

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Miembro de las Comisiones redactora y revisora del Código General del Proceso. Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá

“CUESTIONES Y OPINIONES”

Acercamiento práctico al Código General del Proceso

MARZO DE 2017

*A todos los míos,
a los unos y los otros,
a los que son y no han sido,
y a los que quiero,
que son todos.*

PRESENTACIÓN

Este trabajo es el resultado de una investigación que adelanté gracias al tiempo que me concedió el Consejo Superior de la Judicatura. A sus Magistrados mi gratitud, que también se extiende a todos los servidores judiciales, a los abogados y estudiantes de derecho que compartieron conmigo sus inquietudes sobre el Código General del Proceso, surgidas en su mayoría de la aplicación práctica de sus normas. Sin los unos y los otros, no habría sido posible este ejercicio académico.

Fueron muchas las preguntas que se plantearon; buena parte de ellas tenía solución con la simple lectura de la norma; otras guardaban relación con las reglas sobre tránsito de legislación, que preferí no incluir por dos razones: la primera, porque se trata de un tema esencialmente temporal, y la segunda, porque para el momento de terminar esta investigación, lo más seguro es que cada quien ya tenga formado su criterio, abonado o no en jurisprudencia y doctrina, lo que tornaba tardío el ejercicio. Me enfoqué, entonces, en aquellas preguntas que ofrecían discusión, sin miramiento a la mayor o menor complejidad.

Por eso quien se acerque a este trabajo encontrará una respuesta posible –ojalá plausible- a temas controversiales. Aunque opino con vehemencia, porque obro con convicción, todo cuanto digo está sujeto

a la disputa académica. Bienvenida sea la discusión, el ejercicio de la dialéctica, porque no creo, como decía Ricardo Uribe-Holguín, en el ciego criterio de autoridad, que es el peor enemigo del abogado, cualquiera que sea su función.

Como el Código General del Proceso apenas ha cumplido un año de plena vigencia, bien poca es la jurisprudencia y la doctrina sobre sus disposiciones. Lo que se ha dicho en ambos ámbitos está sujeto a permanente revisión por quienes construyen aquella y ésta; no hay, pues, jurisprudencia consolidada ni doctrina acabada. Todo está por decir. Lo mismo sucede con los planteamientos que aquí hago, muchos de los cuales merecerán ajuste.

Queda, entonces, a disposición de los interesados un trabajo enriquecido por quienes de una u otra forma participaron en innumerables reuniones, congresos, conferencias, seminarios, foros y encuentros en los que intervine a lo largo y ancho de este maravilloso país, cuyas gentes esperan un sensible mejoramiento en el servicio de justicia, para lo cual el legislador ya hizo su tarea: expidió una ley: la 1564 de 2012, que incorpora el Código General del Proceso. Le corresponde ahora a la jurisprudencia y a la doctrina hacer su tarea; que ninguno de ellos se excuse en que debe hacerse una reforma.

¡Buen provecho!

REGLAS BÁSICAS PARA ENTENDER EL PROCESO ORAL Y POR AUDIENCIAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Es necesario reconocer que el derecho humano a un debido proceso, se materializa de manera diferente en procesos escritos y en procesos orales y por audiencias. La garantía es la misma, pero no es igual la forma de aplicación, lo que se explica, en lo basilar, porque en una y otra tipología de procesos, el juez y las partes deben actuar de distinta manera.

Por eso constituye un error, un grave error, interpretar las normas del Código General del Proceso bajo la misma línea de pensamiento que guiaba la interpretación de los artículos del Código de Procedimiento Civil. No es una cuestión de gustos sino de respeto a las formas propias de cada juicio y, en general, al derecho fundamental a un debido proceso.

Por eso, de manera breve, llamemos la atención sobre las reglas básicas que informan esta modalidad de proceso:

- 1. En el proceso oral y por audiencias, una actuación de juez, de parte o de tercero, sólo tiene eficacia procesal si se surte en audiencia oral y pública.** Por eso el artículo 3º del C.G.P. ordena que “las actuaciones se cumplirán en forma oral, publica y en audiencias,

salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”.

Se trata de una regla de obligatorio cumplimiento, que no puede –en ningún caso-ser derogada, modificada o sustituida por los servidores judiciales o los particulares, como lo precisa el artículo 13 del Código, lo que significa que el juez y las partes deben, en línea de principio rector, actuar en el respectivo proceso en audiencia oral y pública. Sólo podrán hacerlo por escrito cuando una norma expresa los autorice.

