el principio del debido proceso.

La primera que podría llamar "ausencia total", se presenta cuando se desconoce el lugar de trabajo o de habitación del demandado, hipótesis en la cual se acude a lo señalado en el artículo 108 del CGP., donde se indican una serie de trámites que deben ser observados con el fin de que se le designe un curador ad litem al demandado con paradero desconocido, quien representará al

ausente haciendo las veces de abogado del mismo, para efectos de proponer los medios de defensa que estime necesarios.

La segunda modalidad, que parece ser la que más se acerca a la regla norteamericana, se presenta cuando no obstante haber sido localizado y notificado el demandado, no observa ninguna conducta positiva, es decir guarda silencio, omite defenderse.

En esta hipótesis, si se trata de procesos declarativos, es decir los que tienen como objeto que ante la falta de certeza de un derecho se haga una declaración o condena acerca del mismo, la norma básica al respecto se halla en el artículo 97 del CGP que establece: "La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda salvo que la ley le atribuya otro efecto".

Se tiene así que la por regla general la sanción que puede aplicarse al demandado por su no defensa, su ausencia en el sentido que se explica, es inferir de esa conducta un indicio grave acerca de que puede tener razón la parte demandante, pero sin que ésta quede relevada del deber de demostrar los hechos base de sus pretensiones, es decir, de cumplir con la carga probatoria que el impone el art. 167 del CGP. al disponer que: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las nonnas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Lo anterior pone en evidencia que al Juez en Colombia no le está permitido, salvo puntuales excepciones, si el demandado no se opone, proceder de inmediato a dictar la correspondiente

sentencia, como si lo consagra la citada regla 55, debido a que no se halla regulada la previa declaración de ausencia por parte del secretario, institución extraña a nuestro sistema.

Y es que si el juez llegase a sentenciar de plano, se estructuraría la causal de nulidad del proceso prevista en los numeral 5 y 6 del art. 133 del CGP. que la tipifica así: " Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas" y para alegar de conclusión, etapas que de aplicar la regla 55 se omitirían, dado que lo que ella determina es precisamente que se pretermitan esos pasos al autorizar la sentencia de inmediato y a manera de sanción de la conducta omisiva del demandado.

Advierto que la expresión que utiliza el art. 97 del CGP "salvo que la ley le atribuya otro efecto", se refiere a aquellos casos excepcionales y taxativamente previstos en algunas disposiciones especiales que tienen cierta similitud con la regla 55, en los que el silencio del demandado permite, con ciertos condicionamientos, proferir de plano la sentencia, tal como sucede con artículos como el 379 numeral 2 del CGP en el proceso de rendición provocada de cuentas al señalar que "Si dentro del término del traslado de la demanda, el demandado no se opone a rendir las cuentas ni objeta la estimación hecha bajo juramento por el demandante, ni propone excepciones previas, se dictará auto de acuerdo con dicha estimación, el cual presta mérito ejecutivo", o el art. 424 del CGP. que indica: "3.-Si el demandado no se opone en el término de traslado de la demanda el juez proferirá sentencia ordenando la restitución".

Empero, como se trata de casos de excepción se requiere disposición que de'manera categórica y taxativa los consagre, de

modo que no admiten interpretación extensiva y es por eso que únicamente frente a ellos se admite sentencia de plano, eso sí cumpliendo al menos, el requisito de la debida citación, incluso a través de curador ad litem.

En el proceso de ejecución el sistema cambia y como se parte del supuesto obligatorio referente a que con la demanda se adjunta un documento que da cuenta con características de certeza absoluta de una obligación proveniente del deudor y, como lo señala el art. 422 del CGP, clara, expresa y exigible, el no hacer manifestación dentro del plazo de ley, permite que el juez dicte sentencia ordenando que siga la ejecución tal como se ordenó en la providencia que dio curso al proceso, el denominado mandamiento ejecutivo, de modo que en esta clase de procesos y reitero, sobre la base de la existencia del título ejecutivo, podría dictarse de plano la sentencia, siempre y cuando se haya observado la citación pero sin que el valor suija de una estimación jurada, porque debe constar en el documento que se emplea como título de ejecución por sumas de dinero.

Sentados los anteriores presupuestos se concluye que en el sistema colombiano aplicar el procedimiento del fallo en ausencia tal como lo prescribe la regla 52 mencionada, salvo las excepciones referidas, a todas luces iría en contra de la Constitución Política del país por implicar desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y generarse circunstancia tipificada como causal de nulidad de la actuación.

Reunidos los anteriores requisitos es posible que se obtenga el exequátur, para lo cual debe adelantarse un proceso cuyos pasos se precisan en el artículo 607 del CGP.

Reitero que si frente a los requisitos estudiados desde su aspecto general existe una ley colombiana que apruebe un Tratado con algún país en el cual se establezcan requisitos que pueden ir en contra de los antes advertidos, debe estarse a lo señalado en el mismo.

3. TRÁMITE DEL PROCESO PARA EL EXEQUÁTUR

De acuerdo con el art. 607 del CGP la demanda "se presentará por el interesado a la sala de casación civil de la corte suprema de justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro juez".

Presentada la demanda, que debe reunir los requisitos señalados en el artículo 82 del CGP que y tiene como exigencia especial la de allegar como anexo obligatorio de ella copia de la sentencia o del laudo cuya aplicación se quiere, debidamente traducida si no estuviere en castellano, debe la Corte pronunciarse acerca de su admisibilidad siendo este, precisamente, uno de los aspectos más ambiguos de la reglamentación legal.

Ciertamente, es de aplicación en este proceso el art. 90 del CGP que se refiere a la inadmisibilidad y rechazo de toda demanda en los eventos allí previstos, es decir que si la demanda no reúne los requisitos legales podrá ser inadmitida para que se completen si, por ejemplo, no se allegó la copia que la ley exige como anexo del libelo, o si la Corte carece de competencia para conocerla debido a que un tratado la asigna a otra autoridad así lo declarará ; empero el problema surge es con relación a lo que se consagra en el numeral 2 del art. 607 del GP.

Dispone el referido numeral que "la Corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1 a 4 del artículo precedente", aspecto que pone de presente que en la gran mayoría de los eventos la decisión de la Corte no requiere de llegar a la sentencia dado que es posible denegar, rechazando el trámite del exequátur, la solicitud, pues se consagra en la norma especial una previsión distinta de la general del art. 90 en materia de rechazo de la demanda.

En efecto, si la Corte tiene que examinar como requisito de admisibilidad de la demanda que se estructuren los requisitos de que tratan los numerales 1 a 4 del art. 607 y sobre esa base rechazar o no la demanda, está resolviendo el fondo del asunto en esta etapa preliminar, de ahí que considero que el alcance que debe tener la disposición es que en aquellos eventos donde sea flagrante y aparezca de bulto la improcedibilidad del exequátur por incumplimiento de alguno de los cuatro primeros requisitos exigidos, puede la Corte rechazar la demanda, como sucedería, por ejemplo, si se pretende ejecutar una sentencia extranjera que declara que el dominio respecto de un bien inmueble ubicado en Colombia pertenece a determinada persona, si lo decidido en ella corresponde a un aspecto de la exclusiva potestad del juez colombiano o si se opone a disposiciones colombianas de orden público.

Es adecuada la solución, pues no se justifica adelantar todo el proceso del exequátur, de contenido similar a cualquiera de las actuaciones declarativas, si desde un primer momento es ostensible la improcedencia de la solicitud.

No obstante, la Corte debe tener en consideración que cuando se trata de la causal 3 del art. 607 que si bien es cierto admite el rechazo, resulta más jurídico si se advierte la falta de la copia de la sentencia y su constancia de ejecutoria, inadmitir la demanda aplicando el art. 90 para que se complete la prueba y no proceder de plano al rechazo de la demanda.

Si se rechaza la demanda con base en lo previsto por el numeral 2 del art. 607, en firme la providencia surte los efectos propios de la cosa juzgada y no será viable volver a promover el trámite pues en este caso el pronunciamiento fue de fondo, mientras que si el rechazo es producto de la inadmisión, se sigue la regla general que conlleva terminación de la actuación pero no imposibilidad de volver a promover el proceso.

Si se admite la demanda, se ordena la citación de la persona contra quien se ejecutará la sentencia o laudo, y se le corre traslado por el término de cinco días, debiendo citarse al procurador delegado "que corresponda en razón de la naturaleza del asunto" según el numeral 3, como representante del ministerio público, al que se le corre traslado por el mismo término.

Estas notificaciones se harán de manera personal siguiendo las reglas establecidas en la parte general, de ahí que es posible designar curador a la parte demandada o sea aquella contra quien se pretende hacer ejecutar la sentencia.

Si es del caso admitir la demanda, lo cual no significa que fatalmente desaparezca la posibilidad de negar el exequátur por alguna de las cuatro primeras causales, pues la admisión solo determina que, en principio, no se vio que estuvieran incumplidos

dichos requisitos, implica que vencido el traslado se pasará a la etapa siguiente, la de pruebas, pero antes es de advertir que dentro de dicho lapso no puede la parte demandada proponer excepciones previas pues estas no son viables en este caso, de ahí que será el recurso de reposición contra el auto admisorio, el medio adecuado para hacer valer ciertas circunstancias que la Corte pasó por alto y que hubieran llevado a inadmitir o rechazar la demanda.

Vencido el traslado se decretarán las pruebas y se fija fecha para audiencia de práctica, alegatos y fallo dispone el numeral 4 del art. 607, con lo que se acoge la regla de la oralidad en esta etapa, anotando que por ser este un proceso de única instancia no procede ninguna apelación contra la sentencia.

Si concede la autorización para que se cumpla en Colombia la sentencia extranjera, ésta se ejecutará "ante el juez competente conforme a las reglas generales" señala el art. 607, num 5 del CGP. Esto hace evidente que la Corte sólo da el visto bueno a la ejecución del fallo, pero no adelanta la misma, aspecto que resalta lo dilatado del procedimiento.

De ahí que si, por ejemplo, se trata de una condena a pagar quince millones de pesos y el demandado vive en Bogotá, debe iniciarse el proceso ejecutivo ante el juez civil del municipio de Bogotá y se adelantará el proceso de ejecución, acompañando la demanda respectiva de la copia del fallo de la Corte que autoriza aplicar la sentencia extranjera en el país.

De otra parte, en este proceso no se controvierte si el funcionario extranjero tuvo o no razón, por no ser la Corte instancia superior del juez foráneo; únicamente se analiza si se puede

aplicar el fallo en Colombia, de acuerdo con los requisitos enunciados anteriormente; de ahí que posibles excepciones en que se alegue que ya se cumplió la condena, tampoco son de recibo en esta actuación y lo pertinente es presentarlas dentro de la ejecución que se adelante.

Es este un punto que merece ser regulado de manera diversa pues en aras del extremo formalismo se incurre en excesos en los trámites; en efecto, dado la estructura que tiene el proceso propio para obtener el exequátur, no veo que sea exótico permitir que dentro de su tramitación una de las bases de defensa que pueda esgrimir el demandado, sea el de demostrar que el fallo cuya ejecución se pretende en Colombia ya fue cumplido, para que sea la Corte quien en esta misma instancia se pronuncie sobre el tema, de manera que vendría a ser este un motivo adicional para negar el cumplimiento de la providencia extranjera.

Obsérvese que con esta posibilidad, es mucho lo que se gana en economía procesal, porque si se declara que la decisión fue cumplida, se evita una innecesaria tramitación ante el juez a quien correspónda conocer de la ejecución. Si, por el contrario, se desecha ese medio exceptivo, salvo que luego de dado el exequátur se hubiese cumplido, se asegura una ejecución pura pues ya no será posible alegar lo que toca con cumplimiento de la sentencia extranjera.

Contra el fallo que dicta la Corte cabe el recurso extraordinario de revisión, si a él hubiere lugar, aspecto que pone de presente que, es una actuación de única instancia.

CAPÍTULO XI

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. GENERALIDADES

De años atrás y en ediciones anteriores de la obra Instituciones de Derecho Procesal Civil he pregonado la necesidad a abordar el estudio de las medidas cautelares y de las cauciones prescindiendo de su análisis frente a cada proceso en donde se les contempla[1], para hacerlo de manera general y luego aplicarlas a los concretos eventos, debido a que es más sencillo de asimilar el alcance de los conceptos y se evitan repeticiones como tal innecesarias y si fuente de confusiones, pues consideré equivocado partir del análisis de las cautelas en los principales procesos en donde se presentan y con ocasión del estudio individual de ellos derivar las nociones a los restantes casos.

Un ejemplo evidencia el propósito perseguido: no es igual explicar la diligencia de secuestro con motivo del análisis del proceso de ejecución, que es donde más se presenta, para señalar que las mismas nociones de aplican en cualquier proceso en el

1 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Instituciones de derecho procesal Civil Colombiano, Dupre Editores, 9 edición. 2009, en donde escribi:"desde ya auguramos la necesidad de que normativamente se dedique un libro del Código de Procedimiento Civil a la regulación de todas las medidas cautelares y que no sea en cada proceso en particular donde básicamente se realice lo anterior", lo que se pudo concretar normativamente en el CGP.

cual se permita su práctica, que, prescindiendo de toda referencia particular, realizar el estudio de sus notas características, para concluir que por igual se aplican en todo evento, sin que importe el proceso, en el cual se va a cumplir la diligencia, dado que es idéntico su desarrollo.

El tema de las medidas preventivas o cautelares y las cauciones, sin duda constituye, no obstante estar ubicado en la parte final del estatuto, un aspecto propio de la parte general de un Código de Procedimiento Civil, ya que tiene que ver en las más disímiles actuaciones, porque son de aplicación en procesos tales como el verbal, ejecución, divisorios, liquidación, arbitramento y sucesión para citar algunos. No obstante, dado la forma como el Código General del Proceso las regula, se estudiarán dentro de este tomo dedicado a los procesos especiales.[2]

La importancia de las cauciones y de las medidas cautelares aún no se ha entendido adecuadamente en nuestro medio y por ello su regulación es aún incipiente y tímida, aun cuando debo reconocer Ios -avances observados en el Código General del Proceso.

No se ha comprendido que ante el problema de la morosidad en la administración de justicia, un adecuado régimen de cautelas y contra cautelas puede contribuir grandemente a su solución que, por ser jurídica, es de fácil implementación. Hay

2 Empero, en la parte general de esta obra dedico el capítulo XVII al somero análisis de los aspectos generales de las cautelas y la cauciones , de modo que lo allí consignado lo mantengo aquí como parte del estudio integral y completo del tema. CFR LOPEZ BLANCO Hemán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2016, páginas 1075 a 1085

otras que, por su costo y por la falta de preparación del país para asimilarlas, en teoría pueden ser excelentes pero contraproducentes en la práctica, como sucede, por ejemplo, con la implantación del proceso oral.

Un completo régimen de cauciones y de medidas cautelares puede atemperar los efectos nocivos de las casi interminables actuaciones judiciales y contribuir a restablecer la credibilidad en la administración de justicia; de esta forma los asociados concurrirían al Estado con el convencimiento no sólo de que se les resolverán sus conflictos sino de que la decisión se podrá cumplir.

Con una adecuada regulación de los fenómenos en mención se puede evitar que durante el curso del proceso se ejecuten actos tendientes a insolventarse para hacer ilusorios los efectos del fallo, como tan frecuentemente ocurre, al asegurar el mantenimiento del statu quo o, de no ser esto posible, de las condiciones que van a garantizar que el fallo generará efectos acudiendo a la indemnización pecuniaria.

Soy decidido partidario de ampliar las medidas cautelares a todos los procesos, especialmente a los declarativos no sólo para los restringidos casos contemplados en el art. 590 del CGP, naturalmente con unas contra cautelas que eviten el abuso y restablezcan el equilibrio procesal. La regulación del régimen de las medidas cautelares debe ir de la mano de una no menos buena y efectiva tipificación de las cauciones, que garantice el pago de los peijuicios que se puedan ocasionar con la indebida utilización de aquéllas y evite el desborde de su empleo.

Entre los dos conceptos existe una íntima relación: la medida cautelar encuentra su contrapartida en la caución; con ésta se previenen y evitan los abusos que pueden cometerse con aquéllas.

1.1. *El concepto de medida cautelar*

Múltiples son las expresiones con que se denomina en las legislaciones el concepto en mención; así, como lo anota Santiago Fassi[3] se habla de "providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, medidas cautelares, acciones preventivas", y, agrego, también de acciones cautelares, y pretensiones cautelares, expresiones con las que se hace referencia a aquellas providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que resulten afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada.

La medida cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia o se adelanta un proceso. Es frecuente el equívoco de pensar que ellas sólo se predican sobre bienes, pero idéntica es su naturaleza jurídica cuando la institución recae respecto de personas.

3 FASSI C. Santiago, *Código Procesal Civil y Comercial,* Buenos Aires, Ed. Astrea, 1971, pág. 329< LEIBLE Stefan, *Proceso Civil Alemán,* Dike, Bogotá, 1999, página 527, se refiere a la "protección jurídica provisional".

Son medidas cautelares tanto el embargo de un bien como el depósito de menores en manos de uno de los padres o de un tercero, la orden de intemamiento del discapacitado mental absoluto, o la interdicción provisional del presunto pródigo. En todos estos ejemplos el objetivo es el mismo: es asegurar que los fines del proceso puedan cumplirse a cabalidad y evitar peijuicios tanto económicos como personales.

También, con reservas acerca de su verdadera naturaleza jurídica, es esa la finalidad que cumplen ciertas pruebas anticipadas que pueden solicitarse para futura memoria de hechos o situaciones susceptibles de evolucionar o desaparecer con el transcurso del tiempo, como acontece, por ejemplo, con la inspección judicial anticipada para establecer el alcance de unos daños.

1.2. *Naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Su finalidad*

La doctrina, en general, cree encontrar en las medidas cautelares un claro desarrollo del principio de igualdad o equilibrio procesal; con visión más restringida hay, sin embargo, quienes hablan de que tienen por objeto asegurar la ejecución del fallo correspondiente, y, otros, del ejercicio de un derecho de supremacía que corresponde al Estado. Estas opiniones están orientadas por un enfoque común; las medidas cautelares evitan los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles, por cuanto, como lo explicó Redenti[4] de

4 REDENTI Enrico, *Derecho Procesal Civil,* t. II, Buenos Aires, E.J.E.A., pág. 243, agrega que "sabiamente se preocupa la ley por el peligro en muchos casos manifiesto e innegable de que las providencias de tutela jurisdiccional civil que ella conmina o prevé lleguen a aplicación demasiado tarde".

poco servirían las decisiones judiciales "si entre tanto... se han escapado los bueyes".

Para Camelutti[5] su fin es evitar "Aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso", opinión que sigue Fassi[6] al decir que "todas las medidas cautelares se hallan supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio".

En verdad resulta imposible obtener justicia inmediata, su administración es labor de hombres y el análisis de las pruebas, la reconstrucción de las realidades pasadas, el raciocinio jurídico, etc., impiden la automaticidad de la administración de justicia. No obstante, dado que no ha sido posible conciliar tales actividades con una prudente duración de los procesos, las medidas cautelares surgen, según Calamandrei[7], de la necesidad de relacionar un hacer "pronto" con un hacer bien y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo".

W. Kisch[8] anota que se proponen "impedir que la ejecución futura se dificulte, por medio de la sujeción de los bienes del deudor y en casos extremos hasta de su persona", en tanto que

5 CARNELUTTI Francesco, *Derecho y Proceso,* Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, pág. 415, quien menciona que "una experiencia elemental enseña que la duración del proceso agrava progresivamente su peso sobre los hombros de la parte más débil, hasta el punto de debilitarla cada vez más".

6 FASSI Santiago, ob. cit., pág. 239.

7 Piero CALAMANDREI citado por Vicente HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil,* Madrid, Ed. Artes Gráficas, 1976, pág. 229.

8 KISCH W., *Elementos de Derecho procesal civil,* 2a ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1940, pág. 315.

Ugo Rocco[9] destaca que el Estado ejerce por intermedio de ellas "un derecho especial de supremacía que tiene por objeto no ya la persona del obligado sino su patrimonio".

De estas posiciones doctrinarias me inclino por la del equilibrio procesal, consagrado entre otras normas de la codificación colombiana en el art, 42 num. 2 del CGP al referirse que uno de ios deberes del juez es "Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso"; las medidas cautelares aseguran, dentro de lo posible, que quien recurre a la justicia podrá mantener durante el transcurso del proceso un estado de cosas similar al que existía cuando presentó su demanda y obtener un adecuado y pronto restablecimiento de los derechos que le han sido reconocidos.

De otra parte, la idea de que la medida cautelar se ha instituido en beneficio exclusivo de la parte acreedora es equivocada, como lo ha explicado Couture:[10] "Cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor en peligro, no sólo actúa en defensa o satisfacción de un interés, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. La jurisdicción también en este caso no funciona uti singulo sino uti civis. Tales decisiones se dirigen más que a defender los derechos subjetivos a garantizar la eficacia y, por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el imperium iudicis". Sería tanto como aseverar que la detención precautelativa o medida de aseguramiento en el proceso penal, que es una medida cautelar, está instituida en beneficio de la víctima.

9 ROCCO Ugo, *Tratado de Derecho procesal civil,* Parte especial, t. IV, Buenos Aires-Bogotá, Depalma-Temis, 1976, pág. 25.

10 COUTURE Eduardo J., *Estudios de Derecho procesal,* 1.1, 2a ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 254.

La medida cautelar, por su carácter eminentemente accesorio e instrumental, sólo busca reafirmar el cumplimiento del derecho solicitado por la parte respectiva, usualmente la demandante, e impedir para él más males de los que de por sí le ha ocasionado el demandado al constreñirlo a acudir a la administración de justicia. Ese carácter de la medida cautelar es evidente en los eventos en que recae sobre las personas, donde la necesidad de practicarla no solamente asegura un fallo sino que garantiza a las partes y a la sociedad su tranquilidad jurídica, como acontece con la orden de colocación de los menores de edad bajo el cuidado de otras personas, cuando quienes tienen su representación legal les dan indecorosos ejemplos o malos tratos.

1.3. *Medidas cautelares y proceso cautelar*

Tradicionalmente se han tipificado dos tipos de procesos: el de jurisdicción voluntaria y el de jurisdicción contenciosa, y dentro de éstos últimos se clasifican los procesos de cognición y los de ejecución. Camelutti[11], al comentar el nuevo estatuto procesal

11 C ARNELUTTI Francesco, *Derechoy Proceso,* Buenos Aires, E.J.E.A., 1971. pág. 213, y también en Instituciones del nuevo proceso civil italiano, Barcelona, Bosch, 1942, pág. 62 donde aún no es tan terminante en afirmar la autonomía del proceso cautelar. Gian Antonio MICHELLI, *Derecho Procesal Civil,* 1.1, Buenos Aires, E.J.E.A., 1970, págs. 80-81, dice que el proceso cautelar "no está destinado a hacer valer una pretensión con la que se perfila un derecho subjetivo, sustancial, sino que la demanda de tutela está dirigida a obtener un efecto procesal... responde a una necesidad de seguridad prescindiendo de la declaración de certeza definitiva o concreta del derecho respecto del cual alguno se afirma o puede afirmarse titular a través del proceso civil". Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Temas de ordenamiento procesal,* t. II, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pág. 901, afirma que es necesario consagrar el proceso cautelar como un proceso distinto del ordinario y del ejecutivo, a los cuales sy-ve como instrumento, advirtiendo que "la característica del proceso cautelar se halla en la instrumentalidad, en la relación en que se halla

civil italiano, delineó la teoría del tercer tipo de proceso contencioso: el proceso cautelar.

Dice así Camelutti: "... al no poderse considerar la providencia cautelar como una providencia incidental en el proceso de ejecución o en el de cognición, se debe admitir que corresponde ella a un tipo de proceso diverso del proceso contencioso de cognición o ejecución, al cual precisamente se le da el nombre de proceso cautelar.

"El proceso cautelar se introduce así como un tertium genus de proceso contencioso", parecer que ha sido ampliamente difundido en el mundo occidental y aceptado, tal vez, sin el suficiente análisis.

En efecto, en España se habla del proceso cautelar, es más, se propugna "la conveniencia de emplear la expresión proceso cautelar, para comprender dentro de ella al proceso cautelar propiamente dicho o autónomo y a las medidas cautelares, bien aisladas o integradas dentro de una fase del proceso principal o definitivo".[12]

En Colombia, el profesor Devis Echandía explica que el proceso cautelar "se divide en conservativo o innovativo, según

con ellas". Propone una regulación de procesos cautelares con actuaciones tales como abstención de hacer o evitar perturbaciones, intemamientos de dementes furiosos, guarda de personas, destrucción o suspensión de actividades personales, secuestro, depósito, embargo y aposición de sellos, todas las cuales, son medidas cautelares y no procesos autónomos. José BECERRA BAUTISTA, *El proceso civil en México,* 4a ed. 1974, pág. 419, comparte la teoría de CARNELUTTI.

12 HERCE QUEMADA Vicente, *Derecho Procesal Civil,* Madrid, Ed. Artes Gráficas, 1976, pág. 230.

que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio en ella, en forma provisional. Puede ser un verdadero proceso autónomo, como el de interdicción del demente o del disipador; o un procedimiento previo a un proceso, como las medidas cautelares previas al proceso ejecutivo o al de separación de bienes entre los cónyuges". Está, además, de acuerdo con quienes sostienen la tesis del carácter instrumental: "No desconocemos que el proceso cautelar no es fin en sí mismo, sino medio en relación con proceso principal o definitivo."[13]

La elaboración camelutiana no soporta un análisis detenido. Según esta tesis, se trata de un proceso que en sí mismo no cumple una función, sino que es un medio para que en el proceso principal se obtenga de una mejor forma su objetivo, o sea que el proceso principal utiliza la medida cautelar como instrumento para garantizar su efectividad, pero sin que ella cumpla, por sí sola, su finalidad accesoria.

En sentido amplio todo proceso sería cautelar pues busca asegurar algo: el cumplimiento de la ley.

Identificar el proceso de interdicción del discapacitado, para citar un ejemplo, con el proceso cautelar, no es correcto por cuanto es de jurisdicción voluntaria (no sólo por su naturaleza, sino por definición) y dos cosas no pueden ser y no ser a un mismo tiempo, referidas a un mismo aspecto, según enseña la lógica. Pretender dar al embargo o al secuestro, diligencias aisladas, la categoría de proceso, es algo que no consulta la naturaleza de las

~~13 DEVIS ECHANDÍA~~ Hernando, ob. cit., pág. 134.

cosas que, en este caso, implican una concatenación de actuaciones en orden a un fin: la sentencia. La medida cautelar es muy importante, pero elevarla a la categoría de proceso es un despropósito, pues siempre estará llamada a operar dentro de un juicio, dada su innegable accesoriedad.

En suma, rechazo la existencia de un proceso cautelar como un tercer género de procesos y tomo partido por la necesidad de regular las medidas cautelares como instituciones accesorias que, inclusive, deberían estar consagradas en la parte general del Estatuto Procesal, como lo están muchas otras aplicables a la gran mayoría de los procesos especiales.

Por eso es que reitero que la regulación de las medidas cautelares como instrumentos de los que se hace uso en los procesos, debe estar sistematizada en un aparte que debe reservarse en la correspondiente codificación que fue lo que incipientemente se trató de hacer en Colombia con el Código de 1970, pero que en el Código General del Proceso de 2012 se logró adecuadamente.

En conclusión, comprendida la necesidad de reestudiar el tema y dar a las medidas cautelares una especial tipificación legal pero sin admitir la existencia de un proceso cautelar autónomo, el Código General del Proceso no acepta como un tercer tipo de proceso contencioso el cautelar.

1.4. *Medidas ejecutivas y medidas cautelares*

Es indispensable hacer otra precisión: Es frecuente la tendencia a darle cierta autonomía al concepto de medida ejecutiva.

Las medidas ejecutivas no existen como entidad diferente de las medidas cautelares, son unas mismas. En otras palabras, se ha denominado medida ejecutiva la práctica de una medida cautelar dentro de un proceso de ejecución. Su naturaleza jurídica es una sola, pero se le llama así para significar que se practica en un proceso que parte de la base de un derecho cierto representado en un título ejecutivo.

Y es tan evidente esa total identidad que un embargo practicado en un proceso de cognición, como el de nulidad de matrimonio o el de divorcio, no tiene ninguna diferencia con el efectuado en un ejecutivo, en uno de competencia desleal o en una acción popular. Es la misma medida cautelar que obra en los procesos donde se las contemple, sin que por eso se desnaturalice su esencia.

La medida cautelar sirve, pues, tanto al ejecutivo como al contencioso de cognición, al de jurisdicción voluntaria o al proceso de sucesión. Tiene razón Alsina[14] al decir que "ha quedado ya superado el-concepto de que las medidas precautorias tienen por objeto asegurar el resultado del proceso de ejecución pues, como he visto, también proceden para conservar un medio de prueba o para evitar la inoficiosidad de la sentencia". Por eso se dan tanto en el proceso de ejecución como en el de conocimiento o en el de liquidación. En suma, en todo proceso en donde el legislador las considere necesarias.

14 ALSINA Hugo, Tpatado teórico-práctico de *Derecho procesal civil y comer cial*, 2a ed., t. V, Buenos Aires Ediar, 1962, págs. 447 y 448.

1.5. *Características de la medida cautelar*

Con base en lo antes analizado, podemos afirmar que las notas características de la medida cautelar son las siguientes:

Constituye, por regla general, un acto jurisdiccional por cuanto se cumple con ellas una de las funciones esenciales del proceso: asegurar la efectividad de las decisiones del juez y es éste, o una autoridad administrativa a quien se le han delegado funciones jurisdiccionales, el llamado a decretarlas.

Además, son actuaciones propias de un proceso y si éste es por excelencia, acto jurisdiccional, resulta claro el carácter de las medidas cautelares, así en ocasiones su práctica no la lleve a efecto un juez sino una autoridad del orden policivo (ciertos casos de aposición de sellos en sucesiones).

Son eminentemente instrumentales. Por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán porque el hecho de que en ocasiones se puedan practicar antes de iniciado un proceso no les quita la característica.

Como consecuencia de lo anterior, son provisionales y como máximo perdurarán, por regla general, lo que subsista el proceso al cual acceden. Terminado éste, la medida necesariamente deja de tener efecto y sólo en casos taxativamente determinados por el legislador se permite que una medida cautelar que ha surtido efectos dentro de un proceso pueda continuar vigente en otro, tal como acontece con el embargo y secuestro dentro del proceso de restitución de tenencia por arrendamiento que puede cumplir sus fines en el ejecutivo subsiguiente, o con el secues

tro en la diligencia de entrega que puede mantenerse dentro del reivindicatorío o posesorio que se adelantará cuando triunfa la oposición de un tercero.

Siempre deben estar previstas en la ley, es decir, la codificación se encarga no sólo de tipificarlas sino de señalar el proceso dentro del cual proceden, requisito que no se puede confundir con el de que sean o no nominadas, porque también en el evento de que se permitan las medidas cautelares que el juez estime pertinentes, o sea las llamadas "innominadas" opera esta modalidad de taxatividad, entendida en el sentido de que siempre una norma debe contemplarlas de antemano. En otros términos, sin excepciones, la posibilidad de que se decrete cualquier medida cautelar requiere de la existencia de una ley que la autorice para el respectivo proceso.

Liebman[15] dice que "las acciones cautelares son típicas y no se pueden pedir providencias cautelares diversas de las expresamente establecidas por la ley, ni en casos diversos de aquellos para cada uno de ellas previstas". Sin embargo, advierte que por excepción, y con fundamento en el art. 700 del Código italiano, se vislumbra la posibilidad de medidas cautelares innominadas, con lo cual confunde la taxatividad con la innominatividad, la que no constituye excepción a esta característica porque si una norma permite la medida cautelar innominada, está ceñida a la taxatividad, es decir que de antemano la ley la contemple, sólo que el juez tiene amplitud para determinar, para ese caso previsto, cuál es la cautela que corresponde aplicar, modalidad de la cual es ejemplo el art. 568 del C. de Co., que autoriza para pedir al juez el decreto de "las medidas cautelares necesarias"; se observa que aquí queda a la decisión del juez el adoptar la medida cautelar que estime conveniente, pero sigue operando la taxatividad precisamente por prever de antemano la ley la posibilidad de la cautela que el juez considere indicada, lo que acoge con amplitud el art. 590 del CGP.

Son de tres clases: reales, personales y probatorias. Las primeras recaen sobre bienes que son objeto de litigio, como cuando se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda, o sobre bienes que van a quedar afectados al proceso así no sean objeto del mismo, como acontece con los que se embargan para asegurar el pago de una obligación cuyo cobro se pretende enjuicio ejecutivo.

15 LIEBMAN Enrico Tulio, *Manual de Derecho procesal civil,* Buenos Aires, E.J.E.A., 1980, pág. 163. Enrico REDENTI, ob. cit., pág. 284, al tratar el tema de las medidas cautelares innominadas y comentar el art. 700 del Código italiano dice: "El empleo de estas providencias atípicas de introducción reciente es todavía escaso y esporádico, lo que viene a demostrar que en la mayoría de los casos bastarían para las reales necesidades de la práctica las providencias típicas tradicionales". Ejemplos atendibles y justificables de aplicación del art. 700 ha habido hasta ahora, por ejemplo en materia de protección (provisional urgente) de derecho de nombre, del derecho a la imagen, de ciertas servidumbres prediales, de ciertas relaciones de vecindad o de inmisión *in alienum* (de ruidos, etc.). Vicente HERCE QUEMADA, Emilio ORBANEJA GÓMEZ, ob. cit., págs. 238 y 239, dicen que el art. 1428 de la ley de enjuiciamiento civil española 'establece una verdadera norma en blanco y concede uno de los mayores márgenes de nuestro sistema procesal al arbitrio de los jueces'. El Código de Comercio de Colombia establece en el art. 568 la posibilidad de medidas cautelares innominadas, cuando dice que el juez tomará las 'medidas cautelares necesarias'; el art. 25 de la ley 472 de 1998 las prevé en las acciones populares al disponer que de "podrá el juez, de oficio o a petición de parte decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente...". La tendencia de las modernas legislaciones es la de dar prelación a las medidas de cautela innominadas.

Las segundas, las personales, se refieren a las personas que son parte dentro del proceso o que están vinculadas al mismo, como seria el caso de autorizar la residencia separada del cónyuge demandante en juicio de divorcio, disponer la custodia provisional de los hijos dentro del mismo proceso, o el ordenar el intemamiento en institución especializada del discapacitado, en el proceso de interdicción.

Las de índole probatoria se refieren a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas,[16] aspecto sobre el cual la doctrina no se muestra pacífica; estimo que si se considera que estas pruebas sirven para mantener un estado de cosas y serán útiles en futuro proceso, no es errado, conceptualmente, ubicarlas en esta categoría. De todas formas, se trata de una discusión doctrinaria de poca importancia e interés.

1.6. *Requisitos para decretar las medidas cautelares*

Tradicionalmente la doctrina ha hablado de dos requisitos: la posibilidad de un daño y la verosimilitud del derecho alegado, conceptos que se acuñaron para las medidas cautelares, posteriormente fueron dejados de lado al orientarse las codificaciones por permitir las que estaban previstas sin necesidad de otro análisis diferente a ese hecho, pero que de nuevo en Colombia y como clara confirmación de que los enfoques legales cumplen ciclos pendulares, a partir de la ley 1395 de 2010 y luego en el Código

16 GARCIA SARMIENTO Eduardo, *Medidas cautelares,* Bogotá, Edit. Foro de la Justicia, 1981, pág. 17, acepta como medida cautelar "aquellas para asegurar hechos que se pretendan aportar como pruebas", mientras que Héctor Enrique QUIROGA CUBILLOS, *Procesos y medidas cautelares,* Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1985, pág. 22, opina que es un error darle el carácter de cautelar a la prueba anticipada.