Una manera sencilla de entender esta regla es recordar que, bajo el proceso escrito, a cada petición verbal que se le hacía a los jueces estos respondían con la escueta expresión: ¡dígamelo por escrito! Cambiando lo que hay que cambiar, si un abogado formula una petición por escrito en un proceso oral, habría que decirle: ¡dígamelo en audiencia y de viva voz! Por eso el numeral 6º del artículo 107 del C.G.P., establece que “las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos”.

Ahora bien. En el Código General del Proceso son muchas las actuaciones que se deben surtir por escrito. Así por ejemplo, todo lo que concierne a la fase de postulación, la fase de ejecución forzada, la apelación de autos, la sentencia anticipada y ciertos incidentes, para citar algunos casos. Pero cuando el juez convoque a una audiencia y el auto quede firme, todas las actuaciones deberán surtir en la

respectiva vista pública, salvo que se trate de una solicitud de aplazamiento –que necesariamente debe formularse por escrito y resolverse de la misma forma-, o de una recusación oportuna. Por eso el artículo 109 del C.G.P. dispone que el secretario sólo ingresará el expediente al despacho del juez, cuando se trate de memoriales que puedan resolverse por fuera de audiencia. Por eso las partes sólo pueden proponer incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia (C.G.P., art. 129), lo que incluye, claro está, las solicitudes de nulidad, como lo evidencia, para el caso de la segunda instancia, el inciso final del artículo 328 de la nueva codificación.

2. En el proceso oral la audiencia es un derecho de las partes.

Quiere ello decir que la audiencia en estos juicios no es un acto de simple acopio de pruebas, como solía verse en el proceso escrito, sino que se erige en un arquetípico derecho propio del debido proceso oral, en el que, hay que reiterarlo, toda persona tiene derecho a audiencia.

Sin embargo, en el Código General del Proceso el derecho a la audiencia no se reconoce en toda clase de controversias. Las hay que jamás tendrán una vista pública, como en los pleitos en los que la falta de oposición autoriza sentencia de plano o inmediata, que son litigios muchos.

Pero no se trata de cualquier vista pública, sino de una que satisfaga las siguientes garantías, que igualmente destacamos como reglas del proceso oral.

3. **La parte tiene derecho a ser oída por su juez.** Por tanto, la presencia de la parte en la audiencia no es meramente formal o protocolaria. Suyo es el derecho a ser escuchada por el juez –y no por otro servidor judicial- y a que tenga en cuenta su versión. La audiencia, entonces, permite un ejercicio de comunicación directa entre el juez y las partes, sin la intermediación del abogado.

Por eso el artículo 372 estableció como primer deber del juez, si fracasa la conciliación, interrogar oficiosamente –y de manera obligatoria- a las partes, enviando así un mensaje: que la primera versión que escuche el juez, sea la de las mismas partes, no la de terceros.

Y como se trata de un derecho, en caso de inasistencia justificada a esa audiencia, la parte tiene que ser convocada a la siguiente, la de instrucción y juzgamiento, para oír su declaración (C.G.P., art. 373). En el mismo sentido se expresa el artículo 204.

4. **La parte tiene derecho a una audiencia con asistencia de su contraparte.** Quiere ello decir que en el proceso oral la audiencia se erige en una oportunidad de encuentro entre quienes están distanciados por el conflicto. El demandante tiene derecho a que su demandado concurra a la audiencia, y viceversa.

De allí que el artículo 372 del Código General del Proceso establezca que las partes deberán concurrir personalmente. Nada de hacerse

representar por otro, salvo que se trate de personas jurídicas, patrimonios autónomos o incapaces. Por eso el aplazamiento de la audiencia sólo tiene cabida por excusa de la propia parte, no de su abogado, pues lo que realmente interesa es que ella concorra. Por eso también habrá sanciones –probatorias y pecuniarias- para el que no asiste, sin justificación, porque su omisión lesiona un derecho de su contraparte.

Pero este derecho tiene un componente adicional y esencial: **en el proceso oral no hay audiencias sin intervinientes**. Ni más faltaba que el juez actuara a espaldas de los interesados. Desde luego que instalará la audiencia (C.G.P., art. 107, num. 1), pero si ninguna de las partes concurre, ella no podrá celebrarse (C.G.P., art. 372, num. 4, inc. 2º).