General del Proceso, de nuevo orientan el criterio del juez en el tema de las cautelas y de las cauciones.

Es así como Chiovenda[17], al mencionar las condiciones de la medida cautelar, dice que "el juez debe examinar si las circunstancias del daño dan serios motivos para temer el hecho dañoso y si el hecho es urgente y por lo mismo necesario", y hacer un examen, evidentemente superficial, de la posibilidad del derecho.

Son estos los requisitos que la doctrina llama el periculum in mora y el fümus boni iuris, constituyendo el primero el análisis concreto del eventual daño que podría sufrir quien solicita la medida proveniente de la demora en tomar la decisión definitiva y el segundo que de la actuación existente en ese momento encuentre el juez razonables motivos de seriedad, juicio que se basará en los elementos con que cuente el juez en ese momento tales como la demanda y las pruebas con ella aportadas, pues resulta innegable que usualmente la demanda constituye una útil orientación en orden a precisar dicho aspecto.

En efecto, el literal c) del numeral 1 del art. 590 del CGP señala que: "Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a

17 CHIOVENDA José, *Derecho procesal civil,* 1.1, Madrid, Reus, pág. 281.

petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada."

1.7. *Referencia histórica al desarrollo de las medidas cautelares*

Determinadas las características de las medidas cautelares, procede mencionar rápidamente su evolución histórica.

En sus orígenes indudablemente se confundía la medida cautelar con la ejecución misma. Quienes se han ocupado del tema consideran que instituciones romanas como la manus iniectio o la pignoris capio, son antecedentes bien de la ejecución forzosa, bien de las medidas cautelares según el enfoque que se quiera dar.

La manus iniectio "es la aprehensión material que el acreedor o ejecutor hace de su deudor o de su ejecutado. Esta acción cuyo procedimiento en muchas partes se confunde con la justicia por sí misma no puede recaer, sin embargo, sino sobre la persona del deudor, Hamada iudicatus, cuando ha sido condenado al pago de una cantidad determinada y no puede cumplirse sobre los bienes del deudor"'[8].

Tal estado de cosas que llegaba inclusive a un poder sobre la vida del deudor[19] evolucionó posteriormente hacia la búsqueda

18 CUENCA Humberto, *Proceso civil romano,* Buenos Aires, E.J.E.A., 1957, pág. 45.

19 MORA Nelson, *Procesos de ejecución,* Bogotá, Edit. Temis, 1972, págs. 4 y 5 anota que como resultado de tales acciones hubo épocas en que las casas de los patricios estaban repletas de deudores encadenados, por lo que se tuvieron que expedir leyes como la poetelia papiria, y la ley vallía.

de garantías no en la persona del deudor sino de sus bienes, en forma similar a como hoy existe y es así como se estructura la pignoris capio de la cual se han conservado muy vagos antecedentes. "Pignus capere significa tomar una cosa del deudor en garantía del propio crédito, y esto es un dato seguro, pero después no se explica qué se hacía con ella", parece que se retenía la cosa a título de pena y sólo mediante su pago se podía rescatar la misma, según narra Scialoja[20].

En la legislación española, Las Siete Partidas hablan con toda precisión del secuestro[21]. Ya en las modernas y contemporáneas codificaciones es común la regulación de las medidas cautelares con algunas diferencias de detalle, que obedecen especialmente al deseo de innovación y pretensión de tipificar nuevas medidas, pero en general se trata de temas desarrollados de manera similar en las diferentes legislaciones.

1.8. *La necesidad de ampliar el radio de acción de las medidas cautelares*

Dentro de estos comentarios generales es menester resaltar acerca de la necesidad de que las medidas cautelares tengan una cobertura mayor a la que actualmente le asigna la ley, sin desco

20 SCLALOJA Vittorio, *Procedimiento civil, Buenos Aires,* E.J.E.A., 1954, pág. 1

21 MORO QUINTERO Gonzalo, *Medidas preventivas,* Caracas, Ed. Fabretón, 1970, pág. 30, cita la Partida tercera: "Seis razones señaladas son y no más, porque la cosa sobre que hace contienda debe ser puesta en fidelidad, que dicen en latín secuestrario. La segunda cuando la cosa es mueble, el demandado persona sospechosa a témere que la transpondrá o empeorará".

nocer el significativo avance que en esta materia trajo el Código General del Proceso, aún falta extenderlas.

En verdad, por el lapso excesivo que transcurre desde que se presenta la demanda hasta cuando se obtiene sentencia, es usual que la parte demandada tome una serie de medidas que pueden impedir el cabal cumplimiento de lo decidido. El demandante, al iniciar una acción, debe tener una relativa seguridad acerca del cumplimiento del fallo que solicita y por eso en procesos como los de ejecución, divorcio, separación de cuerpos o de bienes o nulidad de matrimonio, cuenta con instrumentos como el embargo y el secuestro que tienen como consecuencia inmediata colocar los bienes fuera del comercio para mantener un estado de cosas y asegurar que el fallo no será ilusorio en sus efectos.

Sin embargo, en los procesos declarativos y en especial en el verbal, no son frecuentes las medidas cautelares, dado que el derecho no está delimitado con claridad, motivo por el que tienen un carácter restringido en la primera instancia, pues sólo se permiten en algunas de ellas, aun cuando se amplían luego de fallo favorable de primera instancia, lo que no es garantista debido al largo tiempo que se emplea hasta cuando sucede lo anterior.

Es necesario replantear la filosofía orientadora del tema de las medidas cautelares en los procesos declarativos a fin de permitir los embargos en estos procesos, especialmente en el verbal, desde el momento mismo de su iniciación, es más aún antes de la presentación de la demanda.

Ante la demora de los trámites judiciales[22] y la orfandad total en que se encuentran los demandantes en muchos procesos declarativos, es una necesidad sentida darles la posibilidad de solicitar medidas cautelares que aseguren el real cumplimiento de los fallos, pues la inscripción de la demanda como se analiza adelante no es suficiente.

Es alarmante el gran daño que se causa con la ineficacia de los fallos que profieren algunos jueces en procesos declarativos. Normalmente el demandado tiene tiempo más que suficiente para burlarlos mediante una serie de maniobras estudiadas y elaboradas que, aunque teóricamente puedan constituir ilícitos, en la práctica quedan impunes. Basta citar como ejemplo que la gran mayoría de sentencias contra empresas transportadoras así como respecto de personas naturales, por responsabiüdad civil contractual o extracontractual, se convierten en "sentencias para enmarcar" debido a la ausencia de medidas cautelares oportunas en estos procesos cuando llega el momento de la ejecución, entre seis y ocho años después de iniciado el proceso[23], la empresa no existe o no hay bienes.

22 MAURO CAPELLETTI *{Proceso, ideologías, sociedad,* Buenos Aires, Ejea, 1976, pág. 549) dice que la morosidad en Italia desemboca en una verdadera degeneración de justicia e indica que: "baste pensar, por ejemplo, que en 1968 la duración media de los procesos civiles en primer grado ha sido de casi 18 meses y de casi 30 ante los Tribunales", lo que pone en evidencia que el problema es universal y que deben buscarse remedios para los efectos perniciosos de esa demora, siendo uno de ellos un adecuado y amplio régimen

23 Es penoso escribirlo, pero ocultar la realidad sólo sirve para incrementar el problema. En la gran mayoría de las ciudades capitales de departamento el promedio de duración de la primera instancia de un proceso es de tres años; dos en la segunda instancia y si llega a darse el recurso de casación, en el actual estado

El limitado marco del art. 590 del CGP es una de las causas de la ineficacia de las sentencias, situación de la que no son culpables los jueces que nada pueden hacer al respecto, sino la miopía del legislador, o más exactamente de algunos juristas integrantes de la comisión de reforma plasmada en la ley 1564 de 2012 que no aceptaron la sugerencia presentada por mi desde 1989, también frustrada, de permitir cautelas de embargo y secuestro, previa caución, en todos los procesos declarativos.

Reitero, debería permitirse el embargo y secuestro en todos los procesos verbales, por lo menos desde el momento de su iniciación, exigiendo una adecuada caución para responder por los peijuicios que pudieren derivarse de la actuación temeraria del demandante, sistema con el cual se impide que los demandados jueguen con la duración del proceso para eludir su responsabilidad o proponer arreglos ínfimos frente a la realidad del monto de las pretensiones en su contra.

Un régimen de medidas cautelares más amplio en los procesos declarativos, en especial en el verbal, que permita el embargo y secuestro desde cuando se inicia la actuación, constituiría eficaz medio contra los efectos perniciosos de la morosidad judicial, aspiración que ojalá se concrete en un futuro pues es lo cierto que si se avanzó en el CGP, lo que falta para actualizar, debe ser un paso al que se le pierda el miedo.

duración en la Corte otros tres años más como mínimo, con tendencia a empeorar tan alarmante estado de cosas.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

Corresponde estudiar la regulación general de las medidas cautelares en el Código General del Proceso; como se anotó, el Código optó por no consagrar el proceso cautelar como un tercer género de proceso contencioso, razón por la cual no existe ninguna referencia legal al mismo y se regulan las medidas preventivas como una institución de carácter general aplicable a todos los procesos en el libro IV artículos 588 a 605

De acuerdo con el estatuto, las medidas cautelares nominadas que recaen sobre bienes son las siguientes: embargo, secuestro, registro de la demanda y guarda y aposición de sellos; aparte de las anteriores no hay otras en materia procesal civil, pero el Código de Comercio consagra algunas medidas cautelares[24] adicionales de carácter real.

Es del caso emprender el análisis de las cautelas antes citadas.

En primer lugar estudiaré las notas características del embargo y del secuestro, instituciones que no obstante ser completamente diferentes suelen confundirse en la práctica. Luego veré cómo obran en el CGP, reiterando que lo que allí se diga tiene aplicación en todo proceso donde se las contemple como el de ejecución, divorcio, sucesión o divisorio, en los verbales luego de fallo favorable en primera instancia, a más de que estas mis

24 En verdad dentro del Código de Comercio se tipifican también medidas cautelares reales como el comiso de artículos fabricados con violación de las patentes, art. 568.

mas reglas informan la práctica de embargos y secuestros en los procesos laborales, penales y tributarios.

El concepto de embargo y de secuestro, su trámite, las oposiciones etc., se reitera, es el mismo cualquiera que sea el ordenamiento procesal en que se les quiera aplicar; de ahí que estas explicaciones pueden servir por igual al juez civil, al penal o al laboral, ordenamientos que remiten al CGP en lo que con estas medidas concierne.

2.1. *El embargo de bienes*

Esta medida cautelar aplicable a todo tipo de bienes (muebles, inmuebles, derechos), excluye el bien sobre el que recae del tráfico jurídico, pues de acuerdo con el art. 1521 del C. C. su enajenación o gravamen constituyen objeto ilícito, al disponer que se da el mismo en la enajenación "de las cosas embargadas por el decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello"; queda así determinado que el embargo es la medida cautelar que tiene como efecto poner los bienes fuera del comercio.

La medida varía fundamentalmente en su efectividad práctica según se trate de bienes sujetos a registro, sin que importe si son muebles o inmuebles, o cuando versa sobre otro tipo de bienes o derechos.

En efecto, tratándose de bienes cuya tradición exige el registro (inmuebles, naves, aeronaves, acciones nominativas), el embargo es una medida eminentemente burocrática debido a que se perfecciona mediante la comunicación que el juez dirige al

encargado del registro informándole que un determinado bien queda afecto al proceso como garantía y, por lo mismo, fuera del comercio; de manera similar opera en ciertos bienes muebles no sometidos a registro, donde la comunicación del juez genera los efectos de ponerlos fuera del comercio como sucede con los saldos en cuentas corrientes, sueldos y créditos.

En algunos casos la práctica del embargo no produce ninguna alteración en la posesión material del bien. El poder coactivo del Estado obra en su sentido más puro y sin aparente molestia del asociado porque, salvo la importante consecuencia jurídica de que en virtud del embargo no se puede disponer del bien, la situación de hecho se mantiene inalterada, tal como ocurre, por ejemplo, si se embarga un inmueble donde la medida para nada lesiona aspectos de tenencia o posesión material.

Pero en otros eventos el embargo no sólo significa que el bien queda excluido del tráfico jurídico sino que también implica la inmediata restricción en su goce y utilización, como acontece con los saldos bancarios, con los sueldos o con los bienes muebles no sujetos a registro.

Respecto de los últimos el embargo se consuma mediante el secuestro de bienes, disposición que sugiere la idea equivocada de que embargo y secuestro son medidas sinónimas, lo cual es un error como paso a explicarlo.

Ciertamente, es fuente de la confusión entre embargo y secuestro el numeral 3 del art. 593 del CGP que establece: "Para efectuar los embargos se procederá así: "3. El de los bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles

o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos", de donde se desprende que la intención del legislador no es identificar estas figuras sino poner de presente que en ciertos casos el embargo para su perfeccionamiento requiere de la "ayuda" del secuestro.

En verdad, cuando la efectividad del embargo no es posible realizarla por medio de la comunicación que emana del juez o del funcionario que lo decretó, debido a que resulta utópico suponer que la persona afectada con la medida por el sólo hecho de recibir la nota pertinente procederá a dar cumplimiento a la orden, es menester que el secuestro acuda en su ayuda y pueda materializarse el embargo que se ha decretado, mediante la aprehensión del bien.

Imagínese que el juez al decretar el embargo de los bienes muebles que se hallen en la casa de habitación de la persona contra quien se decreta la medida, para dar un ejemplo, oficiara a la misma dándole cuenta de ésta con el objeto de que dé cumplimiento a lo di-spuesto y ponga a la orden del despacho esos bienes, los que debe relacionar en la nota de respuesta.

Claro es que esa contestación no se va a dar debido a que se carece de toda base real para efectos de controlar la efectividad de la medida y sería ingenuidad máxima esperar que se pudiera así acatar el embargo, de ahí lo necesario del secuestro para materializarlo, pero sin que por esta razón se pueda confundir el embargo con el secuestro que son cautelas independientes.

Queda entonces claro que la medida cautelar de embargo al ser perfeccionada en cualquiera de las formas previstas en el

art 593, pone los bienes fuera del comercio, razón por la cual es la más efectiva de todas y para su práctica, en cualquier campo procesal, se debe estar a lo dispuesto en el citado artículo, norma que comento a continuación.

2.1.1. *Práctica del embargo de bienes sometidos a registro y, en especial, de inmuebles*

Tal como está previsto en el num. 1 del art. 593 del CGP para el embargo de bienes sometidos a registro, cuya tradición exige la inscripción del documento en la oficina respectiva, el juez debe remitir una comunicación al correspondiente registrador, con el objeto de que tome nota de la medida y una vez lo haya hecho, debe expedir un certificado sobre la situación jurídica del bien, lo cual pone de presente que la norma no trata exclusivamente de los inmuebles, sino también de todos los bienes que requieren de esta formalidad para su tradición.

El oficio de embargo debe contener, por indicación del mismo numeral 1 del art. 593, "los datos necesarios para el registro", de modo que sobra recargar el trabajo de los juzgados con extensas comunicaciones especialmente cuando se embargan inmuebles, que son los casos más frecuentes, donde se detallan los linderos y origen de la adquisición de ellos, pues es lo cierto que son datos suficientes y adecuados, el que la comunicación haga referencia a la nomenclatura o nombre del bien, al número asignado al folio de matrícula inmobiliaria y el nombre del propietario que será normalmente el del demandado, aun cuando no necesariamente así tiene que ser, como sucede en ciertos procesos de familia donde cualquiera de las partes lo puede solicitar.

En la hipótesis de que el nombre de la persona contra quien se decretó la medida, se reitera, usualmente el demandado, no coincida con el del actual propietario inscrito del bien, el registrador, salvo la excepción de que trata el art. 468 numeral 2 del CGP[25], debe abstenerse de inscribir el embargo, por cuanto es clara la disposición en resaltar que esto ocurrirá si los bienes no pertenecen al "afectado".

El inciso segundo del numeral 1 del art. 593 puede originar incertidumbre si no se le toma en su debido alcance, cuando señala que: "Si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, éste de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo", pues se podría pensar que el registrador puede inscribir embargos respecto de los cuales el nombre del propietario no coincide con el de la persona en contra de la cual se decretó la medida, cuando, salvo la excepción del ejecutivo hipotecario, es precisamente lo contrario lo que se quiere regular, o sea que en el evento de que el registrador por un error embargue a quien no debe, el juez," de oficio, debe subsanar la falla, ordenando la cancelación inmediata de la medida, aun cuando será un caso de rara ocurrencia, dada la claridad de la disposición, que de ser incumplida y generar peijuicios compromete la responsabilidad

25 Señala la norma: "Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo y sin necesidad de caución, el juez decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda. *El registrador deberá inscribir el embargo, aunque el demandado haya dejado de ser propietario del bien.* Acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago. En este proceso no habrá lugar a reducción de embargos ni al beneficio de competencia.

del registrador y de la administración por indebida prestación del servicio.

2.1.2. *El embargo de mejoras*

El numeral 2 del art. 593 señala que el embargo "de los derechos que en razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupe un predio de propiedad de otra, se perfeccionará previniendo a aquella y al obligado al respectivo pago, que se entiendan con el secuestre para todo lo relacionado con las mejoras y sus productos o beneficios". Bien se observa que como la disposición ordena que deben entenderse con el secuestre, se colige que debe existir un secuestro que permita la efectividad de esta especial modalidad de embargo.

En verdad, no se regula nítidamente como un embargo que requiere para su perfeccionamiento del secuestro, pero la medida carece de efectividad si no se acude a éste, debido a que no sería viable asegurar que los bienes quedan especialmente afectos para responder por la obligación que se persigue en el proceso con la sola prevención que refiere la norma.

Ciertamente, el juez debe acudir al sitio donde se hallan las mejoras y llevar a cabo la diligencia de secuestro que perfecciona su embargo, pues de otra forma se hace inaplicable la disposición.

Igual comentario cabe hacer respecto de las mejoras en terrenos baldíos de que trata el inciso segundo del num. 2 del art. 593 del CGP, pues si se quiere dar efectividad a las medidas debe procederse en la forma señalada, es decir, practicando la diligencia de secuestro.

2.1.3. *El embargo de créditos*

Se desarrolla en el numerales 4 del art. 593, que dispone cuando se trate de embargar un crédito u otro derecho semejante[26], se remitirá al deudor oficio dando cuenta de la medida y queda perfeccionada cuando se entrega aquel, conducta que además genera interrupción del término de prescripción que estuviere corriendo y en donde se le previene además que el pago lo debe efectuar directamente al juzgado, llegado, naturalmente, el vencimiento del crédito, si es que aún no es exigible y que lo hará consignando "en la cuenta de depósitos judiciales", aspecto que debe entenderse obra cuando el crédito es en dinero, que no necesariamente todos lo son y que tampoco permite concluir que los de otra índole sean inembargables, punto sobre el cual la norma ha dejado un vacío que adelante trataré de solucionar.

Recibido el oficio debe el deudor informar al juzgado acerca de si existe o no el crédito, pues bien puede suceder que nunca surgió a la vida jurídica o que lo fue pero se extinguió, la cuantía del mismo, casq de estar vigente, la fecha de exigibilidad y si anteriormente existieron embargos o cesiones "so pena de responder por el correspondiente pago",.lo que pone de presente la manifiesta importancia que para el supuesto deudor tiene el dar respuesta oportuna y con los datos requeridos.

Es menester, entonces, para delimitar con precisión la responsabilidad del deudor, que el oficio contenga claramente todas las prevenciones anteriores, para que así nadie se llame a engaño,

26 La expresión "otro derecho semejante" es redundante y nada aporta, pues no concibo un ejemplo/de otro derecho semejante a un crédito, distinto de otro crédito!!!!

de manera que si el crédito no existe, se extinguió, está vigente pero ya embargado o notificada la cesión, o sea que su titular ya es otro diverso del ejecutado, debe manifestarlo al despacho, so pena de comprometer su responsabilidad por el correspondiente pago, o sea el del monto del crédito cuyo embargo se le comunicó, pues obviamente, la frase no concierne a la obligación que se cobra.

En principio no se requiere nombrar secuestre, lo cual evita innecesarios gastos y da mayor seguridad caso de que se trate de crédito en dinero, donde el deudor lo debe consignar en la cuenta del Banco Agrario correspondiente al juzgado respectivo. Empero, si se trata de otra clase de obligación, por ejemplo, de dar bienes muebles, se debe nombrar un secuestre para que los reciba, quedando los bienes aptos para ser rematados en el juzgado donde se decretó el embargo del crédito.

En efecto, para ilustrar el caso no previsto por la ley, vamos a suponer que Luis es demandado y se denuncia por el ejecutante como uno de sus activos, la obligación que en favor de Luis tiene Pedro y consistente en entregar determinado día cien toneladas de trigo. Ese crédito es embargable, pero por razones obvias imposible de depositar en el juzgado, de ahí que en este evento se impone nombrar el secuestre para que reciba los bienes que quedarán embargados por cuenta del juzgado y se podrán llevar a remate, sin que sea necesario un nuevo decreto de embargo y secuestro pues el practicado respecto de lo que inicialmente era un crédito se extiende a los bienes con los que se pagó el mismo, de manera idéntica a como sucede cuando es dinero lo cancelado.

También es necesario proceder a secuestrar cuando se trata de un crédito en dinero y el deudor no paga en oportunidad

consignando a la orden del juzgado, caso este último en el cual el secuestre debe adelantar el correspondiente proceso ejecutivo, cuando esto fuere posible, como paso a explicarlo.

En efecto, señala el inciso tercero del numeral 4 del art. 593 del CGP que: "La notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito, y si aquel no lo paga oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.", norma que requiere de una especial puntualización.

Ciertamente, para esta ejecución, que debe adelantarse ante el juez competente de acuerdo con las reglas generales, el secuestre empleará como título ejecutivo el que dé cuenta del crédito, "si fuere hallado" o, en caso contrario, "se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso", o sea que se integrará el título ejecutivo con el escrito donde el demandante denunció el crédito para -ser embargado, copia del oficio donde se le comunicó el embargo al deudor y de la respuesta del deudor que contenga la expresa manifestación de aceptación de la existencia del mismo que o, caso negativo, la constancia de que guardó silencio, silencio que como lo señala la misma disposición implica que deba responder por el "correspondiente pago" es decir el del crédito denunciado para embargo.

2.1.4. *El embargo de derechos litigiosos*

Cuando lo que se va a embargar son derechos litigiosos, dispone el numeral 5 del art. 593, que se comunicará al juzgado

que conoce del proceso y se perfecciona en la fecha de recibo en la correspondiente oficina judicial, de modo tal que cualquier pago o reconocimiento de crédito de índole diversa a dinero, que con ocasión del proceso en donde se embargó el derecho litigioso llegare a hacerse, quedará a disposición del proceso donde se decretó el embargo del derecho en litigio.

2.1.5. *Embargo de acciones*

Previsto en el numeral 6 del art. 593 del CGP en cuanto a derechos en sociedad anónima o en comandita por acciones "bonos, certificados de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares o efectos públicos nominativos y en general valores a la orden", implica para su perfeccionamiento que la medida se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad, a la empresa emisora, o a la entidad administradora, con el fin de que se tome nota en los libros respectivos y se impide así cualquier negociación que se pretenda realizar respecto de aquellos, lo cual hace evidente que la medida sólo es eficaz para títulos nominativos, pues si son al portador no queda otro camino que el secuestro del título, esto implica que en la práctica sólo en raras ocasiones la medida sea efectiva sobre documento al portador o a la orden, ante la dificultad de lograr aprehender el documento en poder del demandado.

Con relación al punto sigue siendo válida la crítica atinente a que: "Se advierte una incongruencia dentro del mismo numeral sexto, en cuanto al perfeccionamiento del embargo tratándose de títulos valores a la orden y bonos, pues mientras el inciso primero señala que el embargo de estos papeles negociables -entre otros más- "se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la

respectiva sociedad o empresa emisora o representante administrativo de la entidad pública o a la entidad administradora, según sea el caso, para que tome nota de él, y se considera perfeccionado el embargo "desde la fecha de recibo del oficio", el inciso segundo advierte que ese embargo se perfecciona con la entrega del respectivo título al secuestre, lo que es más lógico y acoplado con la forma de circulación de esos papeles a la orden, en vista de que el deudor, con la sola comunicación que de esa medida le haya hecho el juzgado, no podrá abstenerse de pagarle al tenedor legítimo de un título a la orden que no tiene porqué conocer de la existencia del embargo, según el inciso lo del numeral 6o comentado". [27]

En este evento es necesario designar un secuestre que se encargará de recibir los rendimientos de los títulos o acciones afectos al cobro judicial y si fuere el caso, de "exigir rendición de cuentas" y. en fin, de vigilar que se cumpla con el pago de los derechos correspondientes al título objeto de la medida.

Si se trata de "sociedades colectivas y de gestores de la en comandita o de cuotas o en cualquier otro tipo de sociedad"[28], la medida se comunicará a la Cámara de Comercio respectiva, que es la encargada de la matrícula y registro de sociedades, la cual debe abstenerse de registrar cualquier transferencia, gravamen o reforma que implique disminución de los derechos del deman

27 THOMAS ARIAS Antonio, *Comentarios a la reforma del Código de Procedimiento Civil,* Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, página 236.

28 Considero que la expresión "en cualquier otro tipo de sociedad", deben entenderse como referida a cualquier otra clase de asociación, en donde el asociado tenga derechos patrimoniales que formen parte de su activo y no solamente a sociedades civiles o comerciales.

dado en la respectiva sociedad según lo previene el art. 593, num. 7. También debe comunicarse al representante legal de la sociedad a fin de que proceda a consignar los rendimientos que le corresponden al socio embargado en la cuenta del juzgado.

El embargo de derechos sociales en sociedades de personas rara vez resulta efectivo, pues aunque se cumplan todas las previsiones, hay poco control sobre los actos de la sociedad y es frecuente que ésta, especialmente cuando el socio embargado es mayoritario, empiece a arrojar pérdidas con lo cual el valor de los derechos se reduce, maniobras obviamente ilícitas, pero de difícil comprobación.

Para todos los eventos previstos en los numerales 6 a 8 del art. 593, se prevé que el representante legal de la respectiva sociedad una vez recibido el oficio del juzgado, debe informar los efectos de la medida dentro de los tres días siguientes a su recibo, so pena de multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de donde surge la conveniencia de poner de presente la sanción que acarrea el incumplimiento, en el texto del oficio.

Estimo que similar procedimiento se debe seguir para el embargo de los derechos que tiene un socio en clubes sociales, en no pocas ocasiones de significativo valor, de manera que se debe remitir el oficio al gerente de la entidad o a quien lleve la representación legal para efectos de que no pueda el socio embargado hacer transferencia de tal activo. Es de advertir que en el caso de llevarse a efecto el remate, no por este motivo el rematante viene a adquirir de manera automática la calidad de socio de la entidad, pues debe llenar los requisitos que aquella exija para ingresar, no solo de carácter económico, los llamados derechos de traspaso,

sino personales, de ahí que quien remata debe previamente tener seguridad de que podrá ser aceptado, pues si no lo fuere no le queda otra salida que vender ese derecho a quien los cumpla.

2.1.6. *Embargo de salarios*

Previsto en el numeral 9 del art. 593 del CGP, se cumple mediante un oficio en que se comunica el embargo al pagador de la entidad o al patrono del demandado. El embargo no puede exceder del 50% del salario si se trata de obligaciones en favor de cooperativas, por concepto de alimentos o en cualquier otro evento que norma especial lo contemple; en los demás casos sólo se puede embargar la quinta parte del excedente del salario mínimo conforme a los arts. 154 y 155 del Código Laboral.

Una vez entregado el oficio de embargo, el empleador debe consignar periódicamente el dinero a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales; si así no acontece se nombra un secuestre, quien está autorizado para adelantar el cobro judicial si fuere necesario, para lo cual se deberá preconstituir el título ejecutivo obteniendo mediante la vía adecuada la prueba de que el pagador o el funcionario respectivo ha incumplido la orden, aspecto sobre el cual existe un completo vacío.

Se debe designar el secuestre, sólo cuando las medidas coercitivas directas que puede emplear el juez no han tenido efecto, pues no debe olvidarse que éste puede aplicar la sanción de multas con valores que pueden ir hasta diez salarios mínimos mensuales legales al empleador, por cada acto de desacato, en aplicación del poder correccional que señala el art. 593 en su parágrafo segundo en donde se indica: “La inobservancia de la orden impartida por

el juez, en todos los casos previstos en este artículo, hará incurrir al destinatario del oficio respectivo en multas sucesivas de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos mensuales.”

2.1.7. *Embargo de cuentas bancariasy de ahorros*

Está consagrado en el numeral 10 del art. 593 del CGP. Se comunica mediante oficio que debe indicar la suma a embargar, que se calcula considerando el valor del crédito, los intereses y las costas, aumentado en un 50%.

Al entregar el oficio se debe dejar constancia de la fecha y hora así como exigir al banco el dato del saldo existente en ese momento, pues hay gerentes de éstas instituciones que obrando deslealmente para con la administración de justicia, al recibir el oficio le comunican de inmediato al cuentacorrentista para que éste proceda a retirar los fondos, lo que puede hacer nugatoria la medida cautelar.

El artículo 1387 del C. de Co., señala: “El embargo de las sumas depositadas en cuenta corriente afectará tanto el saldo actual en la hora y fecha en que el banco reciba la comunicación del juez, como las cantidades depositadas con posterioridad hasta el límite indicado en la orden respectiva. Para este efecto, el banco anotará en la tarjeta del depositante la hora y fecha de recibo de la orden de embargo, y pondrá los saldos a disposición del juez, so pena de responder de los peijuicios que ocasione a los embargantes”; obsérvese que si se toma nota del embargo y con posterioridad y por cualquier motivo se consignan dineros en esa cuenta, opera una modalidad de embargo de bienes futuros, siem

pre limitando el monto máximo de la medida indicado por el juez en el oficio.

Es frecuente que ante la imposibilidad de saber exactamente en qué banco o institución de crédito tiene cuenta el demandado, se pida librar oficio a los gerentes de tales entidades para que confronten si en las diversas sucursales o agencias existen saldos que puedan embargarse.

Al respecto, la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, en circular de junio 8 de 1964, dijo lo siguiente: "La costumbre que han tenido los bancos de transcribir a sus sucursales las comunicaciones recibidas de los juzgados en las que se ordenan embargos, es el procedimiento que debe seguirse empleando por las siguientes razones:

"En la generalidad de los casos, los embargos se solicitan sobre los saldos en cuenta corriente que una persona tenga en los bancos. Entonces el juez se dirige a los gerentes de tales bancos y como cada uno de ellos forma con sus sucursales y agencias una sola persona jurídica, basta la comunicación al gerente general de la institución, que es su representante legal.

"La excepción sería que se embargaran los saldos de la principal o de una de sus sucursales, especificándolos claramente, casos en los cuales es indudable que no podría extenderse la orden a otras sucursales u oficinas.

"Además, los jueces ordinariamente carecen de tiempo para indagar cuáles son las sucursales y agencias de los bancos y ofi

ciar a cada una de ellas, por lo cual se dingen al gerente para que allí se dé aviso a todas las oficinas en que existan cuentas embargadas (sic.)"[29].

Gracias a la sistematización de las entidades financieras se puede saber rápidamente el estado de cuenta de cualquier cliente, lo que justifica aún más el procedimiento de embargo mediante informe al representante legal de la entidad, tal como lo sugiere la circular de la Superintendencia Financiera, de modo que cuando el denunciante de bienes desconoce de manera precisa en qué sucursal o agencia es que se halla la cuenta basta enviar un solo oficio a cada banco.

2.1.8. *Embargo de derechos proindiviso en bienes muebles*

El num. 1 del art. 593 dice que el embargo respecto de bienes muebles, "se comunicará a los otros copartícipes, advirtiéndoles que en todo lo relacionado con aquellos deben entenderse con el secuestre". Es decir debe llevarse a cabo la diligencia de secuestro; el secuestre ocupará la posición que tiene el comunero embargado, lo cual pone de presente que no puede pretender una posición excluyente o dominante respecto del bien, pues únicamente tiene las atribuciones que frente al mismo tendría el comunero.

No se dice nada sobre los bienes inmuebles porque su embargo se practica en la forma prevista en el num. 1, es decir, remitiendo al registrador de instrumentos públicos y privados el oficio

29 Superintendencia Bancaria, *Doctrinas y conceptos*, Bogotá, Biblioteca del Banco Popular, t. m, 1978, pág. 209. En el concepto 2010 071554-001 de 22 de Noviembre de 2010 se actualizan esas directrices.

de embargo de los derechos del comunero, por cuanto al tratarse de derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles éste debe ser el procedimiento.

Estimo que en el caso de los inmuebles, una vez perfeccionado el embargo, es posible solicitar la diligencia de secuestro, la cual se llevará a cabo de manera similar a como se procede para la de los bienes muebles, antes advertida, de manera que no va a implicar despojo o desconocimiento del derecho de los restantes comuneros.

2.1.9. *La forma contemporánea de practicar embargos*

El parágrafo primero del art. 593 señala: "En todos los casos en que se utilicen mensajes electrónicos, los emisores dejarán constancia de su envío y los destinatarios, sean oficinas públicas o particulares, tendrán el deber de revisarlos diariamente y tramitarlos de manera inmediata", innovación con la que se presta un valioso servicio a la economía procesal, pues basta que el juez o funcionario autorizado para decretar el embargo remita la orden vía correo electrónico, la que una vez recibida por el registrador respectivo le permitirá de inmediato proceder a lo que sea pertinente, eliminándose de esta manera el arcaico sistema imperante y cerrándose una fuente de malas prácticas en las secretarías de los despachos, donde se incentiva a los encargados de elaborar los oficios para su pronta elaboración, en peijuicio de quienes así no proceden.

3. EL SECUESTRO DE BIENES

A diferencia del embargo, el secuestro sí está definido en la ley. El art. 2273 del C. C. señala que: "El secuestro es el depósito

de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor" y el art. 2276 del C. C. agrega que el secuestro judicial se constituye por decreto del juez y no ha menester otra prueba.

El secuestro implica la aprehensión material de los bienes y la restricción a la posesión o tenencia que en ellos exista, porque los bienes pasan al secuestre, quien será su tenedor con fines de conservación y, de ser el caso, administración y producción de ellos. Es más, si las cosas se dejan en poder de la persona a quien se le secuestraron, los tendrá en calidad de depositario o arrendatario a órdenes del secuestre, sin que en nada se menoscabe o afecte la medida.

El secuestro como medida cautelar es uno solo, pero por su origen he elaborado, con fines didácticos pero atendiendo a la forma como se presenta en la práctica, una clasificación que, si se tiene clara, permite distinguirlo fácilmente del embargo y es así como mirando su finalidad clasifico el secuestro como autónomo, perfeccionador y complementario.

El secuestro autónomo, como su nombre lo indica, no requiere estar precedido de una orden de embargo. Busca la aprehensión material del bien sin ponerlo fuera del comercio. Un claro ejemplo de esa modalidad de secuestro se halla en el evento previsto en el art. 590, num. 1 del CGP que prevé el secuestro de los inmuebles afectados por la inscripción de la demanda perfeccionada con anterioridad luego de fallo favorable de primera instancia.

Bien se observa que en este caso el secuestro opera por sí mismo, pues no perfecciona ni complementa un embargo previo.

El secuestro perfeccionador del embargo es el contemplado en el num. 3 del art. 593 y tiene como nota esencial y relevante la de estar precedido por una orden de embargo cQntenida en la respectiva providencia judicial que, como ya se explicó, se materializa mediante el secuestro.

En efecto, el juez que ha decretado el embargo señala fecha para adelantar la diligencia de secuestro, que de poderse llevar a cabo perfecciona el embargo retirando los bienes del comercio, aspecto que lo diferencia del secuestro autónomo en el que tal consecuencia no se produce precisamente por no estar precedido de la orden de embargo.

Por eso, si de lo que se trata es de embargar bienes muebles no sometidos a registro, que están en determinado lugar, como los enseres de una casa o unos semovientes, bien se ve que es imposible que la simple comunicación produzca efectos, razón por la cual sé requiere de una actuación que permita la efectividad de la orden del juez y la constituye precisamente el secuestro perfeccionador del embargo.

Esta modalidad de secuestro siempre está precedida de la orden de embargo cuya efectividad queda condicionada a la práctica de aquel: el juez dicta una providencia en la cual decreta el embargo y señala fecha para llevar a cabo la diligencia de secuestro, que de ser exitosa permite al juez declarar legalmente embargados los bienes, y no sólo secuestrados como sucede en los secuestros autónomo y complementario; bien se observa en

esta hipótesis que el embargo previamente decretado queda condicionado en lo que a su efectividad concierne, a que se lleve a efecto el secuestro y por eso es que al declarar secuestrados los bienes además, ipso jure, quedan embargados, de ahí el nombre de secuestro perfeccionador.

Hay secuestro complementario cuando no obstante haber operado el embargo y quedar el bien afectado por él fuera del comercio, se requiere de una medida cautelar adicional y complementaria cuyos fines son los de garantizar su integridad física y, además, que quien lo adquiera en remate tenga la seguridad, especialmente si se trata de inmuebles, que se le hará entrega material del bien. Es decir, se busca dar seriedad a las ventas forzadas hechas a través de la administración de justicia. Es un ejemplo clásico de esta modalidad de secuestro el previsto en el art. 448 del CGP, que dispone que para decretar el remate es necesario que, salvo excepciones, los bienes inmuebles embargados también estén secuestrados.

Bien se observa que en este caso el Secuestro no perfecciona el embargo, que al ser registrado cumple su finalidad, pero es complementario del embargo debido a que mientras este garantiza la titularidad jurídica respecto del bien, el secuestro lo hace con relación a su disponibilidad material que garantiza su uso y disfrute.

Adicionalmente es complementario, porque mientras el embargo asegura la inmovilización en la titularidad de los derechos reales constituidos sobre el bien sometido a registro, es decir asegura la integridad jurídica del bien, el secuestro complementa la cautela garantizando la integridad física del mismo.

Cuando se decreta una diligencia de secuestro, trátese de secuestro autónomo, perfeccionador o complementario y sea cual fuere el tipo de proceso que se adelante, la diligencia siempre será idéntica y se rige por los lineamentos contenidos en el CGP en materia de su práctica y eventuales oposiciones, tema que se analizará con detenimiento en este capítulo, de ahí que, lo reitero, esta clasificación tiene fines puramente didácticos y no la hace la ley.

Corresponde emprender el análisis de la regulación atinente a la práctica del secuestro y las vicisitudes que entraña dicha diligencia.

3.1. *Práctica de la diligencia de secuestro. Sus vicisitudes*

Sin importar la clase de secuestro de que se trate ni el proceso donde se practique, han de seguirse los lineamentos previstos en los arts. 595 y 596 del CGP para llevar a cabo el mismo.

Según el artículo 595 num. 1, el juez mediante un auto señalará "fecha 'y hora para la diligencia y se designará secuestre que deberá concurrir a ella, so pena de multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos mensuales".

Este auto se puede proferir, cuando se trata de proceso de ejecución, antes de la notificación del mandamiento de pago, o posteriormente y en todo caso en cualquier proceso y en cualquiera de sus etapas, sólo se notifica a la parte que solicitó la medida, pues la contraparte no debe enterarse cuándo se va a llevar a cabo la diligencia, porque podría hacer nugatoria su efectividad.

Se debe erradicar la malsana práctica judicial según la cual, desconociendo el art. 298 del CGP[30], se notifica la determinación por igual a las partes cuando ésta se produce luego de iniciado el proceso, argumentando que toda notificación debe ser común.

Idéntica restricción en materia de notificaciones opera para el juez comisionado y es por eso que debe abstenerse de hacer conocer la providencia que señala fecha para la práctica de la respectiva diligencia, ejemplo el secuestro, a la parte contraria y únicamente debe hacerla saber al interesado en su práctica.

Agrega el numeral 1 que: "Aunque no concurra el secuestre la diligencia se practicará si el interesado en la medida lo solicita para los fines del numeral 3", numeral que, a su vez, señala: "Cuando se trate de inmueble ocupado exclusivamente para la vivienda de la persona contra quien se decretó la medida, el juez se lo dejará en calidad de secuestre y le hará las prevenciones del caso, salvo que el interesado en la medida solicite que se le entregue al secuestre designado por el juez."

Pone de presente lo anterior que si el secuestre designado no comparece, en principio no será posible llevar a efecto la diligencia, salvo que se den dos circunstancias a saber: la primera, que el juez haga uso de la facultad que le otorga el art. 48 numeral 3 del CGP que dispone: "Si al iniciarse o proseguirse una diligencia faltaren los auxiliares nombrados, serán relevados por cualquiera de los que figuren en la lista correspondiente y esté en

30 El art. 298 indica: "(...) las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete" y se adiciona en el inciso tercero que: "La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada."

aptitud para el desempeño inmediato del cargo. Esta regla no se aplicará respecto de los peritos."; y la segunda, cuando se trata de secuestrar un inmueble destinado a vivienda de la persona contra quien se decretó la medida, evento en el cual si es del caso ordenar el secuestro se dejará como secuestre a dicha persona, es decir se lleva a cabo la diligencia sin despojo, de modo que en tal hipótesis no es menester designar secuestre.

Empero, destaco que si en este evento el interesado en la medida "solicita que se le entregue al secuestre designado por el juez", si no hay secuestre presente no se lleva a cabo la diligencia hasta que no se logre la presencia de uno.

Si lo hay y es del caso decretar el secuestro se entrega el bien al secuestre, pero sin despojar al ocupante, quien quedará como depositario.

Se cumple así la finalidad de la norma de proteger provisionalmente el derecho a la vivienda del ocupante respecto del cual se decretó la medida, pero se entiende que, si como resultado del proceso el bien secuestrado debe ser entregado, hasta ahí llega ese amparo.

Un ejemplo ilustra lo anterior: si en un proceso ejecutivo se decreta el embargo del inmueble propiedad del deudor y que destina a su propia vivienda, de decretarse el secuestro queda el deudor como secuestre y por eso se le hacen las prevenciones legales acerca de su nueva calidad, el deber de cuidar el bien, protegerlo en su integridad, entregarlo a quien en un futuro ordene el juez etc. etc.

No obstante, puede suceder que quien pidió la medida solicite que se le entregue al secuestre designado y en este evento, sin ocasionar despojo, el secuestre será el responsable de vigilar que se den esas medidas de protección y cuidado respecto del bien y evitar que sea el mismo depositario quien atente en contra del mismo[31].

Llegado el juez al sitio de práctica del secuestro, debe informar acerca del objeto de la diligencia para que se le permita el acceso en orden a realizarla; en este evento tiene aplicación el art. 112 del CGP debido a que el decreto de secuestro contiene tácitamente la orden de allanamiento, por eso si hay imposibilidad de ingresar al lugar o si sus moradores se oponen o no se encuentran, procede el ingreso aún en contra de la voluntad de los habitantes, como también si no se encuentra a persona en el lugar, de ahí que mal proceden los jueces cuando se niegan a llevar adelante la diligencia so pretexto de que nadie se halla.

El juez, luego de informar el objeto de la diligencia, procede primero a identificar los bienes objeto de la medida. Si se trata de secuestrar un inmueble, debe hacer su reconocimiento para verificar que coinciden los linderos y demás especificaciones, aspecto frente al cual aplica el art. 308 del CGP, que le permite al juez no recorrer y verificar en detalle todos los linderos "cuando no le quede duda acerca de que se trata del mismo bien", práctica de particular utilidad cuando lo que se va a secuestrar son inmuebles sometidos a régimen de propiedad horizontal donde los linderos son dispendiosos de verificar, de modo que si el juez o co

31 Es frecuente el caso de que el propietario del bien ante la inminencia de su pérdida procede a desmantelarlo para entregar "el cascarón", de lo cual es vivido ejemplo la ya clásica película de Sergio Cabrera, *"La Estrategia del Car*

misionado tienen la certeza de que el bien que se va a secuestrar es el mismo que se embargó, podrán prescindir de la engorrosa verificación completa de linderos.

La facilidad que otorga la disposición que comento no significa que pueda el juez proceder a identificar el bien sobre la base exclusiva de aseverar que los linderos corresponden pero sin intentar una aproximación sobre el terreno a ellos, pues si bien es cierto se aplica para esta medida cautelar lo previsto en el art. 308, no puedo desconocer que la razón de ser de dicha norma, prevista en principio para la diligencia de entrega, es que parte de la base de que como se trata de culminar una actuación judicial, es posible que el juez haya estado ya en el bien, ejemplo practicando una inspección judicial, lo que usualmente no acontece con la de secuestro, de donde surge el deber del juez de identificar de la mejor manera posible el bien, aun cuando sin llegar a los extremos que algunos requieren de recorrer metro a metro sus linderos.

Algunos abogados que han hecho en el ejercicio de la profesión una especialización, el poner todo tipo de trabas a la práctica de las diligencias de secuestro, no vacilan en utilizar las más variadas e ingeniosas maniobras para tratar de impedir el éxito de la diligencia y exigen cuando se trata de secuestrar inmuebles sometidos a propiedad horizontal que el juez identifique centímetro a centímetro sobre la base de los minuciosos linderos de esta clase de propiedad. Es precisamente en estos casos donde debe operar el carácter del juez y el criterio por el que propugna la disposición para tener por identificado el respectivo bien.

Si es necesario decretar el secuestro por no existir ninguna oposición, o no prosperar la presentada, los bienes se entregarán al secuestre detallando con el mayor rigor posible la naturaleza, clase y estado, así como las demás circunstancias que puedan identificarlos tales como marcas, números de serie, modelos, etc. cuando se muebles se trata.

Este aspecto merece especial comentario, pues es práctica generalizada en nuestro medio la de llevar a cabo la medida sin dejar constancia expresa sobre el estado de los bienes, limitándose a referencias vagas como: “aparente buen estado exterior pero sin comprobar su funcionamiento”. Ello da lugar a que se cometan abusos, pues a los bienes se les deteriora sin que se pueda demandar al secuestre que los utiliza indebidamente o los guarda de manera descuidada. Los funcionarios deben precisar en la mejor forma posible su estado, incluyendo, obviamente, el de su funcionamiento, especialmente, cuando se trata de electrodomésticos y automotores.

De acuerdo con el numeral 6 del art. 595, “ Salvo lo dispuesto en los numerales siguientes y en el artículo 51, el secuestre depositará inmediatamente los vehículos, máquinas, mercancías, muebles, enseres y demás bienes en la bodega de que disponga y a falta de ésta en un almacén general de depósito u otro lugar que ofrezca plena seguridad, de lo cual informará por escrito al juez al día siguiente, y deberá tomar las medidas adecuadas para la conservación y mantenimiento. En cuanto a los vehículos de servicio público, se estará a lo estatuido en el numeral 9.”

Propugno por que en los municipios en donde haya almacenes generales de depósito se lleven los bienes secuestrados;

se podrían establecer unas tarifas reducidas por la prestación del servicio, gasto que se ve compensado con lo que se deja de pagar por honorarios al secuestre y por la seguridad de que los bienes se podrán rematar a mejores precios; además sabe el deudor que si paga se le restituirán en buen estado y que si se van a rematar igual cosa sucederá en beneficio de las dos partes.

3.1.2. *La práctica del secuestro de establecimientos de comercio o empresas industriales o mineras*

La regula el numeral 8 del art. 595 del CGP, norma que prescribe en el inciso primero que: "Cuando lo secuestrado sea un establecimiento de comercio, o una empresa industrial o minera u otra distinta, el factor o administrador continuará en ejercicio de sus funciones con calidad de secuestre y deberá rendir cuentas periódicamente en la forma que le señale el juez. Sin embargo, a solicitud del interesado en la medida, el juez entregará la administración del establecimiento al secuestre designado y el administrador continuará en el cargo bajo la dependencia de aquél, y no podrá ejecutar acto alguno sin su autorización, ni disponer de bienes o dineros.

Inmediatamente se hará inventario por el secuestre y las partes o personas que éstas designen sin que sea necesaria la presencia del juez, copia del cual, firmado por quienes intervengan, se agregará al expediente."

En cuanto al secuestro de establecimientos comerciales o industriales cuando se denuncia la universalidad jurídica, es decir todo el establecimiento, la norma señala que puede seguir con la función de tal "el factor o administrador", circunstancia que esti

mo será de rara ocurrencia debido a que se faculta a quien pidió la medida para pedirle al juez que designe un secuestre quien en este caso de simple depositario de los bienes, pasa a ser coadministrador porque lo que se pretende es no paralizar la producción, a fin de asegurar mayores ventajas para demandante y demandado; por eso el secuestre no debe permitir que se suspendan las actividades y actuará como director del establecimiento o empresa, obviamente buscando la asesoría adecuada del gerente, factor o administrador quien será su dependiente.

No se debe confundir esta modalidad de secuestro, en que se secuestra todo el establecimiento, con la denuncia aislada de bienes, sujeta a las reglas generales mencionadas. Si, por ejemplo, el demandante denuncia para el secuestro una máquina de escribir y una calculadora y no el establecimiento, no pueden aplicarse la disposición que analizo.

Si se denuncia la totalidad del establecimiento, le basta al juez describirlo en términos generales, pues el detalle de los bienes se hará en un inventario que debe, posteriormente a la diligencia, elaborarse con la colaboración del secuestre y las personas que las partes designen; una vez finalizado se allegará para que obre dentro del expediente.

Si se trata de embargar como tales establecimientos de comercio inscritos en la Cámara de Comercio, para practicar su secuestro, que en este caso es complementario, primero debe realizarse el embargo oficiando a la correspondiente Cámara de Comercio, tal como lo prevé el art. 28, nums. 6 y 8 del C. de Co., el segundo de los cuales señala que tratándose de "los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación esté

sujeta a registro mercantil" es menester su inscripción en el registro mercantil, momento a partir del cual queda fuera del comercio y, por ende, su enajenación o gravamen constituye objeto ilícito.

Pero en lo que tiene que ver con mobiliario, mercancías, créditos y demás activos es menester realizar el secuestro de conformidad con las modalidades analizadas, por ser la única forma de lograr la real afectación de tales bienes, ya que la medida en abstracto ningún efecto tiene frente a la integridad de los bienes.

Si el establecimiento de comercio no está registrado, considero que allegando la certificación de la Cámara de Comercio en tal sentido, se procederá de inmediato a llevar a cabo la diligencia de secuestro, siguiendo los lincamientos prescritos,

3.1.3. *El embargo y secuestro de vehículos automotores*

Una ardua polémica existió frente al interrogante atinente a si respecto de automotores se estaba frente a un bien sometido a registro para el perfeccionamiento de los actos de disposición o gravamen respecto de ellos y a la par que unos sostenían que los automotores eran bienes sometidos a registro y, por ende, debía procederse a su embargo como se acostumbra para bienes de esa naturaleza, otros, dentro de los que me conté, advertíamos que era la legislación propia del embargo para muebles la que debía ser aplicada, es decir, perfeccionar el embargo con la medida de secuestro, por estimar que no eran bienes de esa índole.

La ley 769 de agosto 6 de 2002, Código Nacional de Tránsito Terrestre, pone fin al conflicto al crear en el art. 46 el Registro Nacional AutomotQr y determinar en el art. 47 que "La tradición

del dominio de vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente, quien lo reportará al Registro Nacional Automotor en un término no superior a quince días. La inscripción ante el organismo de tránsito deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la adquisición del vehículo"[32].

Es claro, entonces, que el secuestro del vehículo automotor debe estar precedido del perfeccionamiento del embargo del mismo y acreditado ante el juez con la correspondiente constancia de la oficina de tránsito respectiva, en su práctica se deben tener presente los numerales 6 y 9 del art. 595 del CGP, en lo que se prescribe que dispone en su inciso segundo que si se van a secuestrar: "vehículos de servicio público, se estará a lo estatuido en el numeral 9.", numeral que, a su vez se remite al inciso primero del numeral 8, con lo que queda vigente la posibilidad antes estudiada respecto de establecimientos mercantiles en lo concerniente con vehículos de servicio público, que según el art. 2 de la ley 769 de 2002 es el "Vehículo automotor homologado, destinado al transporte de pasajeros, carga o ambos por las vías de uso público mediante el cobro de una tarifa, porte, flete o pasaje."

Adiciona el numeral 6 del art. 595 que: "No obstante, cuando se trate de vehículos automotores, el funcionario que realice la diligencia de secuestro los entregará en depósito al acreedor, si éste lo solicita y ha prestado, ante el juez que conoce del proceso,

32 El referido registro hace parte de lo que el art. 8 del Código Nacional de Tránsito denomina RUNT *{Registro Unico Nacional de Tránsito),* del que forma parte el registro de automotores (también se mencionan, entre otros varios registros, el de conductores, empresas de transporte, licencias de tránsito).

caución que garantice la conservación e integridad del bien. En este caso, el depósito será a título gratuito.",

Se consagra una especial modalidad de secuestro respecto de vehículos automotores pues si bien es cierto la diligencia se lleva a efecto y se entrega el bien al secuestre designado, caso de que el acreedor opte por prestar caución y solicitar que se le deje como depositario del bien, el secuestre está en obligación de entregarle la tenencia en depósito a título gratuito, lo que no conlleva una dación en pago, sino que sea el solicitante de la medida quien lo custodie, posibilidad que tiene su explicación en que, infortunadamente, cuando un secuestre recibe este tipo de bienes, usualmente los destina para su particular uso, indebida conducta difícil de controlar en la práctica.

En el parágrafo del art. 595 se consagra otra disposición especial para automotores al disponer que: "Cuando se trate del secuestro de vehículos automotores, el juez comisionará al respectivo inspector de tránsito para que realice la aprehensión y el secuestro del bien.", norma que derogó el parágrafo del art. 206 del Código Nacional de Policia al disponer: "Los inspectores de policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces".

3.2. *La oposición a la diligencia de secuestro*

Como siempre será menester respetar los derechos de terceros poseedores o tenedores por cuenta de estos, se consagra en el art. 596 del CGP lo concerniente con la oposiciones a la efectividad de esta medida cautelar y es así como en el numeral 2 se indica que este tema se regula por lo indicado para la diligencia

de entrega al disponer: " A las oposiciones se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en relación con la diligencia de entrega."[33].

En el numeral 1 del art. 596 se adiciona: "Situación del tenedor. Si al practicarse el secuestro los bienes se hallan en poder de quien alegue y demuestre título de tenedor con especificación de sus estipulaciones principales, anterior a la diligencia y procedente de la parte contra la cual se decretó la medida, ésta se llevará a efecto sin peijudicar los derechos de aquél, a quien se prevendrá que en lo sucesivo se entienda con el secuestre, que ejercerá los derechos de dicha parte con fundamento en el acta respectiva que le servirá de título, mientras no se constituya uno nuevo."

Con relación a esta norma, destaco que no puede calificarse como tercero a quien pide se le respete su derecho de tenencia derivado de convención anterior a la diligencia proveniente de persona contra quien se decretó la medida, precisamente por esa ostensible razón: emana su derecho de la persona contra la que se decretó el secuestro; no obstante merece protección la relación jurídica de tenencia proveniente de negocio anterior a la diligencia, circunstancia que se tiene que demostrar sumariamente el tenedor, es decir, por medio de una pmeba que acredite fehacientemente la relación y que no ha sido controvertida.

En este caso, el secuestro se llevará a cabo pero "sin perjudicar los derechos de aquel, a quien se prevendrá que en lo sucesivo se entienda con el secuestre, que ejercerá los derechos

33 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Código General del Proceso,* Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2016, páginas 716 a 732 en las que explico con detalle las diversas posibilidades de oposición para la diligencia de entrega que son las mismas de las del secuestro.

de dicha parte con fundamento en el acta respectiva que le servirá de título mientras no se constituya uno nuevo".

Esta hipótesis, como se advierte, en estricto sentido no es de oposición al secuestro, pues no busca evitarlo sino practicarlo con la especial modalidad de no ocasionar despojo al tenedor.

Sería el caso del arrendatario de un inmueble cuyo contrato se celebró antes de la diligencia (requisito de Perogrullo, pues es bien claro que el título no puede ser ni coetáneo y mucho menos posterior a la diligencia). No busca impedir el secuestro, sino que el "opositor" pueda conservar el bien en la calidad que demostró, por ejemplo, la de arrendatario o comodatario, respetándose el contrato en las condiciones inicialmente pactadas pero teniendo como nuevo arrendador al secuestre, quien ejercitará sus derechos con la copia del acta y podrá exigir que se suscriba un nuevo contrato con él.

El numeral 3 del art. 596 cumple una destacada función pues a más de ser norma que permite precisar las diferencias entre embargo y secuestro, señala que "Levantado el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro quedará insubsistente el embargo.", lo cual es lógico pues en este evento el secuestro es perfeccionador del embargo, de modo que si se levanta el mismo cae el embargo.

Empero, adiciona la norma que: "Si se trata de bienes sujetos a aquél embargados en proceso de ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto favorable al opositor, que levante el secuestro, o se abstenga de practicarlo en razón de la oposición, podrá el interesado expresar que insiste en

perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, caso en el cual se practicará el correspondiente avalúo; de lo contrario se levantará el embargo."

En efecto, si se trata de bienes sometidos a registro como sucede con los inmuebles, ya se ha visto que el embargo y el secuestro son medidas totalmente independientes y que éste último constituye apenas un complemento de aquel pero no su perfeccionamiento, de ahí que puede acontecer que sobre uno de estos bienes subsista el embargo más no el secuestro, tal como sucede cuando el ejecutado tiene la titularidad del derecho de dominio pero no la posesión material.

Es así como esta disposición consagra una excepción a la regla general de que para rematar un bien sometido a registro, especialmente si se trata de inmuebles, el bien debe estar embargado y secuestrado ya que, en la hipótesis final, la norma transcrita permite el remate de un bien sometido a registro con el solo embargo.

Según el artículo 448 del CGP, para poder rematar bienes sometidos a registro además del embargo es menester que se hallen secuestrados, medida que se adopta para garantizar a los adquirentes en el remate que se les hará entrega material del bien. Pero el legislador es consciente que en ocasiones puede resultar imposible perfeccionar el secuestro, por mediar derechos de terceros poseedores, de ahí la excepción que se consagra.

Si se hubiere optado por la solución dada al caso de los muebles, decretar de inmediato el desembargo, se desconocería que el derecho de dominio sin posesión material constituye parte

del activo patrimonial con significación económica importante. Por eso se dejó al ejecutante la posibilidad de evitar el levantamiento del embargo manifestando "que persigue los derechos que el demando tenga en ellos".

Un ejemplo ilustra lo que quiero significar. Luis inicia proceso de ejecución en contra de Pedro y embarga una casa de propiedad de éste. Cuando se adelanta la diligencia de secuestro se presenta María, quien se opone alegando la calidad de tercera poseedora, oposición que triunfa. Si Luis insiste en la diligencia se deja a María como secuestre y se adelanta el trámite, y como culminación del mismo el juez ordena levantar el secuestro, porque de nuevo da la razón a María. Entonces, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que levanta el secuestro, podrá el ejecutante manifestar que persigue los derechos del demandado en el inmueble, es decir, el derecho real de dominio, pues a nadie escapa que el propietario no pierde su carácter aun cuando no sea poseedor material; obviamente la significación económica del bien será iqenor, razón por la que la disposición autoriza un nuevo avalúo, si ya se había realizado el mismo sin considerar la circunstancia advertida.

La misma posibilidad existe cuando el que pidió la diligencia, frente a una oposición triunfante, no insiste en el secuestro, evento en el cual será dentro de los tres días siguientes a aquella así deberá manifestarlo al juez del conocimiento, sin que importe para nada si éste fue quien lo practicó o si lo hizo un comisionado, de ahí la importancia de ejercitar este derecho ante el juez del conocimiento dentro de los tres días siguientes a la diligencia, aun

en el caso de que ésta la haya adelantado un juez comisionado y el despacho comisorio, como sería lo usual, no se haya recibido.

Ciertamente, debemos cuidamos, en caso de que la diligencia la practique un funcionario comisionado, de computar el plazo tan sólo a partir del proferimiento del auto que ordena agregar el despacho comisorio al expediente debido a la inocultable precisión del plazo para ejercitar el derecho so pena de que pre- cluya la oportunidad, "tres días siguientes a la ejecutoria del auto favorable al opositor, que levante el secuestro o se abstenga de practicarlo", donde, como se observa, no se considera para nada la posibilidad de que quien llevó a efecto la diligencia no sea el juez del conocimiento sino un comisionado.

En esta situación no se genera ningún peijuicio para quien adquiera en el remate, pues lo hace a sabiendas de que necesariamente tendrá que adelantar el correspondiente proceso posesorio o reivindicatorío. En suma, sabe lo que está adquiriendo.

4. LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE EMBARGO Y SECUESTRO

El artículo 597 del CGP es norma de carácter general aplicable a toda diligencia de embargo o secuestro que contempla diversas hipótesis en las cuales, luego de haber sido perfeccionada una de dichas medidas o las dos, es del caso dejarla sin efecto por presentarse una serie de circunstancias que imponen su inefectividad.

No obstante, algunas de las hipótesis planteadas en la norma citada tan sólo se refieren a embargos o secuestros dentro

de precisos y determinados procesos, tal como se desprende de la clara tipificación de unas especiales circunstancias, pero otras se predican indistintamente de cualquiera de la dos cautelas, independientemente de la clase de proceso donde se practicaron, como sucede, por ejemplo, con la causal octava atinente al tercero que no estuvo presente para oponerse.

Procede a continuación a estudiar los diversos eventos previstos en el artículo 597 del CGP:

1. Puesto que el embargo y el secuestro son medidas que el juez no puede tomar de oficio, salvo norma que excepcionalmente y de manera expresa le otorgue esa posibilidad, como sucede, por ejemplo, en el proceso ejecutivo destinado exclusivamente a dar efectividad a la garantía hipotecaria o prendaria del bien hipotecado o dado en prenda en el cual al proferir el mandamiento ejecutivo debe ordenar el embargo, resulta lógico que si lo pide quien solicitó la medida pueda prescindir de ella; es esta una modalidad legal de desistimiento específico de la medida, prevista en el art. 316 desi CGP.

Empero, si quien en proceso ejecutivo denuncia bienes para el embargo y secuestro es el demandado y con la petición de cesación de la medida el crédito que se cobra queda sin garantía, puede oponerse el demandante, quien posiblemente no ha denunciado bienes en consideración a esa circunstancia. De modo que en la hipótesis mencionada, en verdad rara, no obra unilateralmente ese derecho, como sí cuando quien solicita la medida es el demandante.

Agrega el numeral 1 del art. 597 que cuando haya litisconsortes, de cualquier naturaleza, pues la norma no cualifica si son necesarios, facultativos, y también cuando intervienen terceristas, la posibilidad de solicitar unilateralmente el cese del embargo o del secuestro por quien solicitó la medida, se ve restringido por cuanto es menester que todos lo soliciten o coadyuven la petición, lo cual se explica en razón de que en estas hipótesis las cautelas van en beneficio de todos los que están reconocidos para intervenir dentro del proceso, sin que interese que sólo un específico sujeto los haya solicitado y proveído para su práctica.

Recuérdese que cuando se trata de bienes embargados en proceso ejecutivo, en el cual está embargado el remanente, si se llega a hacer uso del derecho que establece el numeral 1 del art. 597 los bienes sobre los que recaiga la solicitud quedan a disposición del proceso donde se decretó el embargo del remanente, debido a que el artículo 466 del CGP así lo indica.

Si la medida cautelar de embargo o la de secuestro se practicó en proceso de sucesión, será menester que soliciten su prescindencia "todos los herederos reconocidos y el cónyuge sobreviviente[34]", lo cual pone de presente que así la solicitud y práctica de la cautela haya procedido tan sólo de uno de ellos, para poner fin a la misma no basta que quien la logró lo pida, pues en este caso deben coadyuvar la solicitud todos los restantes herederos reconocidos y el cónyuge o compañero permanente, dado que se asume que la medida no es en beneficio de un particular asignatario sino de todos.

34 Destaco que todo lo que se predica del cónyuge sobreviviente igualmente lo es del compañero permanente sobreviente.

2. Si se desiste de la demanda que originó el proceso, elemental circunstancia, pues si la medida preventiva, como pretensión cautelar que es, tiene carácter eminentemente accesorio, su efectividad depende de lo principal, de la existencia del proceso; de modo que si el proceso finaliza por desistimiento, de contera, la medida deja de tener efecto, salvo puntuales excepciones.

Las limitaciones explicadas en el caso del numeral anterior, cuando existen terceros, igualmente se predican de este evento, hipótesis en la cual se podrá aceptar el desistimiento de la demanda pero conservando vigencia la medida cautelar, lo que puede ocumr cuando existe acumulación de demandas o de procesos.

3. El numeral 3 del art. 597 regula otro caso de levantamiento del secuestro "Si el demandado presta caución para garantizar lo que se pretende y el pago de las costas.", lo que recoge lo indicado en el art. 590 numeral 1 que señala: "Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los peijuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo."

4. Los numerales 4 y 5 del art. 597 consagran dos casos similares: cuando se ordena levantar las medidas cautelares de embargo y secuestro en un proceso ejecutivo "por la revocatoria del mandamiento de pago o por cualquier causa" y si se absuelve al demandado en un proceso declarativo "o este

cualquier otra causa", aspectos que bien han podido regularse en un solo numeral por tratarse de medidas cautelares, que son accesorias por naturaleza.

Es así como el embargo o el secuestro se levantan cuando el proceso ejecutivo finaliza por revocatoria de mandamiento ejecutivo o por cualquier otra causa, como sería, por ejemplo, que prospere una excepción previa, se entiende de las que le ponen fin al proceso o una de mérito con igual consecuencia o porque se pagó la obligación y sus costas.

En el proceso declarativo se menciona la sentencia absolutoria, pero se deben también considerar casos tan claros como la finalización por transacción, el auto que declara sin valor el proceso cuando no se logra su reconstrucción, la terminación del proceso por muerte de uno de los cónyuges en el evento del divorcio o la separación de cuerpos o de bienes, la muerte del alimentario en los procesos de alimentos y la aplicación de la figura del desistimiento art. 317 del CGP entre otros casos.

5. Si el demandante "en proceso declarativo no formula la solicitud de que trata el inciso primero del artículo 306 dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que contenga la condena.", con lo que se pone de presente que si existe un proceso declarativo dentro del cual se había practicado un embargo o un secuestro, o las dos medidas, y el demandante no promueve la ejecución en el plazo citado, se deja sin efecto la medida, para lo cual no se requiere solicitud de parte y le basta al juez verificar que ha vencido el plazo señalado para disponer aún de oficio el correspondiente levantamiento de esta, pero con

siderando que la consecuencia no se da por ministerio de la ley, es decir que requiere de expresa declaración judicial.

Un ejemplo ilustra lo anterior: en un proceso verbal se profiere sentencia de primera instancia en el cual se condena al demandado a pagar una indemnización de mil millones de pesos; el demandante en uso de la facultad que le confiere el art. 590 embarga y secuestra diversos bienes del demandado. Apelada la sentencia es confirmada y queda ejecutoriada, por lo que a partir de ese momento y no de cuando regresa al inferior es que comienza a contarse el plazo de treinta días para iniciar la ejecución, de manera que si así no sucede el juez a quo decreta la terminación de esas cautelas.

Advierto que ésta circunstancia nada tiene que ver con la posibilidad de iniciar el ejecutivo pues el plazo antes mencionado es tan solo para mantener vigentes las medidas cautelares y no constituye motivo para que no pueda adelantarse el ejecutivo y denunciar bienes, incluso los mismos si aún están en cabeza del ejecutado.

En efecto, la posibilidad de que el demandante acuda a la ejecución de que trata el art. 306 del CGP no se menoscaba por el hecho de que no se inicie la misma dentro del plazo antes referido que no genera caducidad de la acción ejecutiva, sino la posibilidad de ponerle fin a las cautelas practicadas en el curso del proceso declarativo.

6. Se prevé en el numeral 7 del art. 590 un evento correlativo con el numeral 1 del art. 593 del CGP y es cuando el registrador inscribe un embargo no obstante que el bien no es de

propiedad de la persona contra la cual se decretó la medida, caso en el cual, de oficio o a petición de parte, se decretará su levantamiento; en esta hipótesis, donde está de por medio un claro error del registrador, igualmente sería procedente elevar petición en tal sentido directamente ante dicho funcionario para que corrija su falla administrativa, caso en el que comunicará al'juez lo pertinente, solución que veo aplicable si se estima que en este evento el juez debe ordenar aun de oficio esa cancelación.

Se destaca que en esta hipótesis la orden de terminación del embargo, caso de que además se haya practicado el secuestro, implica también la finalización de éste, pues se pudo secuestrar el bien sometido a registro gracias a que se había embargado.

Se ocupa el numeral que comento de excluir de esta posibilidad el evento del proceso ejecutivo en el que se busca exclusivamente la realización de la garantía real en el que, como antes se estudió el registrador puede inscribir el embargo así el demandado sea persona diferente de quien figure como titular del derecho real de dominio.

7. El numeral 8 del art. 597 consagra el incidente que puede adelantar un tercero que no estuvo presente la práctica de la diligencia de secuestro, lo estaba pero no contaba con los medios probatorios y prefirió guardar silencio o se opuso pero sin contar con la asistencia de abogado, para que se declare que terna la posesión material del bien cuando se cumplió la diligencia, posibilidad aplicable tanto a procesos de ejecución como a procesos declarativos, de sucesión, jurisdicción voluntaria, en suma, en cualquiera donde haya secuestro.

Se trata de una medida para defender los intereses de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y que, por lo tanto, no pudieron oponerse a la práctica de ella, o que estando no contaban con los elementos probatorios suficientes para acreditar una oposición y se abstuvieron de formularla, o lo hicieron pero no con el patrocinio de un abogado y se les negó su oposición, de modo que en este último caso lo que se busca es dejar sin efecto la providencia que negó la oposición, porque en todas estas hipótesis tiene cabida el trámite, debido a que la norma señala que: "También podrá promover el incidente el tercero poseedor que haya estado presente en la diligencia sin la representación de apoderado judicial, pero el término para hacerlo será de cinco (5) días."