Sólo en un caso se autoriza que el juez adelante una audiencia aunque nadie asista: cuando se deba sentenciar, pues el cumplimiento del deber del Estado de administrar justicia no puede quedar al arbitrio de la comparecencia de los involucrados en el pleito. Por eso el numeral 5 del artículo 373 del C.G.P., establece que en la audiencia convocada para instruir y juzgar, el juez proferirá sentencia aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado.

5. **La parte tiene derecho a que su audiencia sea pública.** Los jueces, entonces, no pueden impedir el ingreso del público a sus audiencias. Sólo si el asunto tiene reserva (C.G.P., art. 3º), o si existe

un motivo justificado (C.G.P., art. 107, num. 5), puede limitarse la asistencia de terceros.

El carácter público de la audiencia es una garantía de transparencia, de visibilidad, de control de la actividad judicial. Nada de jueces y magistrados enclaustrados en sus despachos.

6. La parte tiene derecho a que el juez forme su conocimiento y convencimiento en la respectiva audiencia, y no por fuera de ella. Quiere ello decir que, por regla general, las decisiones del juez deben formarse a partir de las actuaciones verificadas en la respectiva audiencia pública, sin que pueda situarse al margen de ella para conocer el asunto o convencerse sobre los hechos alegados por las partes.

En el Código General del Proceso esta regla ofrece una particularidad, porque el Código no exige que las pruebas, para serlo, se incorporen, practiquen y contradigan en la audiencia. Como se sabe, bajo esa codificación los medios probatorios arriban como tales con los respectivos actos de postulación, con los cuales, en varias hipótesis, da comienzo la contradicción. Por eso, en muchos pleitos, cabe sentencia anticipada o sentencia de plano (por ausencia de oposición) por fuera de audiencia.

Luego, a manera de excepción, el Código le permite al juez formar su conocimiento por fuera de audiencia, e incluso, en ciertas y determinadas hipótesis, adoptar decisión.

Pero cuando la audiencia pública es obligatoria, que lo es en la mayoría de los procesos en los que se presenta oposición o controversia, aquella regla cobra todo su vigor porque el juez, en virtud del principio de concentración, debe instruir, escuchar los alegatos de las partes y decidir en la audiencia, sin que pueda hacerlo por fuera de ella. El juez, entonces, llegará preparado e informado a la audiencia, con un conocimiento del caso, según las pruebas aportadas, pero sólo podrá completar o terminar de formar su conocimiento y convencimiento, con las actuaciones probatorias que se verifiquen en la vista pública. Y aunque puede optar por un fallo escrito, necesariamente deberá anunciar el sentido de su fallo, para reflejar en la misma audiencia que fue en ella que formó –o completó- su conocimiento y convencimiento.

7. La parte tiene derecho a que en la audiencia convocada para juzgamiento, el juez profiera la sentencia, o cuando menos emita el sentido del fallo.

Para decirlo de manera breve, en el proceso oral el derecho a la audiencia sería vano o su satisfacción sería meramente formal, si el juez, justo antes de terminar ese encuentro de las partes o sus apoderados, no les comunicara su decisión. Las partes tienen derecho

a saber si ganaron o perdieron. Allí el juez si decide motivar por escrito, pero al salir de la audiencia, los contendientes tienen derecho a saber cuál de ellos tuvo la razón.

Es por eso que el artículo 373 del C.G.P., en su numeral 5º, le impone al juez el deber de proferir sentencia en forma oral, luego de escuchar el discurso final de las partes. Sólo si no le es posible dictarla en ese momento, podrá hacerlo por escrito, pero a condición –entre varias- de anunciar el sentido de su fallo y motivarlo brevemente.

En síntesis, el día que el juez señale para juzgar, que juzgue. Las partes sabrán de antemano el día en que su conflicto será resuelto. Suyo es el derecho a una audiencia en la que el juez cumpla con su deber de administrar justicia.

Y como se trata de un derecho inherente al debido proceso oral, nada de andar cambiando su decisión cuando emita la sentencia escrita, porque de hacerlo habría nulidad originada en la sentencia misma. Al fin y al cabo, se desconoció una garantía del debido proceso oral y por audiencias.

CUESTIONES Y OPINIONES

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En el CGP, el uso de las nuevas tecnologías está condicionado a la implementación del Plan de Justicia Digital?