Para que pueda operar esta medida es necesario que quien no se opuso a la práctica de la diligencia por cualquiera de los motivos señalados, o quien lo hizo con resultados negativos pero no estuvo asistido por abogado, promueva el incidente dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que aquella se llevó a efecto si la practicó el juez del conocimiento o a la notificación del auto que ordena agregar el despacho al expediente si fue un comisionado quien la practicó.

Si una persona realmente es la poseedora y por no haber estado presente el día de la diligencia no puede hacer valer sus derechos, es inusual que dentro de los veinte días hábiles siguientes no tenga el conocimiento de lo que ocurrió con los bienes de los que ostenta tal calidad, de ahí la razón de la norma, y si estuvo presente y no se opuso o lo hizo sin contar con la presencia de un abogado, aún con mayor razón y por eso el plazo es menor.

Que quede claro entonces que el plazo de los veinte días o de los cinco días es de caducidad y se cuenta en todo tipo de proceso incluyendo el de ejecución, de manera que vencido el mismo precluye el derecho a solicitar este trámite.

A quien pierde el incidente se le condena al pago de las costas y además por el solo hecho de perderlo, o sea sin que interese para nada entrar a calificar temeridad o mala fe, una multa de cinco a veinte salarios mínimos mensuales, lo que se estima puede ser un factor adicional para desestimular pretensiones de esa índole infortunadamente empleadas muchas veces con motivos dilatorios del proceso.

Finalmente advierto que para iniciar este incidente no es obligación prestar caución que específicamente garantice el pago de los perjuicios que con el mismo se ocasionen en caso de que se decida desfavorablemente para el que lo promovió por la sencilla razón de que la ley no la previo.

8. El incidente del tenedor que no estuvo presente en la diligencia

Si aplicáramos exegéticamente el num. 8 del art. 597 concluiríamos que como sólo se refiere al poseedor, el tenedor que no estuvo presente en la diligencia y cuyo derecho se ve conculcado como consecuencia de ella, no podría, en principio, adelantar el incidente.

Empero, considero que este incidente también lo puede adelantar ese tenedor pues, por clara analogía, debe aplicarse este numeral 8 al caso del tenedor que no estuvo presente y cuya tenencia no fue respetada; en este evento el secuestro no se levan

tará y se ordenará restituir la tenencia a dicho tercero, quien en lo sucesivo seguirá entendiéndose con el secuestre.

En efecto, si el objeto de la medida es garantizar los derechos de quienes pudiendo estar jurídicamente presentes en la diligencia de secuestro no lo están, de esa circunstancia no puede derivarse una serie de efectos nocivos para ellos, máxime si consideramos la índole sorpresiva que normalmente tiene. De ahí que si, por ejemplo, un arrendatario con título anterior a la fecha de iniciación del proceso no puede hacer valer sus derechos porque no estaba físicamente presente en el momento de la diligencia, o porque no tenía consigo las pruebas de esa calidad, y luego adelanta el incidente, no puede negársele esta posibilidad; lo contrario implicaría desconocer los derechos jurídicamente protegidos de los tenedores, so pretexto de la exegética interpretación que se basa en el numeral 8 que se refiere a los poseedores.

Sólo podrá tramitar autónomamente este incidente el tenedor que deriva sus derechos de una persona que es parte en el proceso, quien de haberse presentado en la diligencia, estaría en el caso del num. 1 del art. 596; porque si se trata de un tenedor que no se hace presente en el momento de la diligencia y que de haberlo estado se hubiera opuesto en nombre de un tercero poseedor, pierde la legitimación para promover el incidente por cuanto la iniciativa le compete directamente al poseedor a cuyo nombre detenta.

En efecto, la solicitud debe estar encaminada a que la diligencia de secuestro se lleve a efecto respetando los derechos del tenedor, quien busca así la protección directa de su interés derivado de un contrato de tenencia anterior al secuestro; por eso el

tenedor no está habilitado para promover directamente a nombre del poseedor la solicitud de levantamiento del secuestro, pues ya en este caso es el poseedor el único legitimado para hacerlo dado que la especial habilitación que se otorga al tenedor es únicamente para que se oponga en la diligencia de secuestro.

9. Otro evento de levantamiento de la medida cautelar es cuando exista un "embargo o secuestro anterior", previsto en el numeral 9 del art. 597 con lo cual se reafirma la orientación del estatuto procesal acerca de que únicamente, salvo excepcionales situaciones, puede subsistir respecto del mismo bien una sola cautela de embargo.

Significa la disposición que si se llega a efectuar por doble vez el embargo del mismo bien prevalece el que primero se llevó a efecto y, de plano, debe levantarse el segundo, excepción hecha de la hipótesis ya explicada del art. 468 respecto del segundo embargo decretado dentro de un ejecutivo con título hipotecario.

10. El numeral 10 del art. 597 permite el levantamiento de las medidas cautelares de embargo "Cuando pasados cinco (5) años a partir de la inscripción de la medida, no se halle el expediente en que ella se decretó. Con este propósito, el respectivo juez fijará aviso en la secretaría del juzgado por el término de veinte (20) días, para que los interesados puedan ejercer sus derechos. Vencido este plazo, el juez resolverá lo pertinente. "

El alcance de esta disposición requiere de una especial explicación para efectos de dejar sentados los derroteros que permiten acudir a ella e impedir que se convierta en una forma indebida de hacer cesar los embargos.

No son extraños los casos en los que en los controles regístrales, en especial de bienes inmuebles y de automotores, aparecen inscritos embargos vigentes con una antigüedad mayor de cinco años; cuando se trata de ir al despacho que los ordenó, no es posible hallar el expediente donde se decretó la medida, circunstancia de la que debe dar fe el secretario con el correspondiente informe, por ser el encargado de la custodia del archivo del juzgado, lo que habilita al "interesado", que no necesariamente debe ser la parte contra quien se decretó el embargo o sus causahabientes, para pedirle al juez que por aplicación de esta norma lo levante.

Debe el juez, se entiende el que decretó la medida, previamente ordenar que se informe de la solicitud mediante aviso que debe estar fijado en la secretaria del juzgado por veinte días, vencidos los cuales "resolverá lo pertinente", o sea que posiblemente dispondrá la terminación de la medida cautelar, siendo este uno de los eventos en los que no es menester que se haya notificado el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, por expreso señalamiento del inciso segundo de este numeral que comento.

11. El numeral 11 del art. 597 señala como evento final de levantamiento del embargo: "Cuando el embargo recaiga contra uno de los recursos públicos señalados en el artículo 594, y este produzca insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado, el Procurador General de la Nación, el Ministro del respectivo ramo, el Alcalde, el Gobernador o el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrán solicitar su levantamiento."

Esta norma que se refiere a los recursos públicos mencionados en el art. 594 concierne con los señalados en los numerales 1, 3 y 16 de dicha disposición y genera la incertidumbre de precisar el alcance de la expresión "insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado", expresión vaga e imprecisa, que empieza por la dificultad de señalar a quien corresponde esa calificación, pues no basta que uno de esos funcionarios lo solicite, sino que se acred ite la circunstancia, de ahí que será el criterio del juez el que determine si aplica o no la norma y debe ser desechada la idea de que por el solo hecho de provenir de uno de esos altos funcionarios la petición, esta debe ser despachada favorablemente.

Para culminar este aparte destaco que el inciso tercero del numeral 10 del art. 597 destaca que: "Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5, y 8 del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y peijuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa.", y adiciona en el siguiente que "En todo momento cualquier interesado podrá pedir que se repita el oficio de cancelación de medidas cautelares.", con lo cual se pone coto a la práctica de algunos juzgados que se negaban a repetir el oficio pretextando que este solo se podía dar por una vez.

También menciono que el parágrafo de esta norma indica que las causales 1, 2, 5, 7 y 10 igualmente se aplican para lograr la terminación de inscripciones de la demanda que se hallen en similares condiciones.

5. BIENES QUE NO PUEDEN EMBARGARSE NI SECUESTRARSE

Por diversas consideraciones, como la protección de la cosa pública, el evitar peijuicios a la comunidad, reconocer el valor afectivo de ciertos bienes o privar a un ejecutado de lo estrictamente necesario para una decorosa subsistencia, el art. 594, que desarrolla lo señalado en el artículo 1677 del C. C.[35], prevé dieciséis hipótesis de bienes inembargables, advirtiéndose que no son las únicas, porque la norma apenas hace una enumeración y que otras leyes especiales también dan carácter de inembargable a ciertos bienes.

Como ejemplo de las disposiciones que consagran casos adicionales de inembargabilidad, cito el numeral 4 del art. 126 del Estatuto Financiero que en cumplimiento del inciso 4o del art. 29 del decreto 2349 de 1965 dispone la inembargabilidad hasta cierto monto, de los depósitos de ahorro constituidos en las

35 El art. i677 del C. C. dispone: "La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. No son embargables: 1. Subrogado. L. 11/84, art. 3o. No es embargable el salario mínimo legal o convencional. 2. El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas. 3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor. 4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección. 5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado. 6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual. 7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes. 8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente. 9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación."

cajas de ahorro y en las secciones de ahorro de los bancos", límite que periódicamente se reajusta; también el art. 63 de la C.P., que señala la inembargabilidad de los "bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación", aspecto éste último que se reitera en el art. 72 de la Carta al referirse de nuevo al "patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional" como inembargables y que se desarrolla en el artículo 10 de la ley 397 de 1997 donde se indica que: "Los bienes de interés cultural que conforman el patrimonio cultural de la Nación, que sean propiedad de las entidades públicas, son inembargables, imprescriptibles e inalienables".

Paso a estudiar los casos previstos en el art. 594 del CGP.

1. Son inembargables los bienes de uso público, es decir, aquellos cuyo "uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes" (C. C., art. 674), y que por no estar en el comercio y tener tan importante finalidad social tampoco pueden ser objeto de secuestro; otros bienes, también a cargo de entidades de derecho público, llamados genéricamente bienes fiscales, tienen un régimen de embargo, en ocasiones restringido, en veces idéntico al de todo bien embargable, como se verá.

2. Según el numeral 1 del art. 594 se predica la inembargabilidad de "Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social."

Es de resaltar que el decreto 111 de 1996, en su artículo 19, señala que "Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman", adicionando el inciso tercero que "Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4o del título XII de la Constitución Política", con lo que se deja nítidamente sentado que el denominado "situado fiscal" o sea el porcentaje de los ingresos de la Nación que se cede a departamentos, distritos y municipios de que trata el art. 356 de la C.P, es inembargable, con ciertas precisas excepciones que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado al destacar que cuando se ha efectuado un contrato destinado a cumplir con la atención de los servicios para los que se hizo la transferencia "el contratista puede acudir al proceso ejecutivo y obtener el embargo de tales recursos[36].

3. Inembargables son "Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.", norma'"que otorga protección a pequeños ahorradores personas naturales, motivo por el cual estimo que la inembargabilidad no se predica de las cuentas de ahorros de personas jurídicas.

Periódicamente el gobierno señala el límite máximo hasta donde se extiende el privilegio, que no tiene aplicación en los casos de que se trata de cobrar créditos por alimentos, lo que refuerza la interpretación acerca de cuáles son los sujetos de derecho a los que va esta modalidad de inembargabilidad.

36 Consejo de Estado, Sent. de febrero 22 de 2001, expediente 18444.

4. Son también inembargables los bienes destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por una de las entidades del orden nacional, departamental o municipal que se relacionan en el num. 3 del art. 594; es embargable la tercera parte de los ingresos del servicio, sin "que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje".

Si el servicio es prestado por particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él "así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales", por manera que la norma no consagra un caso de inembargabilidad sino una especial forma de llevar a cabo la diligencia para perfeccionar el embargo, o sea sin ocasionar despojo y permitiendo que prosiga la prestación del servicio.

Bien diversas son las hipótesis. Así, por ejemplo, si un particular, por concesión de un municipio presta el servicio de aseo, sus bienes no pueden ser embargados mientras tengan esa especial destinación. Sólo se podrá embargar la tercera parte de los ingresos del servicio. Si el mismo particular presta el servicio público como actividad propia, ejemplo, el transporte, en este caso se le pueden embargar sus bienes pero no se paraliza la prestación del servicio por secuestrarse como si fuera establecimiento industrial; llegado el caso, esos bienes pueden ser rematados mientras que en la primera hipótesis no, dada su inembargabilidad.

En lo que a embargo de la renta se refiere, en el primer caso sólo puede tomarse una tercera parte, mientras que en la segunda hipótesis puede embargarse la totalidad de la renta que produzca la explotación del servicio.

5. Son inembargables según el numeral 4 del art. 594, "los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.", disposición con la cual se evita, al menos parcialmente, las amañadas conductas de burócratas oficiales que en connivencia con testaferros se ideaban diversas modalidades de procesos ejecutivos en orden a lucrarse indebidamente del destino de esas transferencias, al paralizarlas en orden a pagar supuestas obligaciones de esas entidades que nada tenían que ver con las transferencias, de modo que únicamente se permite la embargabilidad de estas si se trata de cobros ejecutivos originados en incumplimiento de contratos celebrados con ocasión del destino de las mismas.[37]

6. Son igualmente inembargables, según el numeral 5 del art. 594, las sumas que por concepto de anticipos para construcción de obras públicas se entreguen a contratistas "mientras no se hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras", dispo-

37 Es de resaltar que el decreto 111 de 1996, en su artículo 19, señala que "Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman", adicionando el inciso tercero que "Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4o del título XII de la Constitución Política", con lo que se deja nítidamente sentado que el denominado "situado fiscal" o sea el porcentaje de los ingresos de la Nación que se cede a departamentos, distritos y municipios de que trata el art. 356 de la C.P., es inembargable, con ciertas precisas excepciones que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado al destacar que cuando se ha efectuado un contrato destinado a cumplir con la atención de los servicios para los que se hizo la transferencia "el contratista puede acudir al proceso ejecutivo y obtener el embargo de tales recursos. Consejo de Estado. Sent. de febrero 22 de 2001, expediente 18444.

sición que puso coto a una maniobra fraudulenta consistente en que una vez entregado dinero al contratista a título de anticipo, éste lo consignaba en su cuenta y era embargado por obligaciones ajenas por completo al contrato, razón por la cual quedaba en dificultades para cumplir y era casi imposible recuperar esos dineros que realmente no eran de su propiedad. Esta disposición complementa una serie de normas de los códigos fiscales que aseguran la adecuada destinación de las sumas recibidas a título de anticipo.

La excepción que trae la norma es atinada por cuanto esas obligaciones laborales tienen su origen en la obra y es correcto que el anticipo pueda destinarse para cubrir los costos laborales de la misma[38].

7. El numeral 6 se refiere a la inembargabilidad de los salarios y prestaciones sociales hasta el límite señalado en las leyes laborales y no se extiende a las prestaciones legalmente enajenadas.

Destaco que en el Capítulo V, artículos 154 al 156 del Código Sustantivo del Trabajo, se establece que no es embargable el salario mínimo legal o convencional y el excedente solo es embargable en una quinta parte.

38 La corrupción sigue enseñoreándose en el país de manera especial en este rubro de las obras públicas, debido a los enormes recursos que en ellas se manejan. Ojalá las cacareadas alianzas de procurador, contralor y fiscal, que para cuando esto escribo, enero 20 de 2017, se anuncian para atacar este grave mal puedan poner coto al desangre de los recursos del Estado. En todo caso mientras no se corte la nefasta influencia de los políticos en la contratación estatal, no veo posibilidad de mejora.

Por excepción, todo salario, incluido el mínimo, puede ser embargado hasta en un cincuenta por ciento (50%) en favor de cooperativas legalmente autorizadas, o para cubrir pensiones alimenticias que se deban de conformidad con los artículos 411 y concordantes del Código Civil.

8. Los numerales 7 a 9 no pasan de ser la concreción de casos que han debido desaparecer del ordenamiento colombiano, pero que se mantienen no obstante la evidente inutilidad de los mismos pues o se trata de bienes de ínfimo valor o que por su naturaleza nadie los quisiera rematar por ser de casi imposible negociación, como sucede con las condecoraciones y pergaminos por actos meritorios, uniformes militares, lugares utilizados como cementerios o enterramientos.

Igual comentario realizo del numeral 12 que se refiere al combustible y los alimentos para la persona contra quien se decretó el secuestro y su familia durante un mes, norma que es un rezago de antiguas disposiciones de códigos anteriores que tomaron sin mayor análisis circunstancias que en otras legislaciones, en especial las europeas pueden tener importancia, pero que en nuestro medio carecen de ella.

Únicamente para resaltar lo que es copiar textos jurídicos de otras latitudes sin tomarse el esfuerzo de analizar si son aplicables en el panorama colombiano, el citado el numeral 12 de art. 594 que, sigue lo señalado en el Código Civil, otorga inembargabilidad a "Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un mes, a criterio del juez", muestra su inaplicabilidad absoluta en nuestro medio, pues es lo cierto que

en los países donde los inviernos son duros y prolongados es frecuente almacenar cantidades de tales artículos para afrontar la larga estación y tienen significación económica de importancia; en Colombia, y en general en los países carentes de estaciones, si al caso esas provisiones se realizan para un lapso de quince días, de ahí lo inocuo de la disposición, por cierto original del Código Civil (art. 1677 numeral 7).

9. El numeral 10 señala la inembargabilidad de "Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.", norma que precisa de una especial anotación tanto más útil si se considera que el país está invadido de toda suerte de "iglesias" que han hecho en tomo a la credulidad de los ignorantes un jugoso negocio, al cual han pretendido adicionar que sus valiosos bienes son inembargables, por ser su oficio la salvación de almas, que yo diría más bien de los "cuerpos" pero de los que se auto- denominan "pastores de dios"[39].

Dos negocios de garaje proliferan como mala hierba en el país, las "universidades" y las "iglesias" y pretender la extensión de la inembargabilidad a toda suerte de picaros con fortuna sería un enorme error, por esos deben estar atentos los jueces a considerar que tan solo gozan de la exención aquellas confesiones religiosas que hayan celebrado "concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano", que como no son muchas, eso sí con la católica

39 Basta mencionar como esas "iglesias" son propietarias de valiosos inmuebles, emisoras de A.M. y F.M., incluso de franjas de programación en la televisión.

apostólica y romana a la cabeza, son las únicas que pueden ampararse en la impunidad negocial que les genera el privilegio.[40]

10. El num. 11 del art. 594 indica la inembargabilidad: "del televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor."

Menciona como inembargables los "utensilios de cocina" y los muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia como son los sala, comedor y alcoba, que el juez considere indispensables, salvo que el crédito provenga de la compra del respectivo bien.

Respecto a la expresión "utensilios de cocina", se debe destacar que Ja norma comprende los bienes estrictamente necesarios para la preparación de los alimentos, por ejemplo ollas, sartenes, cubiertos, etc., pero no ciertos objetos como lavaplatos eléctricos, hornos microondas, congeladores o neveras adicionales, licuadoras, ayudantes de cocina, etc., pues la finalidad del

40 Cuando esto escribo, diciembre 16 de 2016, se discute la reforma tributaria y sigue el Estado sometido a la exigencia de que tampoco paguen impuestos de renta y patrimonio esos privilegiados, pero no tiene reparo el gobierno en gravar hasta lo indecible a la clase trabajadora colombiana. Y que conste que estos comentarios no son producto de un "marxismo de senectud", sino de realmente aplicar la "justicia social" que tanto pregonan las religiones que han hecho de Cristo su mascaron de proa. Estamos en el siglo XXI y sigue aterrándonos el "volar de las sotanas".

artículo es que el deudor conserve lo necesario para la adecuada preparación de sus alimentos de acuerdo con los requerimientos de la época, pero ajena a toda idea de lujo, excesiva comodidad o simple ornato. En fin, es el juez quien con su prudente criterio y de acuerdo con las pautas que le marca la disposición debe definir en cada caso concreto y en especial, el precisar el alcance de la expresión "muebles suntuarios de alto valor" que se exceptúan, como serían, para ejemplificar, cuadros, esculturas, porcelanas, equipos de video y audio.

La expresión "para el trabajo individual" puede llevar a situaciones que el legislador no quiere proteger, de ahí que es conveniente señalar algunos criterios para precisar su alcance.

Hernando Devis[41] da a entender que se trata de bienes de poco valor y de indispensable utilización para desarrollar las más elementales labores de acuerdo con la respectiva actividad. Afirma: "Estos utensilios pueden ser herramientas para el trabajo de la tierra (como la garlancha, la pica y demás elementos elementales (sic) que utiliza el demandado; pero no los camiones, los tractores y demás maquinaria agrícola), las máquinas de escribir y libros básicos de los abogados y otros profesionales, etc."

Así el juez será en cada caso quien debe precisar qué son bienes elementales, de poco valor, aun cuando este criterio puede no ser suficiente para dar a la disposición el alcance que realmente tiene.

En efecto, en el caso del taxista cuya subsistencia depende únicamente del vehículo, o el odontólogo o radiólogo de sus

41 DEVIS ECHANDÍA Hernando, ob. cit., t. ID, págs. 733 y 734.

equipos de trabajo, nos hallamos en una situación similar a la del trabajador del agro respecto de la pica o del azadón pero de un contexto actual. En mi opinión, además del valor de los bienes debe analizarse la mayor o menor dependencia respecto de ellos. En tales casos el juez determinará si el bien es inembargable o si puede consumarse el secuestro pero sin despojo, es decir, dejando al ejecutado la posibilidad de continuar utilizando el bien y sólo llegado el remate despojarlo de la tenencia. Una interpretación laxa de la disposición puede llevar a extremos no consentidos, como el de señalar que la oficina del profesional es elemento indispensable para su trabajo o que la valiosa unidad dental tiene similares características, y que por lo mismo serían bienes inembargables.

En resumen, si el juez tiene la facultad de precisar qué bienes son embargables y cuáles no, de acuerdo con criterio de necesidad para el trabajo que se menciona, debe como director del proceso que es, permitir que ciertos bienes que pueden ser necesarios para el adecuado trabajo del demandado sean embargados y secuestrados péro sin que se ocasione, al menos mientras se llega al remate, despojo, para permitir al ejecutado seguir trabajando y obtener ingresos para cancelar lo que adeuda y, naturalmente, proveer a su subsistencia, combinándose entonces dos criterios: valor del bien y necesidad del mismo. Si el bien es necesario y de escaso valor, permitirá su inembargabilidad; de lo contrario, la misma opera, pero secuestrando sin despojo.

Se debe resaltar que el art. 1677 del C. C. al referirse a la inembargabilidad de los libros relativos a la profesión del deudor (numeral 3o), limita su valor a doscientos pesos, el que el nume

ral 4 hace extensivo a “las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte”, aspectos que, no obstante estar reformados por el artículo 594[42],sirven como guía para efectos de advertir el criterio económico que puede emplear el juez para efectos de precisar los alcances de la inembargabilidad.

11. Por indicación del numeral 15 del art. 594 son inembargables “Las mercancías incorporadas en LUí título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión

42 Recuérdese que el artículo 1677 del C. C. es de contenido netamente procesal, de modo que en todo aquello que difiera con el art. 594 del CGP se debe entender modificado. La Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 2007, ponente Dr. Humberto Sierra Porto estimo que el art. 1677 del C.C. fue derogado por el anterior Código der Procedimiento Civil, al advertir que: “la Corte Constitucional encuentra que en el presente caso el numeral 11 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil ha derogado parcialmente las disposiciones demandas mediante acción pública de inconstitucionalidad, cuales son, los numerales 3 y 4 del artículo 1677 del Código Civil. Tal como sugieren algunos de los intervinientes, incluido el Ministerio Público, esta Sala encuentra que dentro de la noción de *"utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo de la individual"* del deudor, contenida en el artículo 684 del C.P.C, se hallan, entre otros, tanto los libros relativos a la profesión del deudor, como los instrumentos y máquinas que el deudor utiliza para enseñar un arte o una ciencia, de los que habla el artículo 1677 del C.C. Además, la noción de trabajo individual del artículo 684 del C.P.C, incluye igualmente entre otras, la del desempeño de una profesión, como la de enseñanza de un arte o ciencia del el artículo 1677 del C.C. Así las cosas, la regulación nueva (art 684 C.P.C) ha modificado para la misma situación, el criterio del que se desprende la cualidad de inembargabilidad de ciertos bienes, contenido en la ley antigua (art
1677 C.C). Esto es, ha operado una derogatoria tácita. (.....) “Por lo expuesto, la Corte Constitucional considera que el contenido normativo demandado, referido a que los libros relativos a la profesión del deudor, así como los instrumentos y máquinas que el deudor utiliza para enseñar un arte o una ciencia, no son embargables hasta el valor de doscientos pesos ($200) a elección del mismo deudor, no

del título", lo cual es lógico habida cuenta de los alcances que tiene esta especial modalidad de título valor respecto de los bienes a los que se refiere y lo regulado en los artículos 1182 a 1185 del C. de Co.

12. El numeral 16 del artículo 594 agrega la inembargabilidad de "Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales", es decir de los departamentos, distritos especiales y municipios y, a contrario sensu, será embargable una tercera parte de esa renta bruta.

Por renta bruta de entidades territoriales como departamentos y municipios debe entenderse el ingreso total de tales entidades sin restricción alguna, porque aun etimológicamente ingreso bruto significa sin deducción de ninguna clase.

Cabe advertir que la norma se refiere al embargo de rentas, lo cual no excluye la posibilidad de embargar bienes pertenecientes a tales entidades, diferentes a los hasta ahora mencionados y que forman parte de su activo patrimonial, como vehículos o inmuebles no destinados a la prestación de servicios públicos, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado[43] al destacar que "los bienes fiscales de propiedad de las entidades públicas son bienes que generalmente pueden ser afectados con las medidas cautelares de embargo y secuestro, en desarrollo de los principios orientados a la efectividad de las decisiones judiciales"

El parágrafo del art. 594 instruye para que se abstengan los funcionarios judiciales o administrativos con poder de decretar embargos de ordenarlos respecto de bienes inembargables, pero

43 Consejo de Estado, auto de septiembre 3 de 1998, expediente 15555.

mmuMocauam

adiciona una frase sin duda contradictoria al señalar que: "En el evento en que por Ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia."

La contradicción es obvia, si por ley es procedente decretar la medida es porque en ese caso concreto el bien dejó de ser inembargable, solo que se requiere que el juez expresamente advierta en el auto que decreta la cautela las razones de la excepción, es decir del motivo por el cual son embargables o dicho con otras palabras, dejaron de ser inembargables.

Es por eso que el mismo parágrafo consagra otra discutible norma al permitir que, de una, el funcionario que debe cumplir la orden de embargo la pueda cuestionar al prescribir que: "Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos."

Agrega el parágrafo que: "En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Sí pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.", disposición que se suma a la serie

de enormes errores que tiene el parágrafo, fruto del desconocimiento de la práctica, en suma un clásico "delirio procesal", que tanto daño hace a la administración de justicia.

Ilustro el exabrupto con un ejemplo: Un juez decreta el embargo de unos determinados bienes y así lo comunica a la entidad que debe cumplir la medida, que puede ser pública o privada pues la disposición no distingue; quien debe cumplir la orden de embargo considera que la decisión del juez está equivocada por comprender bienes inembargables y se abstiene de perfeccionar el embargo y así lo comunica al juez, quien debe pronunciarse tres días después del envío de la comunicación por el renuente y si así no sucede "se entenderá revocada la medida cautelar", lo que deja de hecho esos bienes con libre destinación.

El problema estriba en que el plazo previsto en la norma es imposible de cumplir pues los tres días son a partir del recibo de la comunicación sino de su remisión de modo que si el juez que decretó el embargo quiere insistir en la medida debe hacerlo por auto y mientras este se profiere y notifica obra la absurda terminación consagrada en esta disposición.

Inadecuada además debido a que permite que se controvierta la orden judicial no a través de recursos sino por oficio y sin que las partes puedan intervenir en el trámite.

Es imposible que el juez que decretó el embargo logre responder antes del vencimiento del angustioso plazo previsto para reiterar que se cumpla su orden, pero si lo llegase a hacer, agrega la norma que: "la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue in

tereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene."

5.1 *Los bienes sometidos a fiducia y su embargabilidad*

Se trata de un interesante aspecto que no está contemplado en el art. 594 del CGP que analizo, pero que debe ser conocido por las frecuentes polémicas que en tomo a este tema se presentan.

Dejo sentando como premisa que no es predicable la inembargabilidad respecto de los bienes que se han transferido como consecuencia de la celebración de un contrato de fiducia mercantil pues estos bienes por estar dentro del comercio pueden ser objeto de la medida cautelar cuando haya lugar a la misma, pero es menester saber cómo obra la medida de embargo

Es necesario tener presente que los artículos 1233 y 1238 del C. de Co. son las disposiciones que específicamente conciernen con el tema al regular la forma como quedan afectos para responder los bienes que integran el patrimonio autónomo que surge como consecuencia de la celebración del contrato de fiducia mercantil que, tal como lo señala el art. 1227 del C. de Co., no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida, lo que se entiende a cabalidad si se recuerda que la constitución del contrato de fiducia implica la transferencia del dominio que tenía el constituyente y, por ende, el bien sale de su patrimonio de manera

idéntica a como sucede si lo vende, pues la constitución de fiducia mercantil es una modalidad de enajenación, de donde surge el interés en conocer si se pueden embargar bienes transferidos en fiducia por obligaciones del constituyente-enajenante.

Es menester considerar los siguientes fundamentos que me llevan a sostener la tesis acerca del alcance del artículo 1238 del C. de Co. en lo que a la procedencia de embargos concierne y concluir que éstos no pueden darse de manera directa sobre el patrimonio de la fiducia .

Al respecto se tiene que en el evento previsto en el art. 1238 del C. de Co., si se aspira a poder embargar el bien transferido por contrato de fiducia mercantil es menester adelantar previamente proceso declarativo para reintegrarlo al patrimonio inicial y entonces si poder hacer efectivo el embargo.

Dispone el artículo 1238 del C. de Co. lo siguiente:

"Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.

"El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados".

Con relación a la transcrita disposición han sido expuestas tres posiciones diversas, a saber:

La sostenida por la doctora Estela Villegas de Osorio[44] quien señala que si bien es cierto el inciso segundo del artículo 1238 del C. de Co., "se compagina con la acción pauliana", en el primer inciso de la norma se consagra una acción especial por estimar que existe una figura más amplia que la prevista en el artículo 2491 del C. C. por cuanto:

"En la fiducia se dejó de lado el fraude, la mala fe, la insuficiencia de los bienes del deudor para responder por la obligaciones contraídas, para dar cabida a la posibilidad de enervar la fiducia por deudas contraídas con anterioridad a la misma, aun cuando no se configuren los elementos fraudulentos ya enumerados ... en este aparte el legislador no exige que exista el deseo de "dañar", ni la *intención* de *maniobrar para* perjudicar a los acreedores, como tampoco la ausencia de la buena fe que es una condición indispensable para que pueda darse el fraude pauliano".

Se observa con respecto a esta posición, que no se menciona la índole del proceso que debe ser adelantado, tan sólo se relieva el hecho de que en el inciso primero del artículo 1238 del C. de Co. se tipifica una especial acción que no requiere como base para dejar sin efecto el negocio fiduciario la demostración de la intención dolosa.

44 Editorial de la revista *Memorando Económico,* marzo de 1986, citada en *Nuevo Código de Comercio,* Ed. Legis, 1993, página 276-1 Con respecto a esta tesis el Dr. Gilberto PEÑA CASTRILLÓN en concepto rendido el 16 de octubre de 1992 a Fiduciaria Alianza, destaca que no es posible pretender que se trate de una acción pauliana simplificada "en cuanto menos rigurosa, ya que no sería necesario exigir ni probar el *consilium fraudis ni el eventus dammni* y que poco importaría que se opusiera la excepción de solvencia del deudor" pues "sería una acción pauliana sin los requisitos fundamentales de la acción pauliana" (página 21).

No obstante, como se advierte que se trata de una figura más amplia que la prevista en el artículo 2491 del C. C. se puede aseverar que dado que se le atribuye la misma naturaleza jurídica, la acción para hacerla efectiva debe ser de similar índole que la consagrada en el inciso segundo de la misma norma o sea proceso verbal, pues no se dan ninguno de los requisitos para dar vía libre al proceso ejecutivo en atención a que no es posible confundir la acreencia anterior a la constitución del contrato de fiducia, la que aisladamente considerada puede prestar mérito ejecutivo, con la pretensión encaminada a dejar sin efectos el contrato de fiducia por existir una obligación anterior a cargo del constituyente.

La inicialmente pregonada por la Superintendencia Bancaria que sigue en parte la opinión de la doctora Villegas de Oso- rio[45] pero, además, resalta que en el evento del inciso primero del art. 1238 del C. de Co., la acción será ejecutiva, para cuya fundamentación se advierte que:

"... los bienes fideicomitidos podrán ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, empleando para ello la vía ejecutiva, siempre que se trate de obligaciones contraídas con anterioridad a la constitución de la fiducia. De igual forma es viable la acción pauliana consagrada en el artículo 2491 del Código Civil, cuando el negocio fiduciario se haya celebrado en peijuicio de los acreedores del fiduciario y medie la mala fe de las partes, a lo cual se hace referencia en el inciso 2o. del artículo 1238 del Código de Comercio.

45 Superintendencia Bancaria, concepto de marzo 17 de 1992 suscrito por la doctora Beatriz Helena Torres, delegada para asuntos financieros. Adelante se observa que con posterioridad la Superintendencia varió su tesis, pero es menester resaltar ésta que con frecuencia se esboza en actuaciones judiciales.

Se observa de lo transcrito que la tesis de la Superintendencia añade un nuevo ingrediente y es el de aseverar, sin fundamento alguno, que la acción en el evento del inciso primero será de carácter ejecutivo y dentro de ella pueden perseguirse los bienes fideicomitidos.

La tercera opinión la expuso el Dr. Gilberto Peña Calderón[46] quien luego de un documentado estudio concluye que "el artículo 1238 del C. de Co. es una expresión particular para la fiducia mercantil, de la acción pauliana regulada en el artículo 2491 del C. C. incorporada a nuestro derecho positivo" y que por lo mismo si los acreedores anteriores al contrato de fiducia quieren obtener que vuelvan bienes al patrimonio del fiduciante deben demostrar, entre otros aspectos, que existe un detrimento del patrimonio del deudor por causa del acto impugnado, y que se dio un concierto fraudulento, en suma probar todos los presupuestos del art. 2491 del C. C., naturalmente a través de proceso declarativo, hoy el verbal.

Sin reservas, pero con algunas precisiones, tomo partido por la tesis expuesta últimamente, la tercera; no albergo duda alguna acerca de que el artículo 1238 del C. de Co. consagra un evento específico de acción pauliana, aspecto dominado por el inciso segundo de dicha disposición, el que, en mi entender se ha tomado erróneamente como si tipificara una especial circunstancia diversa de la contemplada en la primera parte de la disposición, desconociendo incluso el título mismo que precede al art. 1238 que al indicar "Acciones sobre bienes fideicomitidos", consagra exclusivamente dos acciones, la pauliana y la de los acreedores

46 Concepto de octubre 16 de 1992, dirigido a Fiduciaria Alianza.

del beneficiario respecto de los rendimientos que reporten dichos bienes, sin que en parte alguna se exprese que se trata de acciones ejecutivas, simplemente las que por la naturaleza de las pretensiones sean pertinentes.

En efecto, es menester considerar que el inciso primero del artículo 1238 del C. de Co. al indicar que podrán "los acreedores del fiduciante" perseguir los bienes fideicomitidos, los ubica en la calidad de terceros prevista en el inciso segundo, pues todos los que son ajenos al negocio de fiducia, y los acreedores del fiduciante lo son, tienen la calidad de "terceros", lo que me permite concluir que la expresión acreedores mencionada en el inciso primero se recoge dentro de la de terceros empleada en el inciso segundo y que sólo por razones de estilo no se repitió.

Gran parte del problema proviene de la falta de técnica en la redacción del art. 1238 que dejó como un inadecuado agregado del inciso primero lo que ha debido ser el segundo y en éste consagró, como si se tratara de algo diverso, lo que en estricto sentido ha debido ser la correcta y lógica redacción final del inciso primero.

En verdad, si se lee la norma con la precisión anterior, se observa con nitidez que el inciso segundo no trae nada nuevo, tan sólo reitera lo que en la primera parte del primero se estipuló y al respecto, para comprobar el aserto, lo presento hipotéticamente de la manera indicada:

"Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. El nego

ció fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados".

"Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes".

Salta a la vista la total congruencia gramatical que muestra la redacción correcta de la norma y se evidencia que no se han estipulado sino dos acciones, la de los acreedores del fiduciante o constituyente y la de los acreedores del beneficiario, quedando la primera dentro del marco de donde nunca puede salir, acción pauliana.

Lo que la redacción del artículo 1238 del C. de Co. ha querido destacar como postulado general en su inciso primero es que los bienes del patrimonio autónomo no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, sólo por excepción podrán ejercitar las acciones en orden a su persecución cuando se trata de acreencias anteriores a la constitución de la fiducia, pero siempre y cuando el negocio se haya celebrado en fraude de terceros, característica que se resalta en el segundo inciso para evidenciar que no se trata de nada diverso a desarrollo de la acción pauliana prevista el art. 2491 del C. C. y que como es bien sabido parte de dos bases, la primera de ellas del acuerdo fraudulento, de mala fe de los que celebran el negocio, aspecto que estimo no se da en los contratos de fiducia dada la reconocida seriedad de las sociedades dedicadas a este campo de la actividad económica, en tanto que la segunda tan sólo exige probar la mala fe del deudor en perjuicio de sus acreedores, que es precisamente lo que se tomó en el inciso segundo del artículo 1238 para condicionar la excepcional posibilidad de persecución que se consagra en el primer inciso.

Ninguno de los dos incisos del artículo 1238 del C. de Co. indica cual es la clase de acción que puede utilizar el acreedor, quien es tercero respecto del contrato de fiducia, para perseguir los bienes integrantes del patrimonio autónomo, persecución que en modo alguno puede interpretarse como sinónimo de proceso de ejecución como graciosamente se asevera; en esto la Superintendencia Bancaria hoy Financiera en el ya citado concepto de marzo de 1992 se equivoca.

En absoluto, persecución indica el derecho a accionar utilizando la vía procesal adecuada de acuerdo con la índole de la pretensión, que para el caso concreto y tal como lo señala el inciso segundo del artículo 1238 del C. de Co. es la de impugnación del contrato de fiducia, pretensión que debe seguir el trámite propio de un proceso verbal pues no se trata de una obligación clara, expresa y exigible.

Es inaceptable pretender que puede el art. 1238 interpretarse como tipificador de una acción ejecutiva directa contra el patrimonio autónomo pues a más de que la norma no hace mención alguna a esa especial vía procesal, se limita a otorgar un derecho de persecución que no de ejecución como lo indica la Superintendencia, asumiendo sinonimia en los términos, cuando lo cierto es que la ejecución constituye apenas una de las posibilidades de persecución, pues es de la esencia de todo proceso y no sólo del ejecutivo perseguir, para procurar el cumplimiento de la ley sustancial por la vía que corresponda según la índole de la pretensión.

Admitir que con base en el inciso primero del art. 1238 puede un acreedor anterior a la constitución de la fiducia perse

guir los bienes empleando el proceso de ejecución, así su crédito conste en documento que preste mérito ejecutivo, viene a restar toda seguridad y respetabilidad al contrato de fiducia y conlleva expreso desconocimiento del concepto de patrimonio autónomo que nace a la luz del art. 1233 del C. de Co., pues si surge un nuevo sujeto de derechos, pero sin más ni más pueden sus bienes ser perseguidos en proceso ejecutivo por obligaciones de quien fuera el titular anterior, partiendo del apriori de que son obligaciones constituidas antes de la fiducia, se demerita en sumo grado la estabilidad jurídica y económica de la fiducia, dada la inseguridad que siempre remará acerca de la eventual existencia de pasivos anteriores del fiduciante, a más de que se estaría demandando al nuevo propietario, o sea al patrimonio autónomo, que no ostenta la calidad de deudor, de ahí el motivo por el cual la persecución debe enfocarse a reconstituir el patrimonio del deudor, desvirtuando la presunción de buena fe que se predica de todo negocio jurídico sobre las conocidas bases del art. 2491 del C. C.

De otra parte es necesario destacar que el numeral 8 del art. 1240 del C. de Co. es claro en indicar como causal de extinción del negocio fiduciario “la acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario”, no la ejecución que como ya se vio, apriorísticamente asume, en mi opinión sin razón, la Superintendencia; se entiende que la extinción viene a operar cuando el proceso ordinario se falla en definitiva y salen los bienes del patrimonio autónomo para reconstituir el del deudor fiduciante, lo que le permitirá, además, al fiduciario cumplir con su obligación de representación judicial y defensa del patrimonio autónomo, que le impone el numeral 4 del art. 1234 del C. de Co..

Como conclusión, se encuentra que no es posible interpretar el artículo 1238 del C. de Co. pretendiendo desentrañar tres acciones diversas, pues el inciso segundo se refiere a una de las dos posibilidades de que trata el primero y viene a corroborar que los requisitos del artículo 2491 del C. C., incluyendo el plazo de caducidad de un año a partir de la fecha del acto o contrato (la norma se refiere a expiración del plazo), tienen cabal aplicación, máxime si se considera el archiconocido artículo 822 del C. de Co., de modo que no existe acción directa de los acreedores anteriores para perseguir en proceso ejecutivo bienes ahora del patrimonio autónomo, pues lo que deben hacer es buscar previamente que estos regresen al patrimonio de su deudor, lo que ordenará el juez en la sentencia del correspondiente proceso verbal y una vez obtenido lo anterior, entonces sí proceder a continuar su persecución ahora empleando la vía ejecutiva, dado que se cuenta con título que la amerite.

Se trata de un caso similar a la denominada acción oblicua por legitimación extraordinaria que consagra el artículo 375 del CGP para ef proceso de pertenencia, donde se le permite a un acreedor cuya obligación conste en título ejecutivo adelantar el proceso verbal y obtener para su deudor la declaración de pertenencia, obtenida la cual entonces sí adelantara el proceso ejecutivo persiguiendo el bien cuyo derecho de dominio ingresó al patrimonio del deudor.

Lo mismo ocurre en el evento del artículo 1238 del C. de Co.: el acreedor con obligación que consta en documento que presta mérito ejecutivo y cuya creación es anterior al contrato de fiducia puede adelantar proceso ordinario para reintegrar el bien

al patrimonio del deudor y obtenida la finalidad entonces ejecutarlo, pues en este evento si está persiguiendo bienes propios del deudor, no ya los del patrimonio autónomo porque en virtud de la sentencia ejecutoriada del proceso ordinario volvieron al dominio del deudor.

Si se quiere entonces, encontrar diferencias entre los dos incisos del artículo 1238 del C. de Co. ellas son las referentes a que en el primero no se requiere demostrar nada diferente a la existencia de la obligación anterior a la constitución de la fiducia, mientras que en el segundo se debe acreditar la intención fraudulenta, pero en los dos eventos se trata de proceso verbal pues la índole de la pretensión, que en los dos eventos es la misma, no admite la posibilidad de vía ejecutiva por ausencia de los requisitos del artículo 422 del CGP, pues se reitera en este proceso no se trata de cobrar la obligación anterior sino de dejar sin efectos un contrato de fiducia.

A raíz de las acerbas críticas que se formularon a la tesis ya explicada y criticada, sostenida por la Superintendencia Financiera, dicha entidad cambio su opinión y es así como en concepto contenido en la circular 86 del 18 de noviembre de 1993, hasta cuando esto se escribe (diciembre de 2016), ha mantenido inalterable, señaló que la pretensión de los acreedores anteriores a la constitución del negocio fiduciario: “... en cuanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente, debe seguir los trámites propios de un proceso declarativo, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo”.

Adicionó la Superintendencia en la referida circular que si en el momento de celebrado el contrato de fiducia éste no contribuyó a desequilibrar la situación económica del deudor "la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un eventus damni sin el cual no habría interés jurídico para inicial* la acción", con lo que se apartó también de la opinión sostenida por la doctora Stella Villegas acerca de que bastaba acreditar la calidad de deudor anterior, sin los requisitos comunes necesarios para el éxito de la acción pauliana.

Por último, destaca la Superintendencia, que la demanda destinada a reconstituir el patrimonio debe dirigirse contra el deudor-fideicomitente, la sociedad fiduciaria como titular y, de ser el caso contra el beneficiario:

"Ello, porque, como se ha expresado insistentemente, mediante el ejercicio de la acción se persigue, precisamente la reconstitución del patrimonio del deudor con los bienes transferidos a título de fiducia mercantil, para la cual debe solicitarse la extinción del respectivo contrato y, además, como consecuencia del efecto relativo de las sentencias, si la acción se instaura solamente contra el deudor o contra la sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, el fallo judicial correspondiente no podría declarar la extinción del negocio fiduciario ni, por consiguiente, la restitución de los bienes al patrimonio de aquél".

Me identifico plenamente con el anterior planteamiento por cuanto debido a la naturaleza jurídica de la relación unitaria que existe derivada del contrato de fiducia se estructura un litis consorcio necesario que impone su integración, siendo de resaltar que respecto del beneficiario, la demanda lo deberá abarcar cuan

do es persona distinta del constituyente, independientemente de cualquier otra consideración, dado que deriva del contrato unos derechos que pueden resultar lesionados.

Ahora bien, si un juez por inadvertencia embarga y secuestra esos bienes, las acciones propias del sistema procesal civil para efectos de levantar embargos o secuestros cuando versan sobre bienes ajenos pueden ser empleadas por solicitud de la sociedad fiduciaria, que como representante del patrimonio autónomo tiene el deber de velar por su integridad, siendo de resaltar que cuando se trata de bienes sometidos a registro es deber del registrador respectivo abstenerse de inscribir embargos cuando se han decretado respecto del anterior propietario, el constituyente del contrato de fiducia, de manera idéntica y por la misma razón que lo haría cuando se ordena el embargo de un bien que no pertenece a la persona contra quien se decretó la medida, porque, se resalta, el bien entregado en fiducia salió del patrimonio del constituyente.

Corresponde ahora analizar algunas normas que realizan especial referencia a las medidas cautelares de embargo y secuestro dentro de algunos procesos.

6. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS

Se desarrollan en el art. 590 del CGP cuyo inciso primero de ocupa de indicar que "En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares" y

es así como se consagran varias medidas nominadas tales como la inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro de bienes con determinadas condiciones, de ahí que procedo al análisis de las mismas.

6.1. *La inscripción de la demanda*

6.1.1. *Consideraciones preliminares*

Es una efectiva medida cautelar real prevista en los artículos 590 a 592 del CGP que busca asegurar respecto de bienes sometidos a registro, su vinculación al proceso sin que salgan del comercio y que obra, como toda cautela, en los casos taxativamente dispuestos por la ley, decretada usualmente a solicitud de parte y por excepción por disposición de la ley, que en algunos casos faculta al juez para que las decrete de oficio.

Es de la esencia de esta medida la de que una vez decretada y anotada en el respectivo registro, si existe cambio en la titularidad de los "derechos reales sobre dichos bienes, especialmente el de dominio, el adquirente quede vinculado al proceso así no haya estado la demanda inicialmente dirigida en su contra y sin necesidad de ninguna citación especial, por ser la sentencia oponible al mismo al presumirse de derecho que si realizó negocios respecto del bien luego de registrada la demanda, tenía que conocer la existencia del proceso y aceptar las consecuencias que de aquel se llegasen a derivar, lo que lo convierte en un litis consorte cuasinecesario.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 590 del CGP dentro de los proceros declarativos, usualmente verbales, sin que

importe su cuantía, pues basta que tengan esa naturaleza, se puede practicar esta medida cautelar siempre que la demanda verse "sobre dominio u otro derecho real principal directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes hecho o de derecho".

Pone de presente lo anterior que la demanda se puede referir de manera directa al derecho de dominio o a otro derecho real principal constituido sobre un bien individualizado o sobre una universalidad de bienes, como sucedería en la hipótesis de la demanda para que se decrete la extinción de un derecho de usufructo o se disponga la nulidad de un testamento y se ordene nueva adjudicación de bienes, pero es también posible que, así no verse de manera directa respecto de tales derechos, la índole de la pretensión puede implicar alteración del derecho real principal y también sería procedente como ocurriría en el evento de una demanda de filiación extramatrimonial acumulada con petición de herencia, pues lo que quiere la disposición es que la solicitud verse sobre derechos reales o pueda afectar los mismos, de manera que no solo se debe considerar exclusivamente la naturaleza de la pretensión sino, esencialmente, sus efectos; si ellos implican alteración total o parcial de un derecho real principal, procederá el registro de la demanda.

Precisamente para evitar discusiones generadas en no tener claro lo anterior y limitarse a mirar tan sólo la naturaleza de la pretensión y no sus efectos, se estableció como imperativo el registro o inscripción de la demanda en los procesos de pertenencia, respecto de los cuales un importante sector de la doctrina negaba la posibilidad advirtiendo que en ellos estaba de por

medio la posesión y que ésta no era un derecho real, sin caer en cuenta de que independientemente de lo anterior, de prosperar la pretensión se afectaba la titularidad del derecho real de dominio.

Se tiene así que esta medida cautelar únicamente procede cuando los derechos reales que se pueden afectar están constituidos respecto de bienes sometidos al régimen de inscripción en registros públicos, para efectos de que allí se tome nota de todo acto jurídico que conlleve alteración de aquellos, tal como sucede con los inmuebles, los derechos accionarios, los automóviles, las naves y aeronaves, para citar algunos ejemplos, no sin advertir que la medida obra de manera preponderante con relación a bienes inmuebles cuyo control está asignado a las oficinas de registro de instrumentos públicos, mas no exclusivamente para ellos, porque la cautela procede en cualquier evento donde, a más de reunidos los requisitos generales, el control de los derechos reales respecto del bien está atribuido a una autoridad (ejemplo, Cámaras de Comercio, Departamento Administrativo Nacional de Aeronáutica, Registro Nacional Automotor etc).[47]

Importante es tener presente lo anterior, debido a que la redacción del art. 591 del CGP sugiere, en principio, la posibilidad de que la medida se decreta exclusivamente para los inmuebles, cuando indica que el oficio que se libra al registrador debe expresar quiénes "son las partes en el proceso, el objeto de este, el nombre, nomenclatura, situación de dichos bienes y el folio de matrícula, o datos del registro si aquella no existiere", redacción

47 El artículo 522 del C. de Co., consagra otro caso especial de inscripción de la demanda para el evento del contrato de arrendamiento entre comerciantes cuando se restituye el inmueble y no se le da el destino para el cual se solicitó dentro de los tres meses siguientes a la entrega, otra actividad comercial similar.

que, se insiste, obedece tan sólo a que lo más frecuente es que se profiera la medida respecto de inmuebles, de ahí que cuando versa sobre otros bienes queda entendido que el oficio deberá contener los datos equivalentes, al igual que la respuesta del correspondiente registrador.

El registro de la demanda no pone al bien afectado por la medida fuera del comercio por así disponerlo de manera expresa el inciso segundo del art. 591 del CGP, pero alerta a quienes deseen realizar algún negocio jurídico respecto del mismo acerca de la existencia del proceso que vinculará, como si hubiera sido parte, a quien lo adquiera o acepte un gravamen, porque se presume de derecho que quienes realizaron negocios luego de la inscripción de la demanda conocían la situación y por eso asumen el carácter de litisconsortes cuasinecesarios del demandado, motivo por el cual la sentencia los afecta directamente así no sea menester citarlos al proceso, por cuanto los causahabientes del demandado quedan sujetos a las vicisitudes de la relación jurídica de que aquel era titular.

Está bien que se haya dispuesto así, por cuanto la más elemental prudencia indica que si una persona va a negociar un bien sometido a registro, ejemplo, un inmueble, debe exigir el correspondiente certificado de tradición actualizado para efectos de realizar el estudio de su situación jurídica. Si conocedora de la existencia proceso decide adquirirlo, sabe a qué atenerse porque si la sentencia tiene efectos desfavorables respecto de quien lo transfirió o sea el demandado en el proceso, ordena el art. 591 del CGP que: "Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de las anotaciones

de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere".

Y es tan drástica la disposición, que agrega que si en la sentencia no ordena lo anterior "de oficio o a petición de parte la dará el juez por auto que tendrá recursos y se comunicará por oficio al registrador", posibilidad que puede darse en cualquier momento con posterioridad a la ejecutoría de la sentencia, debido a que el artículo 591 no establece limitación de ninguna índole para realizar esa adición, salvo la que puede provenir de la estructuración de plazos de prescripción.

El juez deberá poner especial empeño en ordenar la cancelación de los registros posteriores a la inscripción de la demanda en la sentencia y para facilitar la tarea es aconsejable que el demandante procure la obtención de un certificado respectivo registrador de una fecha muy cercana a la de la sentencia; también podrá el juez de oficio y antes de fallar disponer la práctica de dicha prueba.-. -

Aspecto que presenta motivo de inquietud, ante la ausencia de todo recurso en contra del auto que con posterioridad a la sentencia ordena la cancelación registros, actuación en donde además no es obligación realizar ninguna notificación en especial, es que sucede cuando el juez ordena cancelar registros que son anteriores a la inscripción de la demanda, bien por error o por abuso de la actividad jurisdiccional.

Creo que el registrador respectivo es el llamado a evitar extralimitaciones por parte del juez y si recibe la orden de cancelar

una inscripción que es anterior al registro de la demanda debe abstenerse de hacerlo y comunicar al juez las razones que tuvo para ello, por cuanto aceptar la tesis referente a que el registrador debe acatar ciegamente la orden del juez implicaría desnaturalizar sus funciones al permitir que se ocasionen gravísimos peijuicios a terceros de buena fe como lo son los adquirentes de derechos reales con anterioridad a la inscripción de la demanda; es de advertir que existe un destacado precedente legal de donde se infiere que el registrador no es un simple ejecutor de la orden judicial, sino un funcionario deliberante, quien si observa la ilegalidad de ella debe abstenerse de cumplirla.

En efecto, el numeral 1 del art. 593 del CGP señala que el embargo sólo se inscribe si los bienes son del ejecutado porque de lo contrario "se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez". De idéntica manera debe proceder, cuando la orden de cancelación de inscripciones cobija las efectuadas con anterioridad al registro de la demanda.

Ahora bien, estimo que si el registrador insiste en cumplir la orden del juez, se presenta la posibilidad de intentar una acción de tutela en contra de determinación que así lo dispone, la que es pertinente, pues es menester dejar claro que luego de la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991, declarada por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-543 de octubre 1 de 1992, la acción de tutela sigue siendo un mecanismo procedente para evitar la violación de derechos constitucionales fundamentales cuando en ella se incurre a través de providencias judiciales u omisiones de los jueces en

caso de que se presente una flagrante u ostensible vía de hecho, una grosera violación de la normatividad.

6.1.2. *Oportunidad para decretar el registro de la demanda*

Ante todo se debe advertir que la medida procede en ocasiones excepcionales por disposición de la ley y, en la mayoría de los casos, por solicitud del demandante; se presentan requisitos diversos según su origen, porque si se decreta en cumplimiento de la preceptiva legal, es deber del juez hacerlo en el auto admisorio de la demanda, sin que sea menester prestar caución para garantizar el pago de los peijuicios que la medida puede ocasionar y considerando tan sólo que la ley expresamente la autoriza para esos procesos, lo que evidencia que no es necesario analizar si se dan requisitos generales atrás estudiados pues la inscripción se ordena por la circunstancia de tratarse de alguno de esos procesos taxativamente citados.

Ciertamente, el artículo 592 del Código dispone que en los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes el juez "ordenará de oficio[48] la inscripción de la demanda", norma que pone de presente que si el juez olvida disponerlo en el auto de admisión de la demanda debe subsanar la falla en cualquier oportunidad posterior y aun cuando la parte pida que decrete la cautela que no dispuso el juez, no debe prestar caución, porque en ios mencionados procesos este requisito no se exige y bien sabido es que las

48 Es estricto sentido el juez aquí no procede de oficio, pues esta posibilidad es potestativa y se ejercita si este lo considera necesario. En este caso la decisión es imperativa, no depende del arbitrio del juez, sino del cumplimiento de orden legal.

cauciones como las medidas cautelares tienen carácter taxativo es decir proceden si una norma las contempla.

Lo anterior no significa que si el demandante en alguno de estos procesos no tiene la razón y procedió con temeridad o mala fe, quede exonerado de indemnizar los peijuicios que ocasionó; en absoluto, dicha obligación surge, solo que no existe una garantía específica para obtener el pago de ellos.

Para todo otro proceso diverso de los anteriores en que se den los requisitos generales (afectación de derechos reales), es menester petición de parte por cuanto no está dentro de las facultades del juez disponer la cautela de oficio; como exigencia obligatoria y previa a ordenarla, si es a solicitud de parte, es necesario que el juez señale el monto de la caución que garantice el pago de las costas y peijuicios que con ella lleguen a causarse, por así indicarlo el art. 590 numeral 2 en disposición aplicable a toda medida cautelar dentro de procesos declarativos, al señalar que: "Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda."

La razón de ser de la garantía obedece a que a pesar de que la inscripción de la demanda no coloca los bienes fuera del comercio, en la práctica determina inmovilización jurídica de ellos puesto que los sujetos de derecho son poco afectos a adquirir bienes con litigios pendientes y si lo llegan a hacer el precio se reduce drásticamente por la incertidumbre que existe respecto de la suerte final de aquellos, de donde se observa los graves peijuicios que la medida puede ocasionar.

La cuantía de la caución puede ser estimada por la parte que debe prestarla aplicando la guía anterior y adjuntarla con la solicitud, empero el juez puede modificar para aumentar o disminuir el monto cuando lo considere razonable de oficio o a petición de parte.

El registro de la demanda puede ser solicitado desde que se presenta la demanda y con posterioridad, en cualquier estado del proceso basta antes del fallo de segunda instancia, advirtiéndose que cuando mayor es la demora del demandante en pedirla, aumentan los riesgos de no obtener efectividad en la medida, pues ésta sólo cobija a las inscripciones posteriores al momento en que se toma nota de la orden en la oficina de registro y no al de la iniciación del proceso, que para estos fines es irrelevante.

Así, por ejemplo, si una persona discute un derecho real principal sobre un bien inmueble y no registra oportunamente la demanda, aun cuando esté en curso el proceso, el demandado puede enajenarlo sin que existan bases para predicar del adquirente mala fe, pues la obligación es analizar la tradición que muestra el certificado y si éste nada dice acerca de inscripciones, ninguna limitación se presenta y no queda vinculado por los efectos del fallo.

Si se solicita junto con la demanda la medida cautelar, se acompaña la caución y el juez estima que la misma es adecuada también podrá decretar la medida junto con el auto admisorio de la demanda, pero de no ser así, no existe razón alguna para posponer la admisión de la demanda al lleno de los requisitos de la caución si se pide que se fije su monto o el juez lo varia, de ahí que en esta hipótesis, en el auto admisorio lo que debe fijarse es el monto de la caución y desterrar la tesis atinente a que sólo se

entraría a admitir la demanda una vez surtido lo que toca con la garantía, para poder en el mismo auto admisorio decretar el registro de la demanda, por no ser requisito para admitir la demanda que se decrete la medida cautelar, ni ser este auto la oportunidad exclusiva y única para hacerlo.

El registro de la demanda no siempre admite la posibilidad de que sea dejado sin efecto con la prestación de una caución por parte' del demandado, debido a que la naturaleza de esta medida impide la sustitución, porque ella pretende mantener jurídicamente idéntico el bien respecto del que opera y no cumpliría sus efectos si al finalizar el proceso lo que existiera en vez de aquel fuera dinero, póliza judicial o garantía bancaria, lo que es tanto más evidente si se considera que si el demandado enajena el bien con demanda registrada, quien lo adquiere sigue vinculado en iguales condiciones al proceso, de ahí mi opinión acerca de que el art. 590 del CGO al señalar que: “Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los peijuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.”, no tiene aplicación para la inscripción de la demanda si el proceso versa sobre bienes inmuebles y se afectan derechos reales sobre ellos constituidos.

En efecto, advierto que no se debe confundir la inscripción de la demanda cuando se afectan derechos reales como conse

cuencia de lo pretendido, con lo señalado en el inciso 2 del literal b) del art. 590 del CGP que expresamente permite la caución, pero cuando se trata de registro de la demanda en procesos declarativos en donde se debaten derechos personales, tema que adelante abordo, pero que si admite la caución para su levantamiento.

6.1.3. *El registro de la demanda frente a registros de otras demandas y de embargos*

El inciso tercero del art. 591 del CGP dispone que: "La vigencia del registro de otra demanda o de un embargo, no impedirá el de demanda posterior, ni el de una demanda el de un embargo posterior", disposición que requiere de una especial puntualización, porque de su análisis surgen dos situaciones, cuales son la concurrencia de dos o más registros de demanda y la de embargo y registro de demanda, que estudiaré a continuación.

Puede acontecer que respecto de un mismo bien se adelanten procesos diversos en los que se dan los presupuestos para registrar la demanda. El registrador tomará nota, en el orden de recibo de las comunicaciones, de las inscripciones dispuestas dentro de los diversos procesos y en el momento en que se profieran las sentencias el juez resolverá lo pertinente a la orden de cancelación de transferencias o gravámenes posteriores a cada inscripción, pero dejando igual los correspondientes a posteriores registros de demanda por así ordenarlo expresamente el artículo 591 cuando indica que si la pretensión del respectivo proceso prospera se cancelará el registro de la demanda en él ordenado y todos los registros y gravámenes posteriores "sin que se afecte el registro de otras demandas", aun cuando debo advertir que se

trata de una situación poco frecuente dados los requisitos que se exigen para registrar una demanda.

Así, por ejemplo, imaginemos el evento en que respecto del mismo predio se inicia un proceso de división del bien común y posteriormente uno de pertenencia. El registrador tomará nota de ambos registros (recuérdese que en estos procesos se decreta la inscripción por orden legal); si se adquiere el bien dentro del divisorio quien lo haya hecho estará sometido a las vicisitudes provenientes del de pertenencia sin que pueda alegar que el registro de la demanda fue posterior, pues es lo cierto que obró antes de la terminación de aquél y, además, tiene efectos generales ese fallo.

Para analizar el segundo aspecto, puede ocurrir que un bien respecto del cual existe registro de la demanda, sea embargado en otro proceso, por ejemplo en un ejecutivo. Ello es posible si se considera que el registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio.

Inclusive el bien embargado puede rematarse en el ejecutivo, caso en el cual quien remata queda en la misma situación de cualquier tercero, es decir, vinculado por efectos de la sentencia dictada en el proceso en que se decretó el registro de la demanda, sin que importe para nada si éste es anterior o posterior al embargo, lo que vincula a quien adquiere en remate es que la inscripción de la demanda se haya efectuado antes de la diligencia de remate.

Recuérdese que los derechos reales suponen las facultades de persecución y preferencia, por lo que la sentencia que declara

un derecho real puede ser oponible a cualquier persona que adquiera el bien luego del registro de la demanda, por ser ese el fin de la medida.

Para nada importa que el registro de la demanda haya sido anterior o posterior al embargo porque esta medida no conlleva transferencia del derecho de dominio, la que se da es con la subasta. Si el registro es anterior al remate le será oponible al adquirente, quien al rematar, se presume de derecho, estaba enterado de la existencia del gravamen y por lo tanto corría con las consecuencias de adquirirlo con tal vicisitud.

El registro de la demanda, como ya se advirtió, procede antes o después de un embargo y si se hace antes del remate vincula al adquirente, dado que si se discute un derecho real principal y éste corresponde a persona distinta de su actual y aparente titular, en caso de remate el adquirente no recibe un derecho de mejor calidad del que tenía su causante. Por lo antes expuesto debe admitirse la medida cautelar en todos los casos antes citados, máxime cuando ehinciso tercero del art. 591 es preciso en señalar que quinto del numeral primero que la vigencia de un embargo "no impedirá el de una demanda posterior".

Supongamos que X es propietario de una casa sobre la cual Y adelanta un proceso verbal destinado a que se declare nula la compraventa de dicha propiedad, por cuanto existió fuerza (vicio del consentimiento). Registrada la demanda, nada impide que Z, acreedor de X, obtenga en un proceso ejecutivo el embargo y secuestro del inmueble y lo lleve hasta remate. Quien adquiere el bien por este medio queda obligado por los efectos del fallo en

el proceso de idéntica manera a que si lo hubiera comprado de manera directa al propietario del inmueble.

Ahora bien, si el acreedor embarga el inmueble y luego de perfeccionado el embargo se inicia el proceso verbal y se registra la demanda, la situación del adquirente en el remate es similar, pues para que el registro tenga eficacia frente a terceros, lo reitero, sólo se requiere que la inscripción de la demanda sea anterior a cualquier acto dispositivo sobre el bien, en este caso al remate, aspecto que confirma el art. 452 del CGR cuando indica en su penúltimo inciso, que "si al tiempo del remate la cosa rematada tiene el carácter de litigiosa, el rematante se tendrá como cesionario del derecho litigioso".

Esta posibilidad eventualmente podría dar lugar a maniobras fraudulentas con el adelantamiento de un proceso de ejecución, pero la circunstancia es por completo ajena a la aplicación de los textos legales. Además, con las disposiciones sobre fraude procesal y su severa aplicación por parte de los jueces penales, estos riesgos pueden erradicarse fácilmente.

De otra parte, podría argüirse que si se registra una demanda antes o después de perfeccionado el embargo decretado en otro proceso, en últimas podría primar el embargo por cuanto según el art. 455 del CGP, quien remata ve consolidada su posición porque el auto aprobatorio del remate debe disponer la cancelación de los gravámenes que afecten los bienes y dado que el registro de la demanda es una especie de gravamen, también debería ordenarse su cancelación, la apreciación es por entero errada debido a que el art. 455 no se refiere a todos los gravámenes sino a la prenda y a la hipoteca, de ahí que los gravámenes originados por

el registro de la demanda no quedan cancelados, de igual manera que no lo quedan las condiciones resolutorias que puedan afectar el bien que se remató al ejecutado o las servidumbres que pesan sobre el mismo. Por tanto, se insiste, en el remate no se adquieren derechos diferentes a los que tema el ejecutado; con excepción de prendas e hipotecas que se cancelan, pero todos los demás gravámenes subsisten.

Si se registró la demanda, existía embargo sobre el bien y el proceso verbal termina antes del remate dentro del ejecutivo donde se perfeccionó el embargo, si el demandante en el proceso triunfa y estaba solicitando el derecho de dominio cuya restitución se ordena, debe cancelarse el embargo pues no se podría llevar a cabo el remate ya que el bien salió del patrimonio del ejecutado al prosperar la petición del demandante; carece de objeto llevar el proceso hasta el remate, dado que el fallo vincula a cualquier adquirente. Ahora, si se discutía otro derecho real, usufructo o uso, por ejemplo, se rematará la nuda propiedad o la propiedad con la correspondiente limitación.

Veamos para ilustrar lo anterior, el siguiente ejemplo: Carlos a quien se concede el registro de la demanda, adelanta un proceso verbal contra Luis, mediante el cual busca se le restituya un inmueble que en la sucesión de José se adjudicó a Luis, quien no es heredero de mejor derecho porque esa calidad la ostenta Carlos. Posteriormente el inmueble es embargado en un ejecutivo que se adelanta contra Luis, medida preventiva que se lleva a cabo (ya vimos que no es incompatible con el registro de la demanda). Triunfa Carlos y mediante fallo ejecutoriado se ordena que se le restituya el inmueble.

Si en el ejecutivo no se ha llevado a efecto el remate, deben cesar los efectos del embargo, pues carece de objeto realizar la subasta. Es más, si se hubiere rematado, los adquirentes estarían vinculados por la sentencia y con la obligación de reintegrar. Si aún no han subastado, ya no lo podrán hacer pues el embargo pesa sobre un bien que dejó de ser propiedad del ejecutado.

Si el ejecutivo se adelanta con base exclusivamente en la garantía hipotecaria y la hipoteca se constituyó antes de registrada la demanda, en desarrollo del principio de la buena fe y de lo previsto en el art. 590, numeral 1, letra a), el registro de la demanda no vincula al acreedor por haberse aceptado la hipoteca antes de la medida cautelar. Empero, si la hipoteca es posterior al registro, el proceso de ejecución no puede considerar la garantía hipotecaria y terminaría por sustracción de materia, salvo que se denuncien otros bienes, de resultar favorable la pretensión del demandante, pues se desembargaría el bien hipotecado subsistiendo, naturalmente, la obligación.

7. LA INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA CUANDO EL PROCESO VERSA SOBRE DERECHOS PERSONALES

Por definición art. 666 del C. C, “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse respecto de ciertas personas que, por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”

Por eso la H. Corte al cotejar los arts. 665 y 666 del C. C. se ha expresado con acierto al indicar que: "Difieren esencialmente las acciones que se derivan de los derechos reales de las que se originan en los derechos personales, pues mientras aquellos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 665 del Código son los que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, como los de dominio, herencia, usufructo, uso y habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca, estos son los que nacen de una obligación de una persona, surgida de un acto jurídico como un contrato o cuasi contrato, un hecho ilícito como un delito o cuasidelito o de la ley, según se infiere términos del artículo 666 ibídem".[49]

Mis anteriores y permanentes llamados para ampliar el ámbito de medidas cautelares dentro de los procesos declarativos hoy en esencia los verbales, fueron parcialmente acogidos a regañadientes, con la reforma del decreto 2282 de 1989 y es así como en el art. 690 se estableció que: "En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de los peijuicios provenientes de responsabilidad 'civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada, aquel podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado".

Empero, seguí insistiendo en que esta posibilidad debería darse desde un primer momento, por cuanto dejar a la inmensa mayoría de los procesos declarativos huérfanos de cautelas y permitir las más importantes de ellas tan sólo a partir de la sentencia

49 Corte Suprema de Justicia, sentencia de marzo 31 de 1982, publicada en *Código Civil,* Edición Especial del Centenario, Superintendencia de Sociedades, pág. 227.

de primera instancia, para nada aminora el problema determinado por la insolvencia buscada fraudulentamente por los demandados. La única diferencia estaba en que van a contar con menor tiempo para hacerlo, pero de todos modos es un plazo amplio como lo es el de la duración de la primera instancia, de ahí que la medida cautelar no tuvo efecto práctico, porque no atenuaba las posibilidades de maniobras en orden a insolventarse.[50]

50 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, 9 ed., pag. 920, en la que reitero desde la quinta edición que:" Se perdió, con ocasión de las reformas del decreto 2282 de 1989, la oportunidad para colocar el sistema procesal a tono con la época, pues mucho pesaron en el criterio de la comisión las voces alarmistas de quienes sostuvieron para negar la propuesta, que permitir embargos y secuestros dentro de los procesos ordinarios desde un primer momento, era dejar en manos de abogados deshonestos la posibilidad de quebrar a los demandados con la iniciación de procesos infundados y la práctica de tales cautelas desde la iniciación del proceso, olvidando que no se puede legislar con tal criterio pues siempre el delincuente hallará forma de buscar éxito en sus torvos propósitos, porque si se trata de cometer un fraude buscará el medio para hacerlo y lograr la misma finalidad, de una parte y, de la otra, porque para la medida existe la contra cautela en donde el juez dentro de sus poder discrecional al señalar el monto de la garantía en mucho puede contribuir a evitar este tipo de maniobras.