Respuesta: No. Se trata de dos cosas distintas, aunque complementarias. La nueva ley procesal dispuso que “en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y administración de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.” Por eso estableció que “las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice” (CGP, art. 107, par. 1); que la práctica de las pruebas que el juez no pueda adelantar personalmente “por razón del territorio o por otras causas”, podrá hacerse a través de “cualquier medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción” (CGP, art. 171), o que la comisión puede consistir en la solicitud a otro servidor público, por cualquier vía expedita, “para que realice las diligencias necesarias que faciliten la práctica de las pruebas por medio de videoconferencia, teleconferencia o cualquier medio idóneo de comunicación simultánea”. (CGP, art. 37, inc. 2).

Luego no cabe duda de que el uso de las tecnologías de la comunicación y de la información en los procesos judiciales, es una

directriz del legislador prevista, incluso, en la ley estatutaria de la administración de justicia (art. 95), por lo que bien pueden utilizarse, por ejemplo, los mensajes de datos para presentar demandas (CGP, art. 82, par. 2) y memoriales (CGP, arts. 106, inc. 2 y 109), o emplear mecanismos de comunicación simultánea para intervenir en audiencias, cualquier que sea su objeto (CGP, art. 107, par. 1).

El Plan de Justicia Digital, por su lado, “estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, *que permitan informar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea.*” (se destaca; CGP, art. 106, par. 2, inc. 2). Por consiguiente, dicho Plan va más allá del uso de esas tecnologías; se trata, en síntesis, de implementar una nueva modalidad de ejercicio de la actividad judicial: el *proceso digital*, lo que implica expediente digital y litigación en línea; no sólo el primero, sino también –y de manera simultánea- el segundo.

A diferencia del uso de las tecnologías de la comunicación y la información, que son de utilización inmediata, la implementación del Plan se hará “de manera gradual, por despachos judiciales o zonas geográficas del país, de acuerdo con la disponibilidad de condiciones técnicas para ello” (CGP, art. 106, par. 1, inc. 2). De allí que, por vía de ilustración, en los “juzgados en los que se encuentre implementado el plan de justicia digital, el expediente estará conformado íntegramente por mensajes de datos” originados por el juez o sus colaboradores, o por las partes y demás intervinientes (CGP, art. 122,

inc. 2); la comisión no exigirá la remisión física de documentos por parte del comitente (CGP, art. 37, incs. 3, 4 y 5), y el trámite de apelaciones no puede dar lugar a la impresión del expediente digital, total o parcialmente, porque bastará que se permita el acceso a él por parte del juez del circuito o del tribunal superior que maneje el mismo sistema (CGP, art. 324, par.)

Para expresarlo en lenguaje llano, el uso de las tecnologías de la información no excluye el expediente físico; por el contrario, el Plan de Justicia Digital da lugar al expediente digital. Aquellas permiten la participación de jueces, partes y demás intervinientes bajo un esquema tradicional de litigación; éste únicamente posibilita el litigio en línea. Allá seguiremos utilizando papel; acá habrá “cero papel”. El proceso como lo conocemos y manejamos es el pasado y el presente; el proceso digital es el futuro, mejor aún, el futuro próximo.

2. La expedición de copias autenticadas requiere auto del juez?

Respuesta: No. La norma que lo establecía en el Código de Procedimiento Civil, que era el numeral 7º del artículo 115, no se reprodujo en el Código General del Proceso. Por el contrario, el numeral 3º del artículo 114 de la nueva codificación expresamente señala que “las copias que expida el secretario se autenticarán cuando lo exija la ley o lo pida el interesado.” ¿Y quién lo hace? Pues el secretario? ¿Necesita dispensa? Ninguna. Incluso, para que no

quedara duda, el numeral 1º de ese precepto señala que las copias se expedirán a petición verbal, “sin necesidad de auto que las autorice”. Se acabó, pues, esa tramitomanía.

No olvidemos una cosa: como el Código General establece una presunción general de autenticidad de las copias, sin importar si son documentos públicos o privados (art. 244, inc. 2), aquellas, para tener eficacia probatoria, no necesariamente deben autenticarse. De requerirse por el que las pidió o por una norma especial, el secretario procederá a hacerlo.

3. El acta de la audiencia debe ser firmada por quienes en ella intervinieron, o sólo por el juez?

Respuesta: Sólo por el juez o los magistrados que presidieron la audiencia o diligencia, como lo establece el inciso 4º del numeral 6º del artículo 107 del CGP.

La razón de ese cambio obedece a que las personas que intervinieron en la audiencia o diligencia debieron suscribir el formato de control de asistencia que hace parte del acta, formato que, sea bueno decirlo, debe ser diligenciado desde el inicio de la audiencia o durante ella, sin que deba esperarse a que finalice la respectiva actuación.

De esta manera se facilita el trabajo del juez y se permite el rápido retiro de los intervinientes, quienes, en el pasado, debían esperar más

tiempo para firmar el acta que el que invirtieron durante su participación en la audiencia.

4. Cómo se maneja el tema de portes en el CGP?

Respuesta: Sencillo, el juez determinará la manera de hacerlo, según el inciso 2º del artículo 125 del CGP.

Obsérvese que el cambio es diametral: en el Código de Procedimiento Civil se establecía un minucioso régimen de pago de portes, remisión a oficinas postales y constancias; ahora, bajo el Código General del Proceso, se le entregó al juez la facultad de “imponer a las partes o al interesado, cargas relacionadas con la remisión de expedientes, oficios y despachos.” (art. 125). Pero es importante señalar que se trata de arquetípicas cargas, sólo que de origen judicial, motivo por el cual si el interesado, por ejemplo, no atiende el mandamiento del juez en el plazo señalado para enviar el expediente al superior con el fin de tramitar un recurso de apelación, éste deberá declararse desierto.

Es necesario, entonces, que el juez precise la manera como el interesado debe atender la carga que se le impone: por ejemplo, que en el plazo de tres días implemente lo necesario para que una empresa de servicio postal retire el expediente en la secretaría del juzgado o tribunal y lo remita al despacho judicial destinatario, anticipándole que de no hacerlo, le será declarada la deserción.

ACUMULACION DE PROCESOS Y DEMANDAS

1. Por qué se reguló de manera diferente la oportunidad para acumular demandas en procesos declarativos y ejecutivos?

Respuesta: Las reglas sobre acumulación de demandas en procesos declarativos y ejecutivos aparecen en diferentes normas: para aquellas, en el artículo 148, numerales 2º y 3º; para éstas en el artículo 463 del CGP.

Recordemos que el Código de Procedimiento Civil no permitía la demanda por inserción en procesos declarativos; solamente regulaba la acumulación de procesos, por lo que el interesado, para generar acumulación en ese tipo de juicios, debía presentar su demanda por separado, para luego promover –cumplidos los requisitos- el acopio del proceso a ese otro que venía tramitándose. La acumulación de demandas era una figura que sólo se habilitaba en las causas ejecutivas.

Pues bien, el Código General también autorizó la inserción de demandas en procesos declarativos, pero restringió esa posibilidad a que se hiciera “antes de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial” (art. 148, num. 3), a diferencia de lo que ocurre en procesos ejecutivos, en los que se permite la acumulación “hasta antes del auto que fije la primera fecha para remate o la terminación del proceso por cualquier causa...” (art. 463).

La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de los procesos, porque los declarativos tienen como propósito darle certeza a un derecho controvertido, en tanto que los segundos buscan el pago forzado de una obligación, las más de las veces mediante la realización del patrimonio del deudor. Por consiguiente, mientras los bienes del deudor no salgan a subasta, cualquier acreedor puede hacer valer su crédito para que se satisfaga su acreencia en forma simultánea; más aún, no se olvide que si el patrimonio de un deudor es perseguido por dos o más acreedores, la ejecución adquiere naturaleza concursal, por lo que es explicable que se autorice la participación de todos los que tengan créditos con títulos de ejecución contra el deudor, mientras –se insiste- no hubiere mediado almoneda.

Otro es el propósito de los procesos declarativos en los que, como es obvio, no está prevista subasta alguna (el caso de los divisorios es atípico y tiene otra explicación). De allí que permitir, por ejemplo, que la víctima de un accidente acumule demanda al mismo juicio que ya tramita otra de ellas contra el victimario, luce viable si concurren las exigencias de la acumulación de pretensiones; pero como se trata de dilucidar si hay o no derecho, el límite del auto que señala fecha para la audiencia inicial parece razonable porque impide la paralización de la vista pública.

Con otras palabras, si se hubiere posibilitado la acumulación de demandas en procesos declarativos hasta antes de dictarse sentencia, para poner un ejemplo, la ley habría generado un evento de

suspensión de las audiencias, dado que la nueva demanda tendría que surtir todo el trámite que le corresponde (admisión, notificación, traslado, etc.), hasta colocarse en el mismo estadio en el que se encontraba la demanda inicial. Incluso las pruebas practicadas tendrían que repetirse, dado el caso, para no vulnerar el debido proceso.