"Recuerdo que al proponer en el seno de la comisión encargada de preparar el proyecto de lo que sería el decreto 2282 de 1989, la posibilidad de que se decretará desde un primer momento embargos y secuestros, prestando la correspondiente caución para responder por los peijuicios, otro miembro de la comisión expresó sus apocalípticas prevenciones que llevaron a desechar la misma, proceder que demuestra la razón de la Corte Constitucional cuando en el fallo de tutela de octubre 1 de 1992 destacaba la inclinación de los colombianos a presentar situaciones exageradas "en muchas de las cuales juega más la imaginación que el rigor científico que debilitan ellas mismas el argumento que pretenden apoyar en cuanto escapan de la realidad cotidiana y construyen el análisis jurídico que de suyo exige ponderación sobre la base deleznable de hechos ficticios, o en relación con unos pocos casos tomados de la realidad y de contornos hábilmente dramatizados, cuya singularidad los caracteriza precisamente como excepcionales"

Y hacía el llamado para que: "Ojalá en futuras reformas se pueda obtener que en Colombia la regulación que hoy presenta el art. 690 en su numeral 8 se amplíe al momento de la iniciación del proceso y no se dé tan sólo al finalizar la primera instancia."

Este propósito se concretó a medias en la ley 1395 de 2010 cuyo espectro fue más amplio, pues, por fin, se le ha ido perdiendo el miedo a las cautelas en los procesos declarativos en los que se debaten derechos personales, si bien aún falta dar el paso definitivo y permitir las que hoy proceden tan solo a partir del fallo favorable de segunda instancia desde el inicio del proceso, aun cuando, justo es reconocerlo, el paso que se da en el Código General del Proceso es importante, pero no suficiente, pues de nuevo la iniciativa que presenté en la comisión, embargos y secuestros desde el principio del proceso con la correspondiente caución, fue cercenada.

Es así como en el art. 590 literal b) se indica como viable "La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de peijuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.", es decir, es pertinente esta cautela en todo asunto de responsabilidad civil cuando se persigue el pago de peijuicios.

La crítica a la norma está en que si el demandado carece de bienes sometidos a registro, no es viable la cautela y volvemos al ineficiente sistema de permitir embargos y secuestros tan solo a partir del fallo favorable de primera instancia, que es lo mismo que nada en la práctica y menos si se le consagra de una manera antitécnica al indicar el inciso segundo del literal a) del art. 590

del CGP que "Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso", lo que abre la discusión acerca de si también procede el embargo que como se sabe es una cautela diferente. -

En los procesos en que es pertinente la práctica de la inscripción de la demanda se previo como medida complementaria que: "Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella."

Adiciona la disposición que el demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los peijuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.", posibilidad que únicamente es viable de esta especial modalidad de registro de la demanda.

De otra parte, la reforma viene a derogar tácitamente o, por lo menos, a complementar y modificar los alcances de lo señalado en la ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito, que en el inciso segundo del art. 146 dispuso lo siguiente: "En los procesos que versen sobre indemnización de peijuicios causados por accidentes de tránsito, una vez dictada la sentencia de primera instancia, sin importar que ésta sea apelada o no, el juez decretará

el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, siempre y cuando el solicitante preste caución que garantice el pago de los peijuicios que con la medida puedan causarse. Tal medida se regirá por las normas del libro IV del Código de Procedimiento Civil, y se levantará si el condenado presta caución suficiente, o cuando en recurso de apelación se revoque la sentencia condenatoria o si el demandante no promueve la ejecución en el término señalado en el artículo 335, o si se extingue de cualquier manera la obligación".

En efecto, si la demanda va dirigida contra el dueño del vehículo con el cual se causó el daño en accidente de tránsito, es decir un caso evidente de responsabilidad civil extracontractual, es obvio que la norma antes transcrita no tiene aplicación debido a que la nueva disposición del CGP, por prever ese evento, tiene aplicación preferente y no será menester esperar al fallo favorable de primera instancia, pues se podrá registrar la demanda respecto del automotor, que es bien sometido a registro desde el inicio mismo del proceso y cuando se profiera el fallo favorable de primera instancia para solicitar embargos y secuestros de otros bienes, no es necesario prestar caución.

Finalmente recuerdo que por disposición del parágrafo del art. 597 del CGP "Lo previsto en los numerales 1,2,5, 7 y 10 de este artículo también se aplicará para levantar la inscripción de la demanda.", es decir si se pide por quien la solicitó, si se desiste, si se absuelve al demandado, si el titular del derecho de dominio no es la persona contra quien se decretó el registro y cuando pasaron cinco años del registro y no aparece el expediente, de ahí que me remito a lo que adelante explico con relación a estos numerales.

8. EL SECUESTRO DE BIENES MUEBLES

Según el artículo 590, num. 1, letra a), para que proceda el secuestro de bienes muebles no sometidos a registro, se requieren los mismos requisitos exigidos para la inscripción de la demanda, es decir, que exista petición de parte y que la sentencia, de ser estimatoria de la demanda, afecte derechos reales constituidos sobre dichos bienes.

Si los bienes muebles están sometidos al régimen del registro, pueden coexistir las dos medidas cautelares: el registro de la demanda para alertar y vincular a terceros y el secuestro para asegurar la integridad del bien; ninguna de las dos pone los bienes fuera del comercio.

En verdad, con frecuencia se cree que el secuestro coloca los bienes fuera del comercio; empero cuando el secuestro es medida autónoma, como ocurre en este caso, no genera tal consecuencia. El error está en considerar que el secuestro siempre va precedido de la orden de embargo y que lo perfecciona, lo que sólo sucede cuando el embargo decretado debe consumarse con el secuestro.

Destaco que existe una modalidad de proceso verbal donde a pesar de no reunirse los requisitos del art. 590 del CGP para decretar el secuestro de bienes muebles igualmente se permite; en efecto, procede cuando se aplica el art. 958 del C. C., según el cual si se reivindica una cosa mueble y se "tuviere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor podrá pedir su secuestro".

9. EL SECUESTRO DE INMUEBLES

A diferencia del secuestro de bienes muebles, que se puede decretar en cualquier estado del proceso, hasta antes de la sentencia de segunda instancia, el secuestro de bienes inmuebles requiere que el demandante haya obtenido en primera instancia sentencia favorable y que ésta sea apelada. En este caso se puede solicitar al juez de primera instancia que proceda a secuestrar el inmueble, por expresa disposición del Código, pues el a quo conserva competencia para realizar la diligencia de secuestro; tampoco es necesario prestar previamente caución como garantía de peijuicios, como si sucede en el secuestro de muebles.

Destaco que el art. 959 del C. C. señala: "Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en|a reivindicación". Armonizando las dos disposiciones, el secuestro del inmueble puede practicarse pero sin causar despojo al demandado, quien por expresa disposición del art. 959 del C. C. tiene derecho a gozar del bien hasta tanto el juicio no esté finalizado.

Podrá argumentársenos que, de acuerdo con esta tesis, si no se puede lograr el despojo, el secuestro carece de utilidad práctica. Ante la claridad del Código Civil, según el cual el poseedor tiene derecho a gozar del bien hasta tanto el juicio no esté terminado, no queda duda alguna acerca de la necesidad de respetar ese derecho; con todo, resulta de incuestionable utilidad el se

cuestro porque en el supuesto de obtener fallo favorable ejecutoriado (bien en segunda instancia, bien en casación), procede la entrega inmediata por parte del secuestre y si éste no cumple la orden del juzgado, el juez deberá realizar la diligencia de entrega sin que puedan admitirse oposiciones, con lo cual se garantiza un cabal y pronto cumplimiento del fallo.

Un secuestro sin despojo es perfectamente posible dado que al ocupante le deja en calidad de depositario del bien, que queda a órdenes del secuestre (quien debe vigilar para asegurar su integridad). Con esta interpretación se conciban los intereses del demandante con los del demandado, protegidos por el artículo 959 del C. C.

10. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL NACIONAL

10.1. *Anotaciones preliminares*

La ley 1563 de julio 12 de 2012 se erige como nuevo estatuto arbitral que vino a reemplazar el decreto 2279 de 1989 y tuvo como finalidad esencial la de, sobre la base de lo que había funcionado de la anterior legislación, mantener los derroteros generales, afinar algunos aspectos que lo requerían, suprimir textos que habían merecido fundadas críticas, reorganizar el orden de presentación de los diversos temas, armonizar, al acoger legalmente los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional C-1038 de 2002[51] y establecer en algunos campos nuevos enfoques.

51 Es frecuente el equívoco de criticar una nueva regulación bajo la errada óptica de que es menester acabar con lo existente. La conducta de "tierra arrasa-

Dentro de los temas que merecieron completa reestructuración, el de las medidas cautelares en el proceso arbitral se muestra como uno de los que deben ser destacados, debido a que en la tipificación incipiente e impráctica que se hacía en el art. 32 del decreto 2279 de 1989, se consagraron las cautelas que eran propias para procesos declarativos ordinarios en los que se discutían o afectaban derechos reales, controversias de escasa aplicación en los procesos arbitrales, en los que predominan las disputas sobre derechos personales, de ahí que fue nulo el empleo de las cautelas en el campo arbitral.

A partir del 12 de octubre de 2012 se pasa a una moderna regulación del sistema cautelar y se fortalece el poder de los árbitros en este campo, lo que aunado a la posibilidad de aplicar, según el caso, también las cautelas del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo, muestra un remozado y moderno panorama del tratamiento de las medidas cautelares en el proceso arbitral nacional, cuyas más salientes características someramente procedo a explicar.

10.2. Las medidas cautelares en la ley 1563 de 2012

Las medidas cautelares usualmente proceden por solicitud de cualquiera de las partes, en la mayoría de las veces, pero no necesariamente, la parte demandante, como normalmente acon-

da" no es buena, porque tiende a desconocer todo un acervo de conocimientos y regulaciones legales basadas en las reglas de la experiencia, que siguen siendo válidas en el respectivo momento histórico y que si han funcionado y siguen siendo útiles, no se justifica abolirías en aras de mostrar originalidad. Ese ha sido mío de los grandes defectos de recientes leyes.

tece[52] y se podrán ordenar, de manera excepcional, de oficio, de ahí que debe ser erradicado el equívoco atinente a que los árbitros están habilitados para decretar medidas de cautelas motu proprio, porque únicamente por vía de excepción, taxativamente señalada por la respectiva norma, es que esto es posible.

Un análisis sistemático de la normatividad propia de las cautelas en los campos del proceso arbitral, del procedimiento civil y del contencioso lo demuestra.

10.2.1. Inicialmente, resalto que el art. 32 de la ley 1563 de 2012 prescribe que "A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decreto, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes."

Dispone la misma norma que: "Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.", lo que evidencia que se trata de una conducta que puede ser ejercida oficiosamente pero en adición, ese es el condicionamiento, de que la parte interesada haya solicitado la medida cautelar, de modo que sin que exista la

52 Por ese equívoco en algunos casos se menciona como habilitado para solicitar medidas cautelares exclusivamente a la parte demandante, lo que no necesariamente es así, pues en ciertos eventos también la demandada las puede

solicitud de cautelas no las puede decretar de oficio el Tribunal de arbitramento, salvo norma expresa en contrario.

En otras palabras, la solicitud de parte del decreto de cautelas abre la puerta al poder de los árbitros de desarrollar la norma que transcribo[53].

Prosigue el artículo 32 destacando que: "Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.", observándose que en este caso la posibilidad de que el Tribunal actúe de oficio se predica de "la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.", es decir parte del supuesto de que existió petición de parte porque se modifica, sustituye o deja de operar lo que ya existe.

10.2.2. Y si vamos a la legislación del Código de Procedimiento Contencioso, similar es el tratamiento

En efecto, el art. 229 del Procedimiento Administrativo se refiere a la procedencia de medidas cautelares y señala que: "En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debida-

53 Es algo similar a lo que sucede en el proceso ejecutivo. Si no se proponen excepciones perentorias el juez no puede decretar pruebas de oficio. Presentadas, recobra esa facultad, incluso para establecer otras que no han sido propuestas y no es obligatorio alegar.

mente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias (.....).

En el parágrafo de la disposición, expresa y taxativamente, establece la excepción que reafirma la regla, al advertir que: "Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.".

El art. 231 ib. destaca como requisitos para decretar una medida cautelar que "Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.".

El art. 233 ib adiciona que: "La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso."

10.2.3. Si se acude al art. 590 del Código General del Proceso, el tratamiento no varía, pues destaca: "Medidas cautelares en procesos declarativos. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. ..Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares (.....) "Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso." (....) "Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella."[54]

Se faculta al juez de oficio para decretar: "c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho", lo que destaca que es menester que exista la solicitud de una para así poder hablar de otra, lo que se reafirma con la posterior indicación, que hace el mismo artículo, acerca de que: "Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. "

10.2.4. Como conclusión de este aparte, se tiene que las medidas cautelares en el proceso arbitral mantienen su característica central de ser a solicitud de parte que se pueden practicar, salvo que una norma de manera expresa la autorice de oficio.

Empero, solicitada cualquier medida cautelar, se abre para los árbitros el poder modulatorio para disponerla en la forma que consideren mejor se protegen los mutuos intereses de las partes,

54 Advierto que estas, dos cautelas no son pertinentes en el proceso arbitral, por ser este de única instancia.

el que le permite incluso realizar sustituciones u ordenar el cese de ellas.

10.2.5. Además de las medidas de cautela que se contemplan en el art. 32 de la ley 1593 de 2012, son procedentes las que de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, están contempladas en tales estatutos, sometidas en un todo a los que señalen "a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes."

Pone de presente lo anterior que si el proceso arbitral versa sobre controversias propias de contratos estatales, serán las cautelas tipificadas en el Código de Procedimiento Administrativo las que se pueden aplicar; pero si el proceso arbitral versa sobre conflictos de derecho privado, serán las tipificadas en el Código General del Proceso, dada la especificidad de las mismas para cada uno de estos campos y siguiendo los parámetros procedimentales y cumpliéndose los requisitos propios de cada estatuto.

Así, se tiene que si el proceso recae sobre un contrato de la administración, a más de las cautelas que se consagran en el estatuto arbitral, se pueden dar las previstas en los artículos 229 a 235 del CPACA, pero si es de otra índole, en adición a las expresamente contempladas en el art. 32 de la ley 1563 de 2012, se pueden decretar las previstas en el art. 590 del Código General del Proceso.

Aspecto que se prestó a inquietudes, pero que no tuvo resonancia debido al poco empleo de las cautelas en el proceso arbi

tral regulado por el decreto 2279 de 1989, es el concerniente con la facultad de los árbitros para comisionar a jueces de la justicia ordinaria para practicar estas medidas, circunstancia que legalmente se aclara con lo que queda resuelta cualquier inquietud en tomo a la licitud y procedencia de esta modalidad de comisión.

Bajo los parámetros propios de las comisiones entre jueces, expresamente se determina que: "El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente."

Se desprende de la norma antes citada, que si bien es cierto, es opción de los árbitros comisionar en procesos donde se ventilen litigios propios de contratos estatales a los jueces administrativos o a los jueces civiles, no existe esa misma posibilidad si el arbitramento versa sobre asuntos propios del derecho privado, pues en esta hipótesis únicamente se puede comisionar a los jueces civiles municipales o del circuito del lugar en donde debe ser practicada la diligencia.

La razón de ser de esta regulación estribó en que se tuvo en cuenta que no en todos los municipios existen jueces administrativos, pero ya es del fuero del Tribunal, si en el lugar existen los dos escoger, el que quiera, sin necesidad de explicación alguna y no estándole permitido al juez civil del lugar excusarse de cumplir la comisión pretextado que en el mismo también existe juez administrativo, auú cuando es de esperar que en estos casos los

árbitros prefieran dirigirse al juez administrativo del lugar, dada su especialidad.

Tampoco impide la comisión el hecho de que el Tribunal de arbitramento tenga su sede en el mismo municipio en el cual se deba practicar la diligencia, pues la norma transcrita no establece ninguna limitación.

Teniendo en cuenta que respecto de la competencia territorial de los árbitros no existen las limitaciones propias de los jueces, al tener aquellos competencia en todo el territorio nacional, nada impide que si así lo consideran pueden practicar directamente las cautelas que decretan, aun cuando fácil es augurar que poco inclinados a hacerlo estarán.

10.2.6. Para decretar la medida cautelar, recuerdo, usualmente a solicitud de parte, señala el art. 32 que "el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.", norma que no es dechado de precisión, pues no es esta la ocasión para apreciar "la legitimación o interés para actuar de las partes", de modo que si quien solicita la medida está reconocido en el proceso como parte, sobra cualquier otra consideración de fondo acerca del aspecto atinente a su legitimación para hacerlo, pues se trata de aspecto sobre el que el juez puede pronunciarse excepcionalmente al inicio del proceso si se presenta el hecho como excepción previa, o en la sentencia o laudo.

Cuestión diferente es la de que el Tribunal deba, para efectos de decretar la cautela solicitada, estimar "la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho" y, además, agrega la

disposición, “el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho”, es decir son dos aspectos que desde épocas pretéritas se conoce como fiimus bonis iuris y periculum in mora, consideraciones subjetivas que habían sido eliminados en la legislación que se reemplaza y cuyas directrices se habían mantenido como guía teórica para fijar el monto de las cauciones, pero que ahora sirven de orientación legal para que los árbitros puedan ejercer el poder de modular la cautela pedida y buscar la proporcionalidad en la medida, al estar autorizados para “ si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.”, o incluso para negar su decreto.

En desarrollo de esta misma potestad “El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.”

Como se observa son aspectos por entero novedosos que demandan del Tribunal un estudio serio y mesurado, en especial cuando de oficio pueden disponer el cese de la cautela.

Agrega el art. 32 que “para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente ai veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y peijuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior ai momento de decretar la medida.”.

La razón de la norma, se halla en la necesidad de agilizar el decreto y práctica de la cautela, pero si el solicitante estima que la caución debería ser menor del 20%, bien lo puede solicitar al Tribunal para que este decida si fija una cantidad menor, obviamente con la demora que ese proceder conlleva.

El art. 32 mantiene la posibilidad de que la parte respecto de la cual se decretaron medidas cautelares “relacionadas con pretensiones pecuniarias”, es decir que están encaminadas a asegurar el pago de la eventual condena, pueda “impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los peijuicios por la imposibilidad de cumplirla.”, monto de la misma que el Tribunal debe fijar tomando en cuenta los criterios que orientan el decreto de ellas, antes citado.

10.2.7. Uno de los más significativos avances en la regulación de las medidas cautelares, con espectro en toda la noimatividad procesal colombiana, sin duda alguna es el contenido en el parágrafo del art. 32 que dispone: “Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.”, lo que no es nada diverso a practicar pruebas dentro del proceso, pero de manera inmediata, es decir antes de la etapa probatoria y se erige en una importante herramienta, porque en veces pueden ser tardías las que se decreten para practicar en la etapa probatoria.

Ciertamente, a nadie escapa que no es extraño que se “maquillen” balances, se borren archivos electrónicos, se alteren documentos que se guardan consecutivamente, entre otras con

ductas poco ortodoxas, para lo cual se cuenta con un lapso muy amplio, debido a que desde la presentación de la demanda a la práctica de pruebas bien pueden transcurrir cuatro o seis meses, de ahí la utilidad de esta herramienta que puede impedir o al menos dificultar esta clase de conductas.

Teniendo en cuenta que en este caso de manera expresa, el art. 32 señala que se trata de una modalidad especial de medida cautelar, estimo que es pertinente hacer uso de esta posibilidad únicamente a solicitud de cualquiera de las partes, pues sin duda también puede ser del interés de la parte demandada acudir a ellas, de ahí que de oficio no es pertinente su decreto, es decir que para este especial evento y lo reitero, por tratarse de una medida cautelar, es necesariamente imperiosa la solicitud previa de parte, por la simple razón de que no se autoriza esta conducta de oficio.

Esta prerrogativa se extiende a toda clase de procesos, dado que culmina el parágrafo advirtiendo que: "Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales."

10.2.8. Finalmente, destaco que con la remisión que hace el art. 32 a las cautelas del CPG, es claro que dentro de los procesos arbitrales que versen sobre asuntos propios del derecho privado y reunidos los requisitos previstos para cada una de ellas, son viables la inscripción de la demanda "y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes"; también "La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos

a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de peijuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.", esta última que, sin duda, será una de las de mayor empleo.

11. *Disposiciones especiales para las medidas cautelares en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes.*

Es el art. 598 del CGP la norma que se ocupa de regular las cautelas en los mencionados procesos de familia las que son de dos clases personales y reales.

De contenido personal como la residencia separada de los cónyuges, los exámenes para evitar la suposición de parto y la custodia de los hijos, y las reales, o sea las que recaen sobre bienes; serán estas últimas las que paso a estudiar en primer término.

La disposición se encarga de señalar" que son viables tanto el embargo como el secuestro de bienes muebles e inmuebles, medidas que en sus alcances generales, aplicables a todo proceso, ya se analizaron.

No obstante, los bienes objeto de estas medidas preventivas deben, de conformidad con el art. 1781 del C. C., pertenecer a la sociedad conyugal, es decir, deben ser gananciales y figurar en cabeza de cualquiera de los cónyuges.

En virtud del régimen de comunidad de bienes en el matrimonio que impera en Colombia, raras veces se pacta la separación antes del matrimonio mediante capitulaciones, de modo que los que adquieran los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal, si son de los previstos en el art. 1781 del C. C., se pueden radicar en cabeza de uno o de ambos, teniendo cada cónyuge la facultad de disposición sobre ellos, si están exclusivamente en su cabeza, o de sus derechos, si pertenecen a los dos.[55]

Al disolverse la sociedad conyugal por cualquier motivo, esos bienes, para los cuales existe la libre administración, entran a formar el haber de la sociedad con el fin de repartirlos por mitad entre los consortes; para los pasivos se contempla similar situación, porque mientras no se haya disuelto la sociedad cada cónyuge responde exclusivamente por las deudas que adquirió, salvo excepciones legales que imponen solidaridad, pero disuelta, el patrimonio de la sociedad responde por la totalidad de las obligaciones surgidas dentro de ella.

Por elló, cuando se adelanta un proceso de los mencionados, recordemos que sólo la ejecutoria de la sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda disuelve la sociedad conyugal, se corre el peligro de que mientras tal cosa sucede, uno de los cónyuges, aprovechando esa facultad de libre disposición de los bienes, proceda a enajenarlos o gravarlos en peijuicio del otro.

55 El sistema empieza a atemperarse. Muestra de ello es la ley 258 del 17 de enero de 1996 que en su artículo Iº entiende afectado "a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia". Y en el art. 3º exige para su venta o gravamen el consentimiento de ambos cónyuges.

Atendido lo anterior, cualquiera de los cónyuges, sea demandante o demandado en uno de estos procesos, puede pedir la medida preventiva con el fin de asegurar que los bienes que. pertenecen a la sociedad conyugal y que deben ser objeto de liquidación, no se distraigan; ésta es la razón por la cual el art. 598 del CGP, autoriza en el numeral Iº el embargo y secuestro, según el caso, de "los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza de la otra", no importa quién sea el demandante.[56]

Téngase en cuenta que en la diligencia de secuestro existe la posibilidad de que se presenten oposiciones por parte de terceros poseedores, pues no puede perderse de vista que esta eventualidad obra respecto de toda clase de secuestros.

Adicionalmente, estimo que existe un evento en el cual puede admitirse la oposición del cónyuge respecto del cual se decretó la medida y es cuando en el momento de la diligencia acredita que los bienes sobre los cuales se quiere hacer efectivo el secuestro son bienes propios. El motivo es obvio: si expresamente la ley lo autoriza para adelantar un incidente destinado a que se levante el secuestro y, en consecuencia, también el embargo, demostrando que se están afectando bienes propios, perfectamente lo puede acreditar en el momento mismo del secuestro. Sería fal

56 Estas cautelas son procedentes dentro del proceso de liquidación de sociedades conyugales aún respecto de los inmuebles que estuvieron afectados a vivienda familiar de acuerdo con la ley 258 de 1996, debido a que dispone el artículo 4º de la misma que la afectación se levanta, entre otros eventos, "6.- Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley". No obstante se toman improcedentes en la etapa previa a la orden de disolución por cuanto subsiste la afectación y como consecuencia de ella los bienes que cobija son inembargables.

ta de elemental sentido jurídico aseverar que debe permitir que exista el secuestro y luego sí promover el incidente de levantamiento, máxime si aquí no se está alegando oposición por ser poseedor material, que no viene al caso, sino una circunstancia diversa como es el hecho de que el bien es propio, lo que de estar probado desde la diligencia misma, permite admitir la oposición y no secuestrar.

El embargo y secuestro se mantendrán durante todo el curso del proceso y dentro de los dos meses siguientes de la ejecutoria de la sentencia que decrete la disolución de la sociedad conyugal o patrimonial; pero si dentro de ese plazo no se promueve la liquidación, que es ante el mismo juez que decretó la disolución, se procede a levantar tales medidas, aun de oficio.

Si la petición se presenta dentro del plazo señalado por la ley y se notifica el auto admisorio de la demanda o de la solicitud de liquidación, las medidas preventivas mantienen su eficacia durante todo .el proceso de liquidación; es éste uno de los varios casos previstos por el Código en el cual los efectos de las medidas preventivas practicadas en procesos ya finalizados se extiende a otra actuación.

Si tenemos presente que de acuerdo con el art. 25 de la ley Iª de 1976, es posible realizar de común acuerdo la liquidación de una sociedad conyugal disuelta por sentencia judicial y los cónyuges acuden a este sistema dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, se pueden levantar las medidas preventivas aun antes del vencimiento del plazo cuando exista petición de las partes, o por lo menos de una de ellas, así no haya sido quien las solicitó, si acredita que ya se efectuó en debida

forma la liquidación por escritura pública. En tal caso carecería de objeto mantener la medida preventiva porque ya no existiría el trámite de la liquidación.

11.1. *Prelación de las medidas cautelares decretadas en los procesos de ejecución sobre las de los procesos de liquidación*

Es de particular importancia señalar que el embargo y secuestro decretados en los procesos de ejecución priman sobre los embargos y secuestros decretados con base en la norma que venimos explicando, siempre y cuando estén perfeccionados antes de "quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en ellos se dicte". Así, por ejemplo si en un proceso de separación de bienes existe una casa de propiedad de uno de los cónyuges y se practica su embargo, si antes de la ejecutoria de la sentencia en el proceso de familia, un acreedor del cónyuge embarga ese bien, prima éste segundo embargo; por expresa indicación del art. 598 numeral 2, el registrador deberá inscribir el embargo decretado en el proceso ejecutivo y cancelar el ordenado en el de familia, dando cuenta de ello al juez. Es decir, el embargo decretado en el proceso ejecutivo, prevalece sobre el dictado con fundamento en el art. 598, no obstante ser posterior.

Constituye éste un evento de prelación de embargos decretados en procesos de diferente especialidad, porque el del ejecutivo usualmente lo ordena el juez civil y el otro, el juez de familia, circunstancia que con claridad se desprende del numeral 2 del art, 598 al indicar que: "(...) con tal objeto, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su inscripción, el registrador cancelará el anterior e informará de inmediato y por escrito al juez que adelanta el proceso de familia, quien, en caso

de haberse practicado el secuestro, remitirá al juzgado donde se sigue el ejecutivo copia de la diligencia a fin de que tenga efecto en éste, y oficiará al secuestre para darle cuenta de lo sucedido. El remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en éstas se desembarguen, se considerarán embargados para los fines del asunto familiar."

Si el proceso donde se practicó la medida preventiva tiene sentencia en firme y en ella se dispone la disolución de la sociedad conyugal, el embargo solicitado en el proceso de ejecución no procederá en estas circunstancias pues deja de ser prevalente y lo que debe hacer el acreedor que inició la ejecución, dejando a salvo la posibilidad de proseguir en su proceso buscando otros bienes, es presentarse a la liquidación de la sociedad conyugal, con el fin de que dentro de su trámite se le reconozca y cancele el crédito y es por eso que el mismo numeral 2 adiciona que: "Ejecutoriada la sentencia que se dicte en los procesos nulidad, divorcio, cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, cesará la prelación, por lo que el juez ío comunicará de inmediato al registrador, para que se abstenga de inscribir nuevos embargos, salvo el hipotecario."

Ahora bien, no puedo desconocer que lo previsto en el art. 598, num. 2,[57] se presta a maniobras fraudulentas dada la facilidad con que se pueden crear obligaciones ficticias, pues hay per

57 No se vaya a pensar que la norma es inadecuada, por cuanto corresponde a la protección que por ley debe darse a los acreedores incluso frente a los mismos cónyuges, pues no puede perderse de vista que también podrían estos adelantar procesos amainados con el fin de embargar bienes y dificultar el ejercicio de los derechos de aquellos, quienes, de no existir la norma, deberían esperar para hacerlos valer en la liquidación. Lo censurable es la indebida utilización de ella.

sonas que por amistad, o incentivadas económicamente se prestan a colaborar en tales conductas, sabiendo la dificultad de que se les demuestre el fraude, circunstancia que es aprovechada con el fin de iniciar procesos ejecutivos para menoscabar los intereses patrimoniales de uno de los cónyuges.

Esta conducta constituye grave delito y es de esperar que la justicia penal la castigue con severidad, ya que el juez civil poco puede hacer para evitar la ejecución de la maniobra dolosa habida cuenta de la presunción de autenticidad que acompaña a los documentos que se presentan y la buena fe que también se presume en quien los utiliza.

Mientras no se reforme drásticamente el régimen de bienes de la sociedad conyugal, subsistirán los problemas de sustracción de bienes y creación de obligaciones ficticias, realizadas normalmente a través de elaboradas y casi perfectas maniobras; el único remedio de fondo es establecer un real régimen de comunidad de bienes, es decir, obligando a que los dos cónyuges sean titulares de todos los bienes adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio o con los frutos de los bienes que son propios de los esposos, desde el momento de su adquisición y que ésta y su disposición únicamente se pueda llevar a cabo de manera conjunta, lo que al menos para los bienes sujetos a registro representaría una gran seguridad para la integridad del haber social.

11.2. *El incidente de levantamiento del embargo y del secuestro de los bienes propios*

Conforme al sistema patrimonial del matrimonio en Colombia, los cónyuges suelen ser titulares del derecho de propie

dad de bienes que no pueden entrar a formar parte de la masa de la sociedad conyugal, como los inmuebles habidos antes del matrimonio, los bienes adquiridos a título gratuito dentro del mismo o los adquiridos con el producto de la venta de un bien propio que subrogó el enajenado y son los que constituyen los denominados bienes propios.

Si en el proceso se embargan o secuestran bienes propios de uno de los cónyuges, si no se ejercitó la oposición antes explicada en la diligencia, puede adelantarse un incidente para obtener su desembargo o este y el levantamiento del secuestro si se dieron las dos cautelas. Así lo permite el art. 598, num. 4, cuando dispone que: "Cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes podrá promover incidente con el propósito de que se levanten las medidas que afectan sus bienes propios", norma que infortunadamente no establece un plazo de caducidad para la presentación de tal solicitud.

En mi concepto, esta petición se puede presentar hasta antes de la aprobación de los inventarios y avalúos en la audiencia que se señala para tal fin, pues se aplican las normas del proceso de sucesión por expresa remisión del art. 523 inciso quinto del CGP mismo, por ser esta la oportunidad final de que disponen los interesados para efectos de cuestionar la inclusión de bienes y pasivos en la partición, por cuanto el art. 501 del CGP señala que: "la objeción al inventario tendrá por objeto que se incluyan partidas indebidamente incluidas o que se excluyan las deudas o compensaciones debidas ya sea a favor o a cargo de la masa social", objeciones que "se decidirán a continuación de la audiencia mediante auto apelable", por tanto, estimo que es este el

límite máximo con que se cuenta para promover el incidente de desembargo o levantamiento del secuestro, por cuanto no es posible predicar para este evento lo previsto en el numeral 8 del art. 597 del CGP., que otorga un plazo de 20 días a partir de la fecha de la diligencia, debido a que este caso concierne es al tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro y ninguno de los cónyuges tiene dicha calidad dentro del proceso.

11.3. *La ley de afectación a vivienda familiar y las medidas cautelares*

La ley 258 de 1996 como un paso inicial a lo que debe ser el replanteamiento integral del régimen de la sociedad conyugal y la de compañeros permanentes, estableció que se entiende afectado a vivienda familiar "el inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia", destacando el art. 7 de la misma que el bien afectado es inembargable, salvo cuando se trate de hipotecas constituidas antes de la afectación o para respaldar préstamo destinado a la adquisición o construcción del inmueble", lo que obra respecto de terceros; además, el estatuto impide, al menos respecto del específico inmueble maniobras de disposición del cónyuge titular, dado que la afectación, según el art. 2 de la citada ley "opera por ministerio de la ley respecto a las viviendas que se adquieran con posterioridad", y para todo acto de traslado o gravamen requiere de la firma conjunta de los cónyuges.

Además, el artículo 11 dispone que "Cuando se demande el divorcio, la separación judicial de cuerpos o de bienes, la declaratoria de unión marital de hecho, la liquidación de la sociedad

conyugal o de la patrimonial entre compañeros permanentes, el demandante podrá solicitar la inscripción de la demanda en la oficina de registro de instrumentos públicos donde aparezca inscrito el inmueble sometido a la afectación de vivienda familiar y los inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal, o en cualquiera de las entidades que la ley establece para el registro de bienes sujetos a este requisito", medida cautelar innecesaria si se tiene en cuenta que para esos mismos procesos y clase de bienes se contemplan la de embargo y secuestro, a todas luces más efectivas, de manera que debe entenderse que el registro de la demanda será viable cuando el interesado no quiere embargar y secuestrar bienes sino alertar y vincular a terceros, pero que de llegar a ser empleada obliga al juez a aplicar en lo pertinente el art. 590 del CGP.

11.4. *Las medidas cautelares personales*

Se consagran en el numeral 5 del art. 598 del CGP y cualquiera de las partes puede pedir que se cumplan, pero que, salvo una, puede adoptar el juez aún de oficio, al iniciar la redacción señalando quei "Si el juez lo considera conveniente, también podrá adoptar, según el caso, las siguientes medidas" y es así como puede: "Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si éstos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero."; también "Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero.", y "Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de éstos.", medida esta que debe complementar con la de dar "aviso a las autoridades de emigración para que

el demandado no pueda ausentarse del país sin prestar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación hasta por dos (2) años.", pero para cuya efectividad no puede decretar de oficio embargos y secuestros del bienes del obligado debido que respecto de esta cautela el literal 3) del art. 598 prescribe que: "No obstante, tan solo a petición de parte puede decretar "el embargo y secuestro de los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso."

Adicionalmente está facultado el juez para "Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto."

También puede el juez adoptar medidas cautelares innominadas, pues de acuerdo con su criterio está facultado para disponer "cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente.", lo que pone en evidencia los amplios poderes con que se dotó al juez de familia respecto del empleo de cautelas.

12. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS EMBARGOS Y SECUESTROS DENTRO DEL PROCESO EJECUTIVO

Bien vale la pena recordar aquí lo que tantas veces repito a mis alumnos: el mejor proceso ejecutivo es aquel en el que rápida y oportunamente se logra dar efectividad a las medidas cautelares porque el proceso termina generalmente por pago al ser estas perfeccionadas, de ahí que en buena parte el éxito en este proceso depende de la pronta práctica de las dos cautelas previstas para el mismo, embargos y secuestros, pues desde ahora dejo sentado que en este proceso son la únicas medidas que proceden y es así como a más de las normas ya estudiadas referente a su práctica y vicisitudes, de integral aplicación en el ejecutivo, procedo al análisis del art. 599 del CGP que consagra disposición especial para este proceso.

Conforme al artículo 599, desde que se presenta la demanda el ejecutante puede solicitar embargos o secuestros[58] de bienes del ejecutado, peticiones que pueden formularse en escrito separado o como parte misma de la demanda ejecutiva, respecto de las que no es menester formar un cuaderno especial, pues el CGP no exige dichas formalidades y sin que sea menester prestar caución por parte del ejecutante debido a que la misma no está

58 Si se trata de bienes sometidos a registro es menester antes del secuestro embargarlos, según lo señala el art. 601 del CGP: "El secuestro de bienes sujetos a registro sólo se practicará una vez se haya inscrito el embargo. En todo caso, debe perfeccionarse antes de que se ordene el remate; en el evento de levantarse el secuestro, se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del articulo 596.El certificado del registrador no se exigirá cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos, o la posesión sobre bienes muebles o inmuebles."

prevista para esta oportunidad del proceso, de modo que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo puede el juez dictar otro auto en que ordene las medidas solicitadas.

En este proceso el juez no puede decretar medidas preventivas de oficio, salvo que se trate de un proceso ejecutivo para la exclusiva realización de la garantía real, en el cual, con el mandamiento de pago, debe decretarse oficiosamente el embargo y secuestro del bien.

En los restantes ejecutivos con garantía personal no procede de oficio ninguna medida preventiva, ya que el demandante siempre debe solicitarlas o el ejecutado denunciar bienes para que aquellas se realicen; es decir, los embargos y secuestros sólo proceden a petición de cualquiera de las partes, porque el art. 599 del CGP también le permite solicitarlas al ejecutado debido a que el parágrafo de la norma dispone que: "El ejecutado podrá solicitar que de la relación de bienes de su propiedad e ingresos, el juez ordene el embargo y secuestro de los que señale con el fin de evitar que se embarguen otros, salvo cuando el embargo se funde en garantía real. El juez, previo traslado al ejecutante por dos (2) días, accederá a la solicitud siempre que sean suficientes, con sujeción a los criterios establecidos en los dos incisos anteriores.", aun cuando normalmente es el ejecutante quien las pide y, específicamente, sólo él puede hacerlo en la etapa inicial del proceso cuando se solicitan antes de la notificación del mandamiento ejecutivo; es más, en la gran mayoría de los casos es aconsejable que así se haga, para evitar maniobras fraudulentas del ejecutado destinadas a insolventarse.

De conformidad con el inciso segundo de la norma, al decretar las medidas precautelativas el juez podrá limitarlas a lo necesario; con ello se quiere evitar el abuso en el ejercicio del derecho de litigar cuando se embargan en exceso bienes del demandado. Según el Código el valor de los bienes embargados "no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas", aspecto que, como bien se ve, no constituye una fórmula matemática absoluta sino una guía que, de otra parte, no se aplica cuando los bienes han sido embargados o secuestrados en ejecutivo en el que se ejercita exclusivamente la hipoteca o la prenda, habida cuenta de la indivisibilidad de tales garantías o cuando se trata de un solo bien.

Par dar un ejemplo, supóngase que para garantizar el pago de una obligación que asciende a doscientos millones de pesos se embargue y secuestre un carro que vale quinientos millones de pesos; claramente se ve que en este caso no puede aplicarse la disposición que comento, pues es un imposible jurídico limitar la medida sólo a una parte del automóvil. También es improcedente la limitación cuando el bien puede ser objeto de división, pero ésta supone notable disminución en su valor o negociabilidad como ocurriría si se embargan dos máquinas que son autónomas como objetos, pero complementarias en su función; todos estos aspectos los debe analizar el juez y decidir de acuerdo con su buen criterio.

Empero, no hay obstáculo para solicitar medidas preventivas adicionales cuando la duración del proceso haga insuficiente los bienes embargados, si los inicialmente objeto de la medida, suficientes en el momento, dejaron de serlo.

Según el inciso cuarto del art. 599 al momento de practicar la diligencia de secuestro el juez se entiende que esta facultad también la tiene el funcionario que actúa como comisionado, puede limitar de oficio los secuestros si observa que el valor de los bienes denunciados excede notoriamente el del crédito, o dentro de la diligencia surgen pruebas que así lo evidencien tales como facturas, libros de contabilidad, etc.; por ello resulta útil que en los despachos comisorios para realizar secuestros se incluyan los datos referentes al valor del crédito cobrado, con el fin de que el funcionario comisionado cuente con una guía para dar cabal aplicación al inciso que se estudia y con el cual se quiere evitar el abuso en el ejercicio del derecho de litigar, tan frecuente en este tipo de diligencias.

Dos son los criterios que debe observar el juez para limitar los secuestros en el momento de la diligencia: el primero, cuando advierta que los bienes denunciados tienen un notorio valor, sin necesidad de pruebas acerca de su estimación pecuniaria, tarea que se facilita si se considera que en la mayoría de los casos los bienes objeto de la medida son de naturaleza similar (automóviles, electrodomésticos, muebles); el segundo, cuando en la diligencia se allegan pruebas (facturas, recibos, libros de contabilidad, etc.) sobre el valor de los bienes; debe quedar muy claro que tales pruebas no obligan al juez, porque poco importa, v. gr., que se diga que una máquina de escribir vale en libros de contabilidad tal suma de dinero, si por su estado y conservación el juez concluye que su valor comercial es menor o mayor.

No se trata de acudir a criterios matemáticos para estimar el exceso en el embargo sino de evitar la comisión de actos noto

riamente peijudiciales para el demandado pues si con el secuestro de unos bienes queda ampliamente garantizado el pago de la obligación, resulta innecesario gravar aún más al demandado con la práctica de la medida sobre otros.

No debe confundirse la posibilidad que tiene el juez de limitar los embargos y secuestros a lo necesario de acuerdo con el criterio guía ya explicado con la reducción de embargos prevista en el art. 600 del CGP, que es el instrumento legal mediante el cual el demandado o aún de oficio el juez, trata de restablecer el equilibrio en los casos en que el juez no lo pudo hacer oportunamente dentro de la diligencia, petición que sólo es posible efectuar desde que se consuman los embargos y secuestros hasta "antes de que se fije fecha para el remate".

En efecto, señala el art. 600 del CGP que: "En cualquier estado del proceso una vez consumados los embargos y secuestros, y antes de que se fije fecha para remate, el juez, a solicitud de parte o de oficio, cuando con fundamento en los documentos señalados en-el cuarto inciso del artículo anterior considere que las medidas cautelares son excesivas, requerirá al ejecutante para que en el término de cinco (5) días, manifieste de cuáles de ellas prescinde o rinda las explicaciones a que haya lugar. Si el valor de alguno o algunos de los bienes supera el doble del crédito, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, decretará el desembargo de los demás, a menos que estos sean objeto de hipoteca o prenda que garantice el crédito cobrado, o se perjudique el valor o la venalidad de los bienes embargados."

Es una nueva oportunidad para limitar las cautelas y es un importante complemento del derecho del ejecutado a solicitar re

ducción de embargos, el mecanismo oficioso radicado en cabeza del juez, cuyo ejercicio estará orientado por los criterios y parámetros consagrados en el art. 599.

No obstante, si el ejecutante requerido nada manifiesta acerca de los bienes de los que prescinde, será el juez de acuerdo con su criterio, quien haga la elección de los que dejan de estar afectos al proceso.

Adiciono que la razón de ser de esta norma obedece a que en la práctica resulta frecuente que el ejecutante ai tratar de localizar bienes del ejecutado, muchas veces actúa en diversos frentes tratando de obtener adecuadas garantías, pero sin tener la certeza de la existencia de ellos y al juez le es imposible aplicar algún criterio que le permita limitar los embargos.

Por ejemplo, si se trata de embargos de cuentas corrientes, el funcionario que oficia al banco limita hasta un determinado monto el embargo; pero como se expiden varios oficios para otros tantos bancos, bien puede acontecer que si el ejecutado tiene saldos en más de una institución bancaria se presente exceso en el embargo, sin que haya sido el propósito del demandante embargar en exceso, pues, se reitera, lo que en estos casos ocurre es que se trata de obtener las adecuadas garantías pero sin que exista certeza de la existencia de ellas hasta cuando se perfecciona la cautela.

También puede el ejecutante prescindir de determinadas cautelas, desistiendo de ellas, cuando es evidente su exceso, conducta además aconsejable para todos aquellos eventos donde se encuentra que la efectividad de las medidas resultó mayor de la esperada,

como no es raro que suceda en la práctica, lo cual además le permite desistir de aquellos embargos que recaen sobre bienes de más difícil realización o que constituyen un menor medio de presión en el ejecutado para impelerlo a pagar prestamente[59].

Conforme al artículo 600 cuando hay lugar a reducir embargos pero se ha embargado el remanente, el juez dispondrá que los bienes pasen al juzgado para que queden afectos al proceso en donde se decretó el embargo del remanente, de modo que en este caso realmente no existe terminación del embargo y/o secuestro por ser obvio que la medida sigue vigente.

Queda así claramente definido que la limitación de embargos y secuestros es una conducta que debe observar el juez en los casos que le es dado hacerlo en el momento de decretar o practicar tales medidas, mientras que la reducción de embargos o secuestros es petición que el demandado debe presentar dentro de unas precisas oportunidades o que el juez puede impulsar de oficio en cualquier momento, pero nunca decretar de plano porque siempre debe"oír antes al ejecutante.

12.1. *La caución para garantizar los perjuicios que ocasionen las medidas cautelares en el proceso ejecutivo*

Como antes se advirtió, el ejecutante no debe prestar ninguna caución para efectos de solicitar medidas cautelares, salvo en el evento previsto en el inciso quinto del art. 599 que dispone: “En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepcio

59 Es un aspecto psicológico. Usualmente es más impactante en el ejecutado que le embarguen y secuestren determinados bienes, por ejemplo su automóvil o su sueldo, que otros que pueden tener aún más connotación económica como una

nes de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los peijuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.”

Se desprende de la norma anterior que el ejecutado bajo el supuesto de que haya presentado excepciones perentorias, puede solicitarle al juez que le fije caución al demandante para que responda por los peijuicios que las medidas de cautela le ocasionen, por el monto estimado en la norma, de manera tal que si la misma no es prestada debe el juez vencido el plazo de ley, levantar las medidas aún de oficio.

La razón de ser de esta cautela estriba en que el ejecutado puede tener la fundada esperanza de que sus excepciones prosperarán y así logra tener esta garantía en caso de ser aceptadas las mismas, pues no se puede olvidar que cuando las mismas prosperan el juez condena al ejecutante a pagar costas y peijuicios ocasionados con los embargos y secuestros.

Igualmente tiene habilitación para solicitar la medida “el tercer afectado con la medida cautelar”, expresión que comprende al tercero que se halla en las circunstancias previstas en el numeral 8 del art. 596 del CGP y quien puede presentar la solicitud

desde el momento en el que eleva la referente a la de levantamiento de la cautela.

Adiciona la norma que están exoneradas de prestar esta caución "cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público.", disposición que halla su razón de ser en que esta clase de entidades usualmente tienen un patrimonio suficiente para responder por el pago de los peijuicios y no se justifica frente a ellas gravar con gastos adicionales al ejecutado que excepcionó o al tercero incidentante, pues en principio el costo de la caución lo asume el peticionario de ella, sin peijuicio de que en caso de decisión favorable le sea reintegrado en la liquidación de costas.

12.2. *La caución para impedir o levantar embargos en el proceso ejecutivo*

Esta posibilidad está contemplada en el art. 602 del CGP que se intitula "Consignación para impedir o levantar embargos y secuestros.", denominación imprecisa que no guarda armonía con lo desarrollado en la norma debido a que la expresión "consignación" sugiere, en principio, que se trata de entregar en efectivo una determinada cantidad para efectos de asegurar el cumplimiento de la obligación dineraria que se cobra, es decir de prestar caución en dinero.

Empero, el desarrollo de la disposición evidencia que lo que se exige al ejecutado es prestar "caución por el valor actual de la ejecución aumentada en un cincuenta por ciento (50%)", sin que se especifique o limite a la caución en dinero, de modo que

la misma puede ser otorgada por cualquiera de los medios de caucionar señalados en el art. 603 del CGP, una de los cuales es en dinero, pero no el único, de modo que al no distinguir la norma, esta garantía puede darse por el valor que señale el juez, de acuerdo con la guía advertida en la misma disposición en cualquiera de las restantes modalidades allí previstas, en especial en póliza judicial o garantía bancaria, sin que importe si la caución es para impedir o para levantar embargos o secuestros."[60]

Desde que se formule la demanda, o sea aun antes de que se haya notificado el mandamiento ejecutivo al demandado, podrá el ejecutado acudir al proceso y solicitar que se señale caución con el fin de evitar ser embargado, es decir impedir la efectividad de las medidas cautelares, facultad que conserva a lo largo del proceso.

Ciertamente, si la norma no señala desde cuándo puede hacer el ejecutado uso de este derecho, se asume que debe ser desde que se presenta la demanda, de manera que si el ejecutado se entera de la existencia del proceso ejecutivo puede presentarse, se insiste, aun antes de proferido el mandamiento de pago, con mayor razón si ya se dictó, antes o después de su notificación, y manifestar al juez que pide se le señale el monto de la caución, sin que importe para nada el hecho de que el ejecutante no haya solicitado medidas cautelares o, que si ya las solicitó y están decretadas, no se hayan practicado, pues la finalidad de la norma es la de impedir los embargos y secuestros en lo que a su práctica concierne. En otros términos: es pertinente esta modalidad mien

60 Agrega el art. 603 que: "Cuando existiere embargo de remanente o los bienes desembargados fueren perseguidos en otro proceso, deberán ponerse a disposición de éste o del proceso en que se decretó aquél."

tras no se haya materializado, es decir, llevado a la práctica la medida cautelar.

Es más, opino que si cuando se pidió la fijación de la caución cautelar estaba decretada pero no practicada y surge con posterioridad a la petición, la efectividad de alguno de los embargos decretados, conserva el ejecutado el derecho de que una vez señalado el monto de la caución por el juez, o fijado pero aún no prestada por estar dentro del plazo dado para hacerlo, no se haga efectiva la misma aún.

En segundo término se debe advertir que el monto de la caución lo debe indicar el juez, teniendo en cuenta el valor del crédito prudencialmente calculado, en forma que quede cubierta la totalidad de la obligación que se persigue previendo la duración promedio de toda ejecución, incluyendo las costas del proceso, de modo que si el señalamiento en su momento se ve adecuado, pero por la usual demora del proceso se observa que la garantía se hace insuficiente, podrá solicitar el ejecutante el reajuste de dicho valor, aspecto que si bien es cierto de manera expresa no contempla la norma lo impone la lógica y el desarrollo del principio del equilibrio procesal.

CAPITULO XII

LAS CAUCIONES

"Tienen razón los escépticos cuando afirman que la historia de la humanidad es una interminable sucesión de ocasiones perdidas. "

José Saramago, El viaje del elefante.

Etimológicamente caución significa "prevención, precaución o cautela; seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado",[1] concepto que me parece insuficiente para ilustrar el contenido completo de lo que es la caución desde el punto de vista procesal, por cuanto ésta no sólo busca una prevención, una precaución, una seguridad de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado, sino que en el evento de que así no acontezca va más allá y permite que se indemnicen los peijuicios que acarrea el incumplimiento, pues, en general, cumple la función de cualquier garantía propia del derecho privado.

Sólo se admiten las cauciones en los casos taxativamente determinados por una disposición legal y, salvo puntuales excepciones, previo el señalamiento y calificación por parte del juez, de

1 ***Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*** **,21a Ed., 1992, pág. 312.**

modo que antes que pensar en el tipo o clase de caución y en su monto, es menester investigar si en alguna disposición legal está prevista la posibilidad de otorgarla, porque la caución, al igual que la medida cautelar, debe estar previamente tipificada en la ley para exigirla y *son* diversas las normas que se ocupan de ordenarlas, pues no solo son las del Código General del Proceso.

Los artículos 603 y 604 del CGP son las disposiciones que se ocupan de regular, cuantía y oportunidad para constituirlas, de ahí que emprendo su análisis.

1. *Clases de cauciones*

Es así como el artículo 603 señala que "Las cauciones que ordena prestar la ley o este código pueden ser reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras.", por lo que es del caso precisar el alcance de cada una de ellas.

1.1. *Las cauciones reales*

Solamente puede ser de dos clases: prendaria e hipotecaria. Para su constitución el art. 604 da una serie de instrucciones que es preciso analizar someramente para ver el porqué de la total inaplicabilidad de esta modalidad de garantía que la práctica a relegado al olvido, debido a que son tantos los obstáculos y requisitos para su constitución que nadie acude a ellas.[2]

2 En la comisión preparatoria del proyecto de CGP insistí en eliminar esta caución, pero la iniciativa fue derrotada al hacer carrera uno de los argumentos más nocivos para el derecho procesal, cuando se indicó que tenía razón en mis críticas, pero que "más vale que sobre y no que falte."¡ ¡ ¡

Tratándose de hipoteca, una vez aceptada esta forma de garantía por el juzgado, dentro del plazo que se haya concedido deberá correrse la respectiva escritura pública en la cual la caución "hipotecaria se otorgará a favor del respectivo juzgado o tribunal".

En esto existe una indudable falta de precisión porque ni la caución hipotecaria ni ninguna otra se otorga a favor del respectivo juzgado por la sencilla razón de que éste no sufre el perjuicio que eventualmente se puede causar y que se pretende garantizar. El posible peijuicio patrimonial se predica respecto de una de las partes, de ambas (caso del agente oficioso) o de terceros determinados o determinables, personas éstas en cuyo favor se constituye la misma. La caución se constituye a órdenes del juzgado pero jamás en su favor.

Señala la norma que dentro del término para prestar la caución deberá presentarse "un certificado del notario sobre la fecha de la escritura de hipoteca, copia de la minuta autenticada por el mismo funcionario, el título de propiedad del inmueble, un certificado de su tradición y libertad por un período de veinte años, si fuere posible, y el certificado del avalúo catastral. Los notarios darán prelación a esta escritura y su copia registrada se presentará al juez dentro de los seis días siguientes al registro".

En efecto, de la norma transcrita se desprende que basta que el juez autorice la constitución de una caución con la modalidad de hipoteca para que, dentro del término adelantar por su cuenta, todas las gestiones para que el bien ofrecido en garantía quede hipotecado a órdenes del juzgado. Dentro de tal plazo y en desarrollo de lo dispuesto, tiene que allegarse el certificado

del notario sobre fecha de la escritura, la copia de la minuta, los títulos de propiedad del inmueble en cabeza del garante y el avalúo catastral, sin que importe el tiempo que demande el registro (bien puede exceder el plazo otorgado para prestar la caución). Se establece como obligación adicional la de presentar, dentro de los seis días siguientes a la entrega de tales documentos por el registrador, la escritura registrada y, así la ley no lo diga expresamente, el certificado de tradición actualizado.

Hubiera resultado más adecuado y lógico permitir que el juez emitiera su concepto sobre la viabilidad de la garantía antes de corrida la escritura y registrada la misma, pues con la actual regulación perfectamente puede acontecer que el juzgado no acepte la caución por ser insuficiente o por encontrar alguna falla en la titulación. Además, dentro de esta oportunidad se podría ordenar un avalúo pericial si el catastral, como casi siempre sucede, no refleja el real valor comercial del bien ofrecido en garantía.

Los interesados han de observar el máximo cuidado al constituir el gravamen hipotecario, verificando con detenimiento que quede precisamente especificado el objeto de la garantía de acuerdo con la índole de la caución ofrecida, si consideran que el avalúo catastral no refleja el valor comercial del bien, que en últimas es el que interesa para saber la suficiencia de la caución, pueden solicitar previamente a la constitución de la garantía que el juzgado ordene un avalúo del bien.

Constituida la garantía se entrega al juzgado la escritura y el certificado. El juzgado debe conservarlas mientras dure la garantía, y si se dispone su cancelación librará el oficio de rigor al

notario para que proceda a tomar nota de lo pertinente y expedir el certificado para el registrador.

Cuando se trata de caución prendaria debe acompañarse la prueba del valor de los bienes, con constancia de una bolsa de valores, si se trata de valores que se cotizan en ellas, o mediante el avalúo de perito de la lista oficial del respectivo despacho, para lo cual no es menester que el juez lo designe. Basta que el interesado escoja el que quiera y le encomiende la labor.

Cumplido lo anterior, para que se acepte la prenda deberán entregarse los bienes al juzgado y si así acontece el despacho "ordenará su depósito en un establecimiento bancario u otro que presta tal servicio". Es decir, hay obligación de entregar los bienes al despacho sólo cuando se trata de prenda sobre títulos valores, acciones o documentos de índole similar, ya que si se trata de bienes diferentes basta señalar dónde se encuentran para que el despacho señale fecha para llevar a cabo el secuestro de los bienes ofrecidos. Si en la diligencia de secuestro se presenta oposición, hipótesis rara dada la índole de la diligencia y prospera la misma, se prescindirá del secuestro y no existirá perfeccionamiento de la caución, pues se requiere que los bienes queden a órdenes del juzgado.

Bien se observa que no sólo por el alto costo que tienen las garantías reales sino por lo dispendioso de su otorgamiento, en la práctica su utilización es nula, de ahí que se haya tomado en letra muerta todo lo concerniente a su constitución y se empleen

únicamente las restantes garantías, en especial la de la póliza judicial. [3]

1.2. *La caución bancaria*

Es la garantía que se otorga exclusivamente por un banco autorizado para desarrollar su objeto social en el país, para responder hasta por una determinada cantidad, por el pago de los peijuicios que se originen por parte del garantizado con la caución, sin que ninguna otra clase de instituciones financieras haya quedado autorizado para expedirla.

Esta garantía por tratarse de una operación mercantil incuestionablemente es solidaria (C. de Co., art. 825) por lo que el garantizado podrá dirigirse bien contra el banco, ora contra el otorgante o contra los dos simultáneamente, como sería lo aconsejable.

Este tipo de garantía es de escasa utilización, no por la dificultad de su otorgamiento como sucede con las garantías reales, por una parte[1] debido a la política restrictiva de los bancos para otorgarlas[4] y por la otra por el alto costo de la comisión que se cobra, liquidable por tiempo, razón por la cual a medida que transcurre el proceso se va incrementando el valor, lo que lleva a

3 Como antes lo dije, explico someramente el trámite para constituir esta modalidad de caución, tan solo para demostrar su inutilidad. No conozco un solo caso en mi larga experiencia de litigante en el que se haya utilizado el arcaico y desueto sistema. Es un muerto en vida por obsolescencia.

4 Lo que obedece a que al ser los Bancos la cabeza de conglomerados financieros de los que forma parte usualmente una empresa aseguradora, prefieren intervenir en el ramo de las cauciones, por cierto multimillonario negocio financiero, a través de dichas entidades y por medio de la póliza judicial.

que se haga insostenible económicamente mientras no se varíe el sistema que emplean tales instituciones para señalar los derechos que les corresponden por expedirlas.

Es menester precisar que no es lo mismo la garantía bancaria que títulos de depósitos constituidos en bancos, pues los últimos se originan cuando se consigna en dinero efectivo, en lo que constituye la celebración de un contrato de mutuo, una suma que el banco se compromete a devolver pagando intereses, que adoptan modalidades diversas de acuerdo con el pacto respectivo, certificados que al ser entregados al juzgado a todas luces le dan el carácter de dineraria a dicha garantía, en tanto que la garantía bancaria no es nada diverso a la obligación de un banco de pagar, si el juez así lo ordena hasta la suma máxima por la cual se constituyó, garantía que es netamente personal y que no implica para el otorgante erogación de la suma exigida, sino el pago de la comisión que cobra el banco por el aval que viene a dar.

1.3. *La caución en póliza judicial*

Esta modalidad de contrato de seguro constituye, por su menor costo, seguridad y agilidad en su expedición, incuestionablemente la más utilizada y ampliamente difundida de todas las cauciones. Se le conoce también con el nombre de "póliza judicial".

Se la ha estudiado como una modalidad del seguro de fianza, en virtud de la cual la aseguradora expide una póliza donde se compromete a pagar, hasta el valor asegurado, los peijuicios que se originen en el evento contemplado como riesgo asegurado.

Como indica con acierto Hernando Galindo,[5] en este tipo de contrato, no obstante su denominación de seguro de fianza, "no se goza del beneficio de excusión. Es decir, el acreedor, como sucede con las garantías bancarias expedidas por otras entidades de crédito, puede dirigirse directamente contra la aseguradora quien debe consignar a órdenes del juzgado la suma correspondiente y será éste quien en últimas determine el destino del dinero". También puede efectuarse el pago, sin consignar a órdenes del juzgado, cuando éste cursa comunicación al garante para que directamente realice la cancelación, con lo cual se evitarían innecesarios trámites.[6]

1.4. *La caución en dinero*

Incuestionablemente es la mejor, debido a que se presta a una directa y fácil realización en el caso de que sea necesaria su efectividad.

Empero, es la más onerosa de todas debido a que implica una erogaciós-en efectivo con la consiguiente inmovilización del dinero, usualmente por largo tiempo, en la mayoría de los casos durante años, lo cual implica que ante el fenómeno de la desvalorización monetaria las dos partes sufran un notable peijuicio.

En efecto, en el inadecuado régimen de las cautelas en dinero, claramente favorable a los intereses del Banco Agrario, en

5 GALINDO CUBIDES Hernando, *El seguro de fianza,* 3a ed., Bogotá, Ed. Skandia, 1985, pág. 71.

6En relación con el tema puede consultarse LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Comentarios al Contratp de Seguro, Dupre Editores, Bogotá, 2016, sexta edición, páginas 580 a 644.

tidad en donde por disposición de la ley deben consignarse los depósitos judiciales que se reciben por los más diversos conceptos, se ha establecido que tales depósitos no generan ningún rendimiento para quien los hizo ni son susceptibles de la corrección monetaria, como sería lo obvio, lógico y equitativo en un sistema económico como el que nos rige. Por esta misma razón, cuando se presta una caución en dinero que en el momento de ser otorgada puede ser suficiente, al hacerla efectiva su poder adquisitivo ha disminuido grandemente o se devuelve al garante que la prestó un dinero envilecido; el único beneficiado con el sistema es el Banco Agrario.

El país está en mora, máxime cuando la tendencia universal es desmontar los injustos e inequitativos privilegios que se han otorgado a los entes de derecho público, de regular los depósitos judiciales, dentro de los que se encuentran las cauciones en efectivo, y establecer una adecuada rentabilidad de esos dineros que al reinvertirse permitirían mantener actualizado el valor de la garantía y por igual se beneficiaría quien prestó la garantía y el garantizado.

La ley 11 de 1987 en nada modificó la situación, pues la exigua rentabilidad de los dineros depositados que allí se establece debe pagarse no en favor de quienes a la postre van a recibir los mismos sino el Estado, de ahí que la pérdida del valor de la garantía que se menciona subsiste idéntico en detrimento de las partes.

Para constituir esta caución se requiere "consignación en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho" según el

art. 603 del CGP, lo que implica la presentación del correspondiente título que dé fe del depósito.

Anoto que para evitar los graves inconvenientes de esta forma de caución, en todos aquellos casos en que se quiera o sea necesario prestarla en dinero, se puede aceptar la pignoración, a órdenes del juzgado, de un depósito a término que al rendir adecuadamente evite la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

En efecto, el artículo 48 del decreto 2651[7] establece que: "Cualquier caución que la ley disponga prestar en dinero podrá también prestarse a través de garantía bancada, títulos de deuda pública o de certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en bancos, corporaciones de ahorro y vivienda y cajas de ahorro, legalmente autorizadas para operar en Colombia", disposición con la cual se abrió el necesario camino en orden a evitar la inequitativa situación generada, dadas las circunstancias advertidas, por las cauciones en dinero dentro de cualquier proceso, porque debemos cuidamos de pensar que la norma es tan solo para el proceso civil, pues es procedente en todos los campos incluido el penal y el contencioso-administrativo.

Ahora, si bien es cierto se debe efectuar la erogación, el capital entregado producirá unos rendimientos que vendrán a engrosar el monto total de la garantía con el evidente beneficio para

7 El art. 626 del CGP derogó expresamente los "artículos 10, 11, 21, 23, 24, 41,46 al 4Ü, 50, 51, 56 y 58 del decreto número 2651 de 1991." Empero, esta derogatoria cae en el vacío debido a que la ley 446 de 1998, señala en el art. 162, que no se derogó, que se adopta como legislación permanente, entre otros los artículos 46 a 48 del decreto 2651 de 1991. Por esa razón estimo que lo señalado en el art. 48 del'decreto 2651 de 1991 sigue vigente en virtud den que se volvió parte de la ley 446 de 1998 y esta última sigue vigente.

todas las partes: para aquella en cuyo favor se presta porque se actualiza el dinero y en el evento de que no tenga la razón y sea condenada a pagar los daños originados con la medida cautelar se reduce el monto de lo que debe pagar a la otra, y para ésta por cuanto si tiene la razón le van a devolver una suma que conserva su poder adquisitivo, y si no, su garantía se está actualizando reduciéndose así el riesgo de tener que pagar cantidades adicionales en un futuro, tal como sucedía, por cuanto bien sabido es que el hecho de que la caución se tome insuficientemente no exonera al deudor de la obligación de pagar lo que debe.

Así las cosas, se encuentra que si, por ejemplo, para levantar un embargo se debe prestar una caución por valor de 50 millones de pesos, puede el obligado a hacerlo constituir, no en favor sino a órdenes del juzgado que lo ordenó y predicado de un determinado proceso, un depósito a término en alguna de las entidades mencionadas, no perentoriamente en el Banco Agrario, el cual rentará de acuerdo con lo pactado entre el constituyente y la deudora, intereses que al causarse vendrán a aumentar el valor original de la caución permitiendo su actualización permanente, pues estimo que si los rendimientos se entregan a quien constituye la garantía no se logra cabalmente el objetivo perseguido, de ahí que acrecen el valor garantizado.

Es de esperar la reglamentación del Consejo Superior de la Judicatura, para que pueda operar íntegramente la saludable modificación sin discusiones de ninguna índole, advirtiendo que mientras se produce la misma, dada la claridad de la norma, no veo inconveniente en que se acepten cauciones en la forma señalada.

Así, por ejemplo, si para prestar una caución de 20 millones en dinero efectivo, entregó un certificado de depósito a término en una institución financiera, no se ve razón alguna para no aceptarla so pretexto de la falta de reglamentación, pues ésta tan sólo es necesaria para aspectos que no son nítidos. Así, por ejemplo, el decreto indica que igualmente se deben aceptar "títulos similares" a los enunciados, aquí, por ejemplo, estaría uno de los campos de la reglamentación complementaria; otro sería el de si pueden cobijarse títulos expedidos por entidades diversas de las tres que enuncia el decreto, tales como las corporaciones financieras diferentes de las de vivienda.

En todo caso, se debe desterrar la idea de que una norma no puede operar mientras no sea reglamentada porque ello equivaldría a dejar la voluntad del legislador primario sometida al querer del ejecutivo y es por eso que no vacilo en señalar que toda disposición que haga expresa referencia a una reglamentación, en lo que es clara y no requiere de precisión alguna no está supeditada para su desarrollo a que el Gobierno reglamente.

La caución en dinero tiene, además, el carácter de principal; el mismo art. 603 autoriza en su inciso final para reemplazar por caución en dinero cualquier otro tipo de garantía ya establecida, al prescribir que "podrá reemplazarse por dinero o por otra que ofrezca igual o mayor efectividad", frente a lo cual advierto que no se me ocurre un ejemplo de caución mejor que la prestada en dinero.

En este caso no se requiere de previa autorización judicial por cuanto basta consignar una suma de dinero igual al valor fi

jado a la correspondiente garantía que se quiere reemplazar, para que el juez acepte su cambio.

2. *Señalamiento, prestación y calificación de la caución*

Se debe tener presente que, salvo que la ley específicamente se refiera a unas especiales modalidades de caución o que faculte expresamente al juez para fijar la naturaleza de la caución, cuando nada señala al respecto, radica en cabeza del otorgante la posibilidad de escoger la clase de caución (dinero, bancaria, póliza, etc.) que quiera otorgar y no puede el juez imponer una modalidad determinada, pues claro es el artículo 603 en su inciso segundo en indicar que "En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no los señale", observándose la mención a la "cuantía" y al "plazo", pero no a la naturaleza de ella.

El auto que resuelve acerca dé la caución, sea para señalarla o negarla, es apelable según lo dispone el numeral 8 del art. 321 del CGP al indicar que lo es "El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla", recurso que tiene como objeto que se pueda lograr ante el superior su señalamiento, si fue que inicialmente se negó, bien que se rebaje o aumente su cuantía o inclusive que se determine la especie de ella si no se está de acuerdo con la indicada por no corresponder a la que exige la ley.

Si no se presta la caución dentro del plazo exigido por la ley o el señalado por el juez en el auto correspondiente, dice el art. 603 que "el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este Código", expresión legal

con la que se quiso significar que cuando sea menester el juez dictará la providencia de rigor frente al no cumplimiento de la prestación de la caución, pero no que siempre sea necesario hacer una expresa manifestación al respecto, por cuanto las consecuencias del incumplimiento se manifiestan en que no se resuelve favorablemente una determinada petición, todo sin peijuicio de que norma especial indique expresamente el efecto de no constituir la garantía oportunamente.

Veamos un ejemplo que ilustra las situación mencionada: Si se presenta demanda por un agente oficioso y la demanda se admite se "deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él, del auto que admita la demanda" por así ordenarlo el art. 57 del CGP. Si vence tal plazo y no se cumplió con lo prevenido, el juez debe dictar una providencia en la cual revoque el auto admisorio de la demanda y declare terminada la actuación.

Si lo que se pide es caución para levantar embargos y vence el plazo sin que se preste, sencillamente el proceso no sufre ninguna alteración ni es menester disponer nada debido a que no ha existido modificación alguna dentro de la actuación, la que debe proseguir.

En todo caso debe quedar muy claro que la no prestación de una caución obliga al juez a tomar de oficio determinaciones dentro del expediente disponiendo lo que para cada caso sea menester; así, por ejemplo, si se trata de la caución del curador de la herencia yacente deberá removerlo y designar su reemplazo.