2. La posibilidad de acumular una demanda en un proceso ejecutivo -que precluye cuando se expide el auto que fija la primera fecha para remate (CGP, art. 463)-, revive si la subasta se anula o imprueba?

Respuesta: Depende. Si la subasta se invalida porque no se cumplieron los requisitos legales (p. ej.: la orden de seguir adelante la ejecución no estaba en ejecutoriada, o ninguna de las partes la había solicitado, o el avalúo no estaba firme, o el tercero adjudicatario no hizo depósito para hacer postura, entre otras), ese pronunciamiento provoca que la actuación procesal vuelva al estado en que se encontraba hasta el momento en que se fijó fecha para el remate; es como si no hubiera existido, como si nada hubiera pasado (CGP, arts. 448, 450, 451, 452, 454, 455 y 457). Por eso, en tal caso, se abre la posibilidad para acumular demandas, justamente por el efecto retroactivo que tiene la nulidad de la almoneda.

Pero el caso de aprobación es distinto, porque ninguna irregularidad se puede predicar del auto que fijo fecha y hora para la subasta. Aquí

el problema fue otro: o no se pagó el saldo del precio o no se satisfizo el impuesto de remate (CGP, art. 453). Por consiguiente, aunque se imprueba la subasta, la posibilidad de acumular demandas seguirá clausurada, así se fije nueva fecha para realizarla, por cuanto el legislador estableció que el límite lo marcaba “la primera fecha...” (CGP, art. 463), lo que excluye –es de Perogrullo- los segundos, terceros y cuartos señalamientos.

3. Según el CGP, la suspensión que recae sobre uno de los procesos acumulados, no impide que continúe el trámite de los demás. Esta misma regla se aplica a la acumulación de demandas?

Respuesta: No. Destaquemos que la suspensión de un proceso que había sido acumulado a otro, constituye motivo legal para terminar la acumulación; por eso el parágrafo del artículo 161 del CGP expresamente le ordena al juez *exclure* el proceso suspendido, para que los demás continúen. Pero esa exclusión, conviene resaltarla, sólo tiene lugar cuando se configura alguna de las hipótesis de suspensión previstas en esa norma, esto es, por causa de prejudicialidad o ruego conjunto de las partes.

Tratándose de acumulación de demandas la variable es diferente, porque en este evento el proceso es uno sólo y, además –por lo menos en las causas ejecutivas-, da lugar a la suspensión del pago a los acreedores, de suerte que las restantes demandas acumuladas no

podrían continuar su trámite, en la medida en que no podrían solucionarse las respectivas deudas (CGP, art. 463, num. 2). Al fin y al cabo, cuando la acumulación tiene lugar en procesos ejecutivos, estos adquieren naturaleza concursal.

Podría, sin embargo, presentarse una excepción: la acumulación de demandas en procesos declarativos que generan arquetípicos litisconsorcios facultativos, porque si cada uno de estos se considera un litigante separado, sus actos no pueden redundar ni en provecho ni en perjuicio de los otros (CGP, art. 60). Por tanto, será en cada caso que el juez examine la viabilidad de esta suspensión, porque, por ejemplo, si la prejudicialidad incide en todo el asunto, ni modo de paralizar una sola porción del pleito; otro, sin embargo, es el caso de la suspensión por mutuo acuerdo.

AMPARO DE POBREZA

1. El CPC establecía que el amparo de pobreza no procedía cuando se hacían valer derechos adquiridos a título oneroso. Por qué el CGP eliminó en el artículo 151 la expresión "adquiridos"?

Respuesta: La eliminación de esa expresión no quita ni pone ley. La idea siempre ha sido que sólo pueda pedir amparo por pobre la persona que no se encuentre en capacidad de atender los gastos del proceso, sin afectar lo necesario para la subsistencia propia y la de los

suyos. Por tanto, quien ha adquirido un derecho litigioso, esto es, el evento incierto de una litis, no puede afirmar luego que carece de recursos. ¡Si tuvo plata para comprar un albur, debe tenerla para asumir los costos del proceso respectivo!

Por tanto, la supresión de la palabra “adquirido” es irrelevante porque, en todo caso, se está haciendo valer un “derecho litigioso” y, además, la parte tiene “título oneroso”. Jamás se podría invocar esa modificación, si es que lo es, para excluir del amparo por pobre a quien, por ejemplo, pretenda el pago de una obligación en un proceso ejecutivo, porque, en estricto, el derecho aquí no es litigioso. Una cosa es una cosa, y otra cosa es otra cosa.

Habría sido mejor dejar la expresión, para que no suscitara suspicacias. Pero, insistimos, nada novedoso hay sobre la materia.

APODERADOS

1. Si el poder se otorga a una persona jurídica, puede adelantar el incidente de regulación de honorarios por revocatoria del poder?

Respuesta: Una modificación importante en el tema de litigación, fue la de permitir el otorgamiento de poder a personas jurídicas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios jurídicos, caso en el cual

“podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal” (CGP, art. 75, inc. 2). Por tanto, a partir de la vigencia de la nueva codificación, los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para uno o varios juicios, pueden conferirse a un abogado o a una persona jurídica que preste servicios profesionales en derecho.

Pero es importante precisar que en los casos de poderes a personas jurídicas, será esta la que funja como apoderada, porque fue a ella a la que se le otorgó el poder. Que en el proceso respectivo, como es apenas obvio, deba actuar un profesional del derecho que figure en su certificado de existencia y representación legal, no quiere decir que sea éste el apoderado, porque no fue a él sino a la sociedad para la que labora a la que la parte o el tercero le confirió facultades para representarla en un determinado juicio.

Que ello es así lo corrobora la parte final del inciso 2º del artículo 75 del CGP, al precisar que, no obstante la actuación del susodicho abogado de la sociedad (para concretarnos en esta modalidad de persona jurídica), quien puede “otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la ‘firma’” (expresión ajena nuestro régimen societario), es “la persona jurídica”. ¿Y por qué ella? Pues porque es la apoderada. Así de sencillo.

Por consiguiente, si el poderdante le revoca el poder a la persona jurídica a la que se lo había conferido, puede ella –y no el profesional

del derecho que actúa- pedirle al juez que se le regulen sus honorarios mediante incidente, como lo prevé el inciso 2º del artículo 76 del CGP, disposición que no hace ninguna distinción, puesto que simplemente le concede legitimación al “apoderado”, que en esa hipótesis, se insiste, es “la firma”, con quien seguramente fue celebrado un contrato de mandato.

No olvidemos que donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir.

Una cosa más: A quien lo dude me permito traerle a colación un caso que le puede servir de referente: la posibilidad de concederle amparo de pobreza a las personas jurídicas. No lo preveía el Código de Procedimiento Civil, pero la Corte Suprema de Justicia, en su momento, interpretó la norma para considerar que sí era viable, postura que luego acogió el Código General del Proceso. Por tanto, si esta codificación permitió el apoderamiento a ese tipo de personas, no hay que andarse con interpretaciones restringidas.

2. Si vence el plazo de 30 días para pedir la regulación de honorarios, quién es el juez competente para conocer de ese asunto cuando se trata de personas jurídicas?

Respuesta: El juez civil del circuito o el municipal, dependiendo de la cuantía, según lo establecido en los numerales 1º de los artículos 17, 18 y 20 del CGP.

Téngase en cuenta que los jueces laborales solamente conocen de los “conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por *servicios personales* de carácter privado, cualquier que sea la relación que los motive” (se destaca), conforme a lo previsto en el numeral 6º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Por consiguiente, a falta de una competencia especial, debe acudirse a la cláusula general o residual de competencia, en virtud de la cual le corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente a otra especialidad jurisdiccional ordinaria (CGP, art. 15).

3. En el caso de poderes otorgados a personas jurídicas, pueden sus abogados pedir la regulación incidental de honorarios cuando son reemplazados por otros de la misma sociedad?

Respuesta: No, porque como fue explicado en una respuesta anterior, cuando se otorga poder a una persona jurídica, es ella y no el profesional del derecho que actúa quien tiene la calidad de apoderado de la parte o tercero interviniente.

Pero además, en el caso de poderes a “firmas” de abogados, la rotación de profesionales del derecho por requerimientos del proceso (p. ej.: uno que presenta la demanda, otro que asesora en la conciliación, uno más interroga a la parte contraria, alguno lo hará con

testigos y otro planteará los alegatos finales) no constituye, en estricto, una revocatoria del poder, habida cuenta que éste, se reitera, le fue otorgado a la persona jurídica, no al abogado. Luego no se configura el presupuesto establecido en el inciso 2º del artículo 76 del CGP.

Ahora, si lo que sucede es que la sociedad que funge como apoderada termina la relación jurídica –cualquiera que ella sea- que tenga con el respectivo abogado, le corresponderá al juez laboral dirimir la controversia que pueda suscitarse en el marco de la correspondiente relación.

4. Dado lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 103 del CGP, el poder especial otorgado por mensaje de datos se presume auténtico?

Respuesta: Creemos que sí, porque se trata de norma especial.

En efecto, sabemos que pese a la presunción general de autenticidad que cobija a todo documento (CGP, art. 244, inc. 2), de esta regla quedaron excluidos –expresamente- los poderes especiales, que deben presentarse personalmente “ante juez, oficina judicial de apoyo o notario”, o cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 251, si se extendió en el exterior ante cónsul o el funcionario respectivo, para cobrar autenticidad (CGP, art. 74, incs. 2 y 3).

Empero, un inciso posterior del artículo 74 añadió que “se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital”, lo que, en principio, nos remitiría al cumplimiento de los requerimientos de la ley 527 de 1999. No obstante, el artículo 103 del CGP hizo dos precisiones: la primera, que dicha ley se aplicará en las actuaciones judiciales, pero sólo si sus normas son compatibles con las disposiciones del Código, y la segunda, que “se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.”

Quiere ello decir que los poderes especiales otorgados a través de mensajes de datos, se presumen auténticos. Existe norma especial y posterior, de aplicación preferente sobre los incisos 2º y 3º del artículo 74 de CGP.

5. La solicitud de pruebas extraprocesales debe hacerse a través de apoderado, o el interesado puede formularla directamente?

Respuesta: La regla general en materia de actuaciones judiciales es que los intervinientes deben comparecer por conducto de abogado (CGP, art. 73). Así también lo manda la Constitución Política (art. 229).

Por tanto, como no existe ninguna norma especial que autorice la intervención directa cuando se trata de pruebas extraprocesales, es necesario concluir que para su tramitación el interesado debe contar con un profesional del derecho, máxime si se considera que en el Código General del Proceso el asunto tiene doble instancia (arts. 18 y 20).

AUDIENCIAS

1. La asistencia de los Magistrados es obligatoria en las diligencias o solo en las audiencias?

Respuesta: En unas y otras, porque así lo impone el principio de inmediación, previsto en el artículo 6º del CGP.

En efecto, conforme a esa disposición, “el juez [magistrados] deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan”, como lo corrobora, en materia de pruebas, el artículo 171 de la misma codificación. Aunque el artículo 107, en su numeral 1º, solo utilizó la expresión “audiencia”, es claro que toda la norma –como su título lo indica- gobierna el tema de las “audiencias y diligencias”, que deben ser presididas “por los magistrados que conozcan del proceso”, mandamiento que reafirma el artículo 36 del CGP al señalar que “las audiencias y diligencias que realicen los jueces colegiados serán presididas por el ponente, y a

ellas deberán concurrir todos los magistrados que integran la sala, so pena de nulidad”, salvo el caso previsto en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 107 del CGP.

2. Pueden las partes grabar las audiencias y diligencias en sus propios equipos?

Respuesta: Si, pero con autorización previa del juez. Al fin y al cabo, que el Consejo Superior de la Judicatura deba proveer los recursos técnicos necesarios para la grabación de las audiencias (CGP, art. 107, num. 5, inc. 2), no significa que las partes no puedan valerse de otros recursos tecnológicos para registrar lo sucedido en la vista pública. Se trata, además, de un mecanismo que facilita la participación en el servicio de justicia, por lo que el juez debe darle aplicación al artículo 103 del nuevo estatuto.

Por cierto que esas grabaciones de las partes pueden servir para reconstruir lo sucedido en la audiencia, si por alguna razón falló el recurso técnico implementado por el juzgador. Por eso el numeral 2º del artículo 126 del CGP establece que a la audiencia que se fije con ese propósito, las partes deberán allegar “las grabaciones y documentos que posean...”

3. Durante la audiencia se pueden adjuntar pruebas no aportadas antes de ella?

Respuesta: Sí es posible, pero solo en los casos expresamente autorizados por la ley. Veamos algunos ejemplos:

a. Los testigos están habilitados para aportar documentos relacionados con su declaración (CGP, art. 221, num. 6).

b. Si el juez decreta la exhibición de un documento, éste debe presentarse en la respectiva audiencia (CGP, art. 266).

c. Si un documento es aportado en una audiencia, la parte interesada puede formular tacha o desconocimiento durante el traslado que debe darse inmediatamente