Prestada la caución dentro del término oportuno, se requiere un nuevo pronunciamiento del funcionario que deberá analizar si la caución reúne los requisitos legales, labor que la ley denomina calificación de la caución en el art. 604 y con base en ese análisis la aceptará o rechazará mediante auto que es apelable, como se advirtió, labor que se recomienda realizar disponiendo lo pertinente para lo que era condición prestar la caución, entendiéndose que si el juez nada señala de manera expresa, tácitamente está aceptando la suficiencia de la caución prestada.

La caución aceptada genera todos sus efectos legales y vincula al garante en los términos ya expresados: Rechazada la misma los efectos son idénticos a cuando no se prestó dentro de la oportunidad debida, es decir, el juez debe, si es del caso, adoptar las medidas pertinentes.

2.1. *Efectividad de las cauciones judiciales*

La real importancia de toda caución se pone de manifiesto cuando es menester hacerla efectiva por haberse presentado el evento generador de la obligación de indemnizar en favor de una de las partes o del tercero que resultó peijudicado.

Ante todo, debe establecerse adecuadamente el peijuicio que genera la obligación de indemnizar. Dicho peijuicio se debe comprobar usualmente mediante declaración judicial, lo que no obsta que el garante pueda pagar antes de que lo anterior ocurra, si a bien lo tiene. Pero como lo normal es lo contrario; debe establecerse, ante la autoridad judicial competente, no sólo la ocurrencia del hecho sino, además, el monto del peijuicio.

Esa demostración puede hacerse dentro del mismo proceso en el cual se prestó la caución que es lo usual, o excepcionalmente en proceso declarativo adelantado en forma independiente, cuando no sea posible demostrar la ocurrencia de los peijuicios por otro medio más expedito, de acuerdo con la índole de los hechos.

Así, por ejemplo, si se trata de caución para garantizar los peijuicios que se ocasionen con la práctica de embargos y secuestros dentro de un proceso de ejecución y se dicta sentencia que declara probadas las excepciones perentorias, se condena en costas y peijuicios y los últimos de concretan como toda condena en abstracto.

Si se trata de hacer efectiva una garantía otorgada en dinero, basta ordenar el pago mediante providencia judicial y se pagará del consignado.

Ahora bien, si se trata de la caución otorgada por un curador de la herencia yacente a quien se le sindica de haber administrado negligentemente los bienes encomendados, su posible responsabilidad se establecerá en un proceso declarativo independiente de la actuación en la cual se le fija la caución (igual ocurre cuando se trata de la caución del liquidador o del secuestre) y una vez establecida la obligación de indemnizar y su monto, se podrá ejecutar ante el mismo juez a cuyas órdenes se otorgó la caución.

Cualquiera que sea el tipo de caución, si se ha establecido la obligación y precisado su monto y dado que la responsabilidad sólo va hasta el límite establecido en la correspondiente garantía, en todo lo que ésta exceda deberá responder quien la otorgó.

Ciertamente, el garante compromete su responsabilidad hasta el valor máximo establecido, lo cual pone de presente que si la caución fue insuficiente, tan sólo podrá cobrar el exceso de los peijuicios a la parte condenada a pagarlos, advirtiéndose que en lo que concierne con las sumas cubiertas por las garantías bien puede optar el acreedor por exigirlas a quien dio la garantía o sólo a la parte condenada, o a ambas, debido a que hasta esa cifra opera la solidaridad.

Así, por ejemplo, si se expide una póliza judicial para garantizar los peijuicios que se ocasionen con medidas de embargo y secuestro con un valor asegurado máximo de cien millones de pesos, sólo hasta esa cifra puede exigírsele responsabilidad a la aseguradora. Si los peijuicios se establecen en ciento cincuenta millones de pesos y se trata de hacerlos efectivos puede el acreedor perseguir hasta por los cien millones a la aseguradora, y en el exceso a quien fue condenado a pagarlos; también puede, si ese es su deseo, exigir el pago de la totalidad de ellos al garantizado, pues en esta hipótesis opera la solidaridad por tratarse de una operación comercial.

2.2. *Reajuste del monto de las cauciones prestadas*

Indudablemente, una vez prestada cualquiera de las cauciones previstas en la ley, si su monto se toma insuficiente para los fines de garantía pertinente, es posible solicitar su reajuste con el objeto de que cumpla a cabalidad su cometido, de modo que si así se dispone por el juez y no se cumple con la actualización, recobra el ejecutante la posibilidad de denunciar bienes para que sean embargados y secuestrados.

Para sustentar la tesis anterior es necesario considerar lo siguiente:

1. Las cauciones judiciales tienen como género próximo el instituto jurídico de las garantías, motivo por el cual, en sus diversas modalidades (dinero, bancarias, póliza de seguros, prendarias o hipotecarias) apuntan a asegurar el adecuado cumplimiento de determinada obligación surgida dentro o con ocasión del proceso para el cual han sido otorgadas.

2. Para el concreto evento del art. 602 del CGP, caución para impedir o levantar embargos, tiene por objeto la misma garantizar que dentro de la oportunidad debida se pagará al acreedor el valor del crédito y de las costas, si se dispone por el despacho que prosiga la ejecución.

3. Es lo usual que cuando se fija el monto de dicha caución el juez indique un valor que conservadoramente cubra esos valores estimadós con el aumento que la duración normal aproximada de un proceso ejecutivo puede conllevar.

4. No obstante, suele suceder que la tramitación del proceso supera esos límites de lo normal y el monto de la caución, que era suficiente en un principio, se toma inadecuado, pues caso de que llegue el momento de pagar la garantía no cubre ya el valor del crédito y de las costas, aspecto que al rompe y con una sencilla operación aritmética se puede establecer.

5. En estos casos resulta imperioso, así no exista norma que expresamente lo indique, lograr el restablecimiento de la suficiencia de la garantía y es viable solicitar al juez que decrete el

reajuste de su monto, para que cumpla con el fin para el que fue prestada.

6. Obsérvese que de conformidad con el artículo 2451 del C. C., que se refiere a las garantías hipotecarias, es posible, en caso de insuficiencia de la misma, pedir que se mejore o incluso que se otorgue una nueva garantía.

7. En efecto, dice el art. 2451 del C. C. que: “Si la finca se perdiere o deteriorase, en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca”, norma que interpretándola extensivamente a otras garantías, lo cual es pertinente por existir la misma razón de hecho, pone en evidencia que cuando una de estas no es suficiente es viable su mejora, que, predicada de las cauciones para impedir o levantar embargos, no puede ser nada diferente a su reajuste.

Lo anterior plantea un interesante problema y es qué hacer cuando la garantía quedó insuficiente, pues oportunamente no se reajustó y así, por ejemplo, frente a unos valores de liquidación del crédito y las costas por un total de veinte millones de pesos, la póliza judicial cubre hasta quince, que son pagados por la aseguradora.

Naturalmente el ejecutado está en el deber de cancelar el saldo insoluto y caso que de inmediato no lo haga, podrá el ejecutante denunciar de inmediato bienes para que sean embargados, secuestrados, avaluados y rematados hasta obtener la cancelación total de su crédito.

ACCION DE GRUPO:.....433
Audiencia de conciliación:.. 476
Caducidad: 465
Competencia: 472
Conformación del grupo: 464
Defensor del pueblo: 474
Demanda.....473
Diferencia con la acción popular: 435
Legitimación:.....464
Medidas cautelares: 482
Naturaleza jurídica:.....477
Recursos:.....480
Trámite: 473
ACCIÓN MqCTA EN PROCESO EJECUTIVO:.....733
Finalidad:.....734
ACCION OBLICUA POR LEGITMACIÓN EXTRAORDINARIA:.....109, 1050
ACCION POPULAR:.....433
Diferencia con la acción de grupo: 435
ACUMULACION DE ACCIONES:.....57
Demanda de reconvención:... 57
ACUMULACION DE DEMANDAS:.....684
Especial de demandas ejecutivas:. 697
ACUMULACIÓN DE EMBARGOS EN PROCESOS DE DIFERENTES ESPECIALIDADES:.....748
ACUMULACION DE PROCESOS EJECUTIVOS: 698
AUDIENCLA DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO:.....80
AUDIENCIA INICIAL:.....71
Aplazamiento: 74
Desarrollo: 76
Excusas: 73
Inasistencia:.....75
Oralidad:.....71
Pruebas: 79
Sanciones: 72
Confesión: 72

B

Bienes propios:.....1089,1094
Incidente de levantamiento de embargo y secuestro:.....1094
Oportunidad: 1094

C

CAUCIONES JUDICIALES:..... 755,.....1109
Calificación: 1123
Caución bancaria:.....1114
Definición:.....1114
Clasificación: II10
Definición:.....1109
Efectividad de las cauciones:.....757, 1123
Establecimiento delmonto del peijuicio: 1124
En dinero:.....1116
En proceso ejecutivo:....1107
Para impedir olevantar embargos: 1106
Oportunidad:.....1108
Póliza judicial: 1115
Solidaridad de.....la ..... aseguradora: 1125
Prestación: 1121
Proceso ejecutivo para el cobro: 754
Reales:.....1110
Críticas: 1111
Reajuste:.....1125
Responsabilidad de las aseguradoras: 757
Señalamiento:.....1121
Taxatividad:.....1109
CITACIÓN FORZOSA: 675
COMPARECENCIA FORZOSA: 676

D

DEMANDA DE RECONVENCION:.....57
Acumulación de acciones:.... 57
Concepto: 57
De tercería:..... 686
Notificación: 67
Requisitos: 58
Trámite:.....64
Traslado para petición de pruebas adicionales:.....69
Y.....
el poder: 70
Y las excepciones perentorias: 62
Y las excepciones previas:.... 68
EMBARGO DE BIENES: 73, 976.7
Acumulación en procesos de diferentes especialidades: 748

Bienes inembargables: 1024
Concurrencia: 737
De acciones: 985
De bienes sometidos a fiducia:... 1039
De bienes sometidos a registro:.. 979
De créditos:..... 982
De cuentas bancarias y de ahorros: 989
De derechos litigiosos:..... 984
De derechos proindiviso en bienes muebles: 991
De mejoras:..... 981
De salarios: 988
De vehículos automotores: 1004
En procesos ejecutivos:..... 1098,1103
Caución para impedir o levantarlos: 1106
Reducción:..... 1102
Finalidad:..... 976
Forma de practicarlos: 992
Incidente de levantamiento de embargo y secuestro: 1093
Inembargables:..... 1024, 1039
Levantamiento: 1011
Oficio de embargo:..... 979
Y el secuestro: 978
De vehículos automotores: 1004
EXEQUATUR:..... 931

H

HERENCIA VACANTE 81
HERENCIA YACENTE: 81
Administrador: 2
Declaratoria: 81
ICBF: .....

I

INCRIPCIÓN DE LA DEMANDA:... 1052
Características:..... 1052
Caución para levantamiento:..... 1062
En procesos arbitrales:..... 1086
En procesos sobre derechos personales: 1067
Frente a otros registros de demandas y embargos:.. 1062

LIQUIDACION DE SOCIEDADES CONYUGALES O PATRIMONIALES:..... 298
Competencia:.....299
Defensor de familia:..... 302
Excepciones: 301
Trámite:.....300
LITISCONSORCIO NECESARIO:.... 714

M

MANDAMIENTO EJECUTIVO:
Véase: Proceso ejecutivo:.....534
Ejecución subsidiaria por peijuicios: 563
Por obligaciones de dar bienes muebles diferentes a dinero: 546
Por obligaciones de dar sumas de dinero:.....542
Por obligaciones de hacer:.... 552
En suscripción de documentos:... 554
Por obligaciones de no hacer:.....
MEDIDAS CAUTELARES:..... 801,953, 1051
Características:..... 965
Concepto: 956
Embargo de bienes: 976. Véase: EMBARGO DE BIENES.
En el CGP: 975
En el proceso arbitral nacional:... 1075
Caución:..... 1084
Inscripción de la demanda: 1086
Secuestro de bienes:. 1086
En procesos de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso:..... 1087
En procesos de disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes: 1087
En procesos de divorcio:... 1087
En procesos de liquidación de sociedades conyugales: 1087
En procesos de nulidad de matrimonio: 1087
En procesos de separación de cuerpos y de bienes:..... 1087

En procesos ejecutivos:.....1098
Caución: 1104
Oportunidad: 1108
Para impedir o levantar embargos:... 1106
Reducción de embargos:... 1102
Evolución histórica: 970
Finalidad: ..... .956, 957
Fumus boni iuris:.....969
Incidente de levantamiento de embargo y secuestro: 1093
Innominadas: 566, 1097
Inscripción de la demanda: 1052. Véase: INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA.
miliar: 7 1095
Medidas ejecutivas:.....963
Naturaleza jurídica:.....557
Nominadas:..... 566, 975
Embargo:.....975
Guarda y aposición de sellos: 575
Registro de la demanda:.... 575
Secuestro: 975
Personales:.....'. 1096
Prelación de medidas cautelares: 1091
Secuestro de bienes muebles:..... 1073
Secuestro de inmuebles: 1075
Periculum in mora: 969
Personales: 968
Probatorias: 968
Reales: 967
Requisitos:..... 968
Y el proceso cautelar:..... 960

P

POLIZA JUDICIAL: 757
PRESCRIPCION ADQUISITIVA:..... 95,100
Por via de acción: 100
Por via de excepción:..... 102
PROCESO(S): 29
ACCION DE GRUPO: 433
ACCION POPULAR: 433
COGNITIVO:.....36, 37
Diferencia con el ejecutivo: 40
Clasificación:..... 34
DECLARATIVOS: 36
Audiencia inicial:..... 71
Clasificación: 38

Especiales:.. 38,353
Verbal: 38
Verbal sumario:.. 38
Demanda de reconvención: 57
Medidas cautelares:.. 1051
Procedencia: 49
DE ALIMENTOS: 335
Competencia:.....338
Oportunidad:.....337
Pacto sobre alimentos: 346
Provisionales: 340
Sentencia:.....344
DE BIENES VACANTES Y MOSTRENCOS:.....185
Competencia:.....185
Demanda:.....191
Diligencia de secuestro:.... 192
Oposición:.....192
Finalidad:.....185
Legitimación:.....186
DE CONOCIMIENTO:.....36
Concepto:.....36
Generalidades: 29
DE DIVORCIO:.....262
Caducidad: 272
Causas de no procedibilidad: 277
La reconciliación: 277
Muerte de uno de los cónyuges: 277
Competencia: 265
Defensor de familia:... 302
Demanda de reconvención: 271
De común acuerdo ante notario: 282
Finalidad: 265
Legitimación: 268
DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO: 382
Competencia: 385
Derecho de retención:.. 397 Diligencia de deslinde:389
Oposición: 392
Finalidad: 383
Mejoras: 397
Trámite:.....387
DE DISOLUCIÓN, NULIDAD Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES: 895

Liquidación:..... 896
DE ENTREGA DE LA COSA POR EL TRADENTE AL ADQU1RENTE: 151
Trámite: 154
Y la diligencia de entrega: 156
DE EXPROPIACIÓN: 353
Competencia: 357
Críticas: 353
Diligencia de entrega: .368
Oposición: 370
Trámite: 387
Entrega anticipada del bien:..... 364
Indemnización por lucro cesante:..... 377
Ley 1742 de 2014: 379
Objeto: 354
Trámite: 359
Sentencia: 375
DE IMPUGNACION. DE ACTOS DE ASAMBLEAS O JUNTAS DE SOCIOS:..... 177
Competencia:..... ..180
Finalidad:..... 178
Medida cautelar de suspensión provisional:
DE JURISDICCION VOLUNTARIA: 46,903
Competencia:.....906
Declaración de ausencia:... 918
Interdicción y rehabilitación de la persona con incapacidad mental absoluta: 923
Interdicción provisional: .. 928
Licencias o autorizaciones: 910
Presunción de muerte por desaparecimiento: 920
Procedencia: 905
Reconocimiento de guardador testamentario: 914
Rehabilitación del interdicto: 928
Trámite: .....\.....907
DE LIQUIDACION: 44,298,783
De disolución, nulidad y liquidación de sociedades:... 895

diferente a la muerte de uno de los cónyuges:.. 298.298
Competencia: 299
Defensor de familia:.... 302
Excepciones:..... 301
Trámite:..... 300
De sucesión: 785.Véase: PROCESO DE SUCESIÓN
DE NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL:..... 242
Competencia: 243
Intervini entes:..... 244
Agente del Ministerio Público:..... 245
Guardadores:.... 244
Padres:..... 244
Defensor de familia.... 302
Disolución de la sociedad conyugal: 254
Sentencia: 257
La muerte como causa de improcedibilidad; 260
Obligación alimentaria: 246
Competencia:.... 247
DE PAGO POR CONSIGNACIÓN: .....: 170
Competencia:.....171
Demanda: 171
De bienes diversos a dinero: 172
De sumas de dinero:.... 172
Diligencia de secuestro: 172,173
Finalidad: 173
Oposición:.....173
DE PERTENENCIA:.....95
Acción oblicua por legitimación extraordinaria: 109, 1048
Bienes sobre los que recae: 95,104,114
Competencia:.....106
Demanda: 114
Anexo:.....114
Emplazamiento: .121
Notificación: 121
Finalidad: 95
Improcedencia de la declaración: 129
Legitimación:.....107
El acreedor: 108

El comunero excluyente: 111
El poseedor:..... 107
Para vivienda de interés social: 131
Prescripción adquisitiva: .. 95,..... 100
Prescripción extintiva:.. 97
Sentencia: 127
Efecto erga omnes:... 127
Sobre bines inmuebles: 105 Sobre bienes muebles:. 105
DE RENDICION DE CUENTAS: 158
Competencia: 159, 168
Demanda: 160, 168
Excepciones perentorias: .. 169
Excepciones previas:... 166
Rendición espontánea: 167
Competencia:.... 168
Finalidad: 167
Rendición provocada:. ..160 En caso de no oposición: 160
En caso de oposición al mohto:..... 162
En caso de oposición total:..... 163
DE RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA: 88
Pacto comisorio:..... 89
DE RESTITUCION DEL INMUEBLE ARRENDADO: .. 194
Cargas del demandado: 209
Contrato de arrendamiento: 195
Demanda:..... 204
Acumulación de pretensiones: 203
Notificación:..... 207
Derecho de retención: 223
Diligencia de inspección judicial:..... 230
Finalidad:..... 198
Lealtad procesal:..... 233
Medidas cautelares:.... 226
Mejoras:..... 223
Restitución de inmuebles:... 199
Competencia:..... 200
Restitución provisional judicial: 230
Sentencia:..... 221
Diligencia de entrega: 221

DE SEPARACION DE BIENES: 293
Competencia:..... 293
Defensor de familia:... 302
Mutuo acuerdo: 296
Trámite notarial:..... 295
Liquidación de la sociedad conyugal:..... 296, 298
DE SEPARACION DE CUERPOS: 284
Competencia:..... 284
Defensor de familia:.... 302
Citación forzosa: 305
Intervención:..... 304
DE SERVIDUMBRE:..... 132
Competencia:..... 132
Demanda:..... 135
Inspección judicial:.... 136
Legitimación:..... 134
Litisconsorcio:..... 135
Perito:..... 136
DE SUCESIÓN: 785
Actuaciones anteriores al proceso: 791
Apertura y publicación del testamento cerrado: 792
Competencia en el proceso verbal:... 795 Publicación del testamento otorgado ante cinco testigos:... 796 Reducción a escrito del testamento verbal: 797
Acumulación de sucesiones: 879
Formas:..... 879
Adjudicación de la herencia: 862
Apertura:..... 835
Bien relicto: 820
Características: 824
Competencia: 818
Conflicto: 881
Factor subjetivo: 822
Factor territorial: 822 Fuero hereditario:.... 823
Demanda: 825
Legitimación:.....

Diligencia de entrega de bienes a los adjudicatarios: 856
Diligencia de inventarios y avalúos: 840
Inventarios adicionales: 844
Herencia yacente: ..... 81?
Administrador: 813,815
Competencia: 813
Requisitos: 813
Herencia vacante: 813, 816
Liquidación por escritura pública: 883
Competencia: 884
Requisitos: 885
Trámite: 883
Medidas cautelares:, 801
Competencia: ....
..... 802, 809
Declaratoria de herencia yacente: .812
Embargo: 808
Guarda y aposición de sellos: 802
Secuéstro: 808
Naturaleza jurídica: 788
Partición de bienes: 846
Adicional: 858
Del patrimonio en vida 892
Exclusión de bienes: 863
Suspensión: 863
Por el testador: .. 861
Reconocimiento de interesados: 835
Trámites adicionales: .. 867
Aceptación de los acreedores del asignatario: 869
Acumulación de sucesiones: 878
Decreto de posesión efectiva de la herencia: 875
Requerimiento para aceptar la herencia: .. 868
Sucesión procesal en juicio de sucesión: 876
Venta de bienes: 870
DETENENCIA: 235

DIVISORIOS: 400
Avalúo del bien: 409
Competencia: 403
Demanda: 404
Derecho de compra: 413
Designación de administrador: 422, 423
División material del bien: 409
Excepciones previas: .. 409
Finalidad: 400
Gastos de la división: ..419
Reconocimiento de mejoras: 419
Venta del bien: 410
EJECUTIVO: 39, 485
Acción mixta: 733
Acreedores con garantía hipotecaria: 730
Vencimiento del plazo para comparecer: 730
Acumulación de demandas: 684
Especial del mismo ejecutante: 697
Acumulación de procesos ejecutivos: 698
Requisitos: 700
Cauciones judiciales: ..755
Efectividad de las cauciones: 757
Exigibilidad: 762
Responsabilidad de las aseguradoras: 757
Citación forzosa: 675
Comparecencia forzosa: ... .676
Competencia en ejecutivos con garantía real: 723
Demanda: 515
De tercería: 686
Los intereses: 518
Petición de peijuicios compensatorios y moratorios: 529
Por obligación condicional: 532
Por obligaciones de dar bienes distintos a dinero: 525
Por obligaciones de dar sumas de dinero: 517
Por obligaciones de

Por obligaciones de no hacer:..... 532
Reforma: 572
Demandado en proceso ejecutivo con título hipotecario: 711
Diferencia con el cognoscitivo: 40
Embargo: 737
Acumulación en procesos de diferentes especialidades:.. 748
Concurrencia:..... .....737, 748
Excepciones perentorias:... 573,579
Efectos:..... 583
La falsedad: 591
Habilitación para proponerlas:..... 588
Proposición: 589
Trámite: 589
Y el origen del título ejecutivo:..... 584
Excepciones previas:.. 577
Excepción:..... 578
Trámite: 578
Finalidad:.'..... 485
Garantía hipotecaria o prendaria: 701
Adjudicación especial de la garantía:.... 744
Citación de terceros acreedores: 727
Objeto de la garantía: 704
Objeto del proceso con título hipotecario: 706
Demanda:..... 709
Incidente de regulación de peijuicios: 565
Intervención de acreedores con garantía personal: 684
Acumulación de demandas: 684
Intervención de otros acreedores con garantía real: 675 Mandamiento ejecutivo:.... 534
Ejecución subsidiaria por peijuicios:... 563 Por obligación de dar

Por obligaciones de dar sumas de dinero: 542
Por obligaciones de hacer:..... 552, 554
Por obligaciones de no hacer:.....562
Medidas cautelares:..... ..... 627,725, 1098
Embargo: 627, 725,1098
De oficio: 1099
Límite:.....1101
Secuestro:..... 627, 725,1098
Liquidación de costas: 608
Liquidación del crédito:.... 608
Para el cobro de cauciones judiciales: 754
Determinación de la caución: 755
Para el cobro de deudas fiscales: 764
Ante la DIAN:... 779
Diferentes a las administradas por la DIAN: 756
Embargo: 773
Medidas cautelares:.. 774
Por jurisdicción coactiva ante la DIAN: 779
Remate de bienes: 612
Actuaciones posteriores: 651
Aprobación: 657
Audiencia de remate: 637
Auto que señala fecha: 630
Avalúo del bien:. 616
Avalúo del bien con modalidad de loteo:.. 625
Desierto: 662
Del interés social:.... 665
Excepción:..... 667
Fallido: 663
Improbado: 662
Medidas cautelares:.. 627
Medidas preparatorias: 616
Nulidad:..... 663

Postores:..... 637
Por juez comisionado: 648
Práctica del avalúo:.. 619
Requerimientos del auto:..... 614
Sentencia:..... 601
Cosa juzgada:.... 604
Éxito parcial de excepciones perentorias: 603
Favorable al demandado: 601
Negativa de las excepciones perento- - - rias:..... 604
Titulo ejecutivo: 492
Características:.. 493
Concepto: 492
Confesión ficta como título: 504
Contenido:..... 507
Unidad del título:..... 511
Trámite:..... 513
Y el pago de la obligación en dinero:..'..... 670
EXEQUATUR: 931
Requisitos: 935
Trámite:..... 948
MONITORIO:..... 425
Demanda: 428
Trámite:..... .429
PARA EL CUMPLIMIEN O DE SENTENCIAS O LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO: 931.Véase: EXEQUATUR
PARA LA INVESTIGACION O IMPUGNACION DEL PATER- 239
Legitimación: 239
POSESORIO: 143
Competencia: 145
Demanda: 148
Legitimación: 146
Requisitos: 147
VERBAL:..... 38
Demanda de reconvención: 58
De bienes vacantes y mostrencos: 185
De divorcio: 262
De entrega: 151

De impugnación de actos de Asambleas o Juntas de socios:..... 177
De nulidad de matrimonio civil: 242
De pago por consignación: 170
De pertenencia: 95
Bienes sobre los que recae:..... 95
Finalidad: 95
Prescripción adquisitiva o usucapión:. 95
Prescripción extintiva:..... 97
De rendición de cuentas:... 158
De resolución de compraventa: 88
Pacto comisorio: _ 89 De restitución del inmueble arrendado:..... 194
De separación de cuerpos:. 284
De servidumbre:..... 132
Posesorio:..... 14
Para la investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad: 239
Trámite: 51
VERBAL SUMARIO:... 38, 307
Asuntos adscritos al trámite: 308
Características:..... 307
Excepciones: 316
Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa:.... 327
Competencia:.... 328
Rehabilitación del inhabilitado:..... 333
Lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales:..... 320
Prestación, mejora y relevo de cauciones y garantías:... 321
Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo:..... 323

Proceso de alimentos: .335
Reposición, cancelación y reivindicación de títulos valores: 347
Competencia:.... 348
Trámite: 314
Y EL DERECHO SUSTANCIAL: „ 31

S

SECUESTRO DE BIENES: 992, 1073
Autónomo:.....993
Bienes que no pueden secuestrarse: 1024
Complementario: 995
Concepto: 993
De bienes muebles: 1073
Requisitos:.....1073
De inmuebles:.....1074
Requisitos:..... 1074
De vehículos automotores: _ 1004
En procesos arbitrales:..... 1086
En procesos ejecutivos:.....1098
Incidente de levantamiento de embargo y secuestro:....
Límite: 1101
Oposición a la diligencia:... 1006
Perfeccionador de embargos: 994
Práctica:..... 996
De bienes inmuebles:.. 999
De bienes muebles:... 1000
De empresas comerciales y mineras:.....1000
De establecimientos de comercio: 1000

U

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA Niceto, Derecho procesal mexicano, t. H, México, Ed.Porrúa, 1977

ALSINA Hugo, Tratado teórico y práctico de derecho civil y comercial, 1.1, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1963.

A. E. GIFFARD y Robert VTLLER, Droit romain et an- cien droit ffanfais. Les obligations, París, Dalloz, 1976 .

BEJARANO GUZMÁN Ramiro, Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos, Temis, Bogotá, 6ª edición, 2016.

BETANCUR JARAMILLO Carlos, Derecho procesal administrativo, Bogotá,Ed.Dike, 1982.

BUSTOS BERRONDO Horacio, Juicio Ejecutivo, Buenos Aires, Edit. Platense, 1970.

BECERRA BAUTISTA José, El proceso civil en México, 4a ed. 1974

CAKNELUTTI FRANCESCO, Derecho y Proceso, Buenos Aires, E.J.E.A., 1971.

CHIOVENDA JOSÉ, Derecho procesal civil, 1.1, Madrid, Reus.

CLAJRIA OLMEDO JORGE A., Derecho procesal, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1982.

CONSEJO DE ESTADO, auto del 15 de febrero de 1979, publicado en Jurisprudencia y Doctrina, t, VIH, núm 88, abril de 1979

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, G.J. T. LXXX, y G.J. T. CLXX-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de noviembre 7 de 1975, publicada en Jurisprudencia Civil de la Corte, Héctor ROA GÓ- MEZ, Ed. ABC, Bogotá, 1977, tomo 1

COUTURE EDUARDO J., Estudios de Derecho procesal, t. I, 2a ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.

CUENCA HUMBERTO, Proceso civil romano, Buenos Aires, E.J.E.A., 1957.

DEVIS ECHANDÍA HERNANDO, Compendio de derecho procesal, t. ID, Iª ed. Bogotá, Edit. ABC.

DE LA OLIVA Andrés, DIEZ PICAZO Ignacio, VEGAS Jaime y Julio BANACLOCHE, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

DEVIS ECHANDÍA HERNANDO, Estudios de derecho procesal, tomo I, Bogotá Edit. ABC, 1979.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 21ª ed., Madrid, 1992

DIEZ-PICAZO IGNACIO, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Civitas, Madrid, 2001.

FAIREN GUILLÉN VÍCTOR, Temas del ordenamiento procesal. Proceso civil, t. II, Madrid, Ed. Tecnos, 1969.

FASSI C. SANTIAGO, Código Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1971

FRANCESCO CARNELUTTI Derecho Procesal Civil Penal, 1.1, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1963,

GALINDO CUBIDES HERNANDO, El seguro de fianza, 3a ed., Bogotá,'Ed. Skandia, 1985.

GAJRCLA SARMIENTO Eduardo, Medidas cautelares, Bogotá, Edit. Foro de la Justicia, 1981.

GIRALDO ZULUAGA Germán, Jurisprudencia Civil 1977, Bogotá, Edit.Tiempos Duros.

GIRALDO CASTAÑO Jezael Antonio, La partición del patrimonio en vida. Ponencia para el XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellin, 2016, en Memorias del mismo.

GIRALDO ZULUAGA Germán, Últimas doctrinas civiles de la Corte, t. I, Bogotá, Ed. El Foro de la Justicia, 1981.

GÓMEZ ESTRADA César, Los principales contratos civiles, Bogotá. Ed. Dike, 1982,.

GÓMEZ José J., Bienes; Bogotá, Publicaciones Externado de Colombia, 1981.

GONZÁLEZ Emilsen, Manual de derecho romano; Bogotá, Ed. Externado de Colombia, 1986.

GONZÁLEZ VELÁZQUEZ Julio, Manual sobre procesos ejecutivos, Medellin, 1957.

GUASP JAIME, Derecho procesal civil, t. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

HERCE QUEMADA Vicente, Derecho Procesal Civil, Madrid, Ed. Artes Gráficas, 1976.

HINESTROSA FERNANDO, Escritos varios, "Matrimonio, divorcio y registro del estado civil", Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1983.

HOLGUÍN HOLGUÍN Carlos, Concepto rendido el 3 de junio de 1997 para el proceso arbitral de Meck Vs Tecnoquímicas

KISCH W., Elementos de Derecho procesal civil, 2a ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1940.

LAFONT PIANETTA Pedro, Proceso sucesoral, Ed. Librería del Profesional, 3ª edición, tomo II, Bogotá, 1993.

LAFONT PIANETTA Pedro, Proceso Sucesoral, Parte General, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 3ª, edición 1993.

LEIBLE Stefan, Proceso Civil Alemán, Dike, Bogotá, 1999.

LIEBMAN Enrico Tulio, Manual de Derecho procesal civil, Buenos Aires, E.J.E.A., 1980.

LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Bogotá, Dupre Editores, 2016,

LÓPEZ MARTINEZ Adriana, artículo publicado en Memorias del XXX- VIII Congreso del Instituto Colombiano derecho Procesal, Medellin, 2016.

LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Comentarios al Contrato de Seguro, Dupre editores, Bogotá, 2014 6ª edición.

LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, 9 ed., Dupre editores .

LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, La ley de divorcio, implicaciones procesales, Dupre Editores, Bogotá, 1994.

LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, La reforma del Código de Procedimiento Civil, Edit. ABC, 1990.

MAZEAUD H. J. y L:, Lecciones de derecho civil, Parte III, t. II, Buenos Aires, Ejea, pág. 90.

MESSINEO Francesco, Manual de derecho civil y comercial, t. IV, Buenos Aires. Ejea, págs. 55 y 101.

MICHELLI Gian Antonio, Derecho Procesal Civil, t. I, Buenos Aires, E.J.E.A., 1970.

MORANelson, Procesos de ejecución, Bogotá, Edit. Temis, 1972. MORALES MOLINA Hernando, Curso de derecho procesal civil, Parte especial, 6ª ed. Bogotá, Edit. ABC, 1973.

MORO QUINTERO Gonzalo, Medidas preventivas, Caracas, Ed. Fabre- tón, 1970.

MURCIA BALLÉN Humberto, Recurso de revisión civil, Bogotá, Edit. Foro de la Justicia, 1981.

PARRA QUIJANO Jairo, Apuntes para una teoría de los terceros, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1980 .

PARRA QUIJANO Jairo, Derecho Procesal Civil, Parte Especial, Librería del Profesional, Bogotá, 1995.

PÉREZ GORDO Alfonso, La suspensión del juicio ejecutivo; Barcelona, Ed. Hispano Europea, 1971.

PÉREZ VIVES Alvaro Garantías civiles, Bogotá, Edit. Temis, 1984

QUIROGA CUBILLOS Héctor Enrique, Procesos y medidas cautelares, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1985.

REDENTI Enrico, Derecho Procesal Civil, t. II, Buenos Aires, E.J.E.A..

RICER ABRAHAM, Enciclopedia jurídica Omeba T.XXIV Ed. Omeba, Buenos Aires.

ROBLES GARZON Juan Antonio, La Ejecución impropia y la ejecución in natura. Ponencia XX Jomadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Actas, Tomo I, Editorial Centro de Publicaciones de Málaga, 2006.

ROCCO Ugo, Tratado de Derecho procesal civil, Parte especial, t. IV, Buenos Aires-Bogotá, Depalma-Temis.

ROA GÓMEZ Héctor, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, t. rv, Bogotá, edit. ABC, 1980

ROJAS MIGUEL, Lecciones de derecho procesal, Ed. ESAJU, T. 4, Procesos de conocimiento, Bogotá, 2016.

SATTA Salvatore, Manual de derecho procesal civil, vol. II, Buenos Aires, Ejea, 1971.

SCIALOJA Vittorio, Procedimiento civil, Buenos Aires, E.J.E.A., 1954.

SPERL Hans, La reconnaissance en l'exécution des jugements étrangers, citado por Santiago SENTIS MELENDO, en La sentencia extranjera, Buenos Aires, Ejea, 1958. Superintendencia Bancaria, Doctrinas y conceptos, Bogotá, Biblioteca del Banco Popular, t. in, 1978.

TAMAYO JARAMILLO Javier, Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Ed. Raisbek-McKenzie, Bogotá, 2001.

THOMAS ARIAS Antonio, Comentarios a la reforma del Código de Procedimiento Civil, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.

VALENCIA ZEA Arturo, Derecho civil, Bienes, t. II, *T* ed., Bogotá, Edit. Temis, 1987.

VÉLEZ Femando, Estudio sobre el derecho civil colombiano, 1.1, Paris, Edit. Paris-América, 1926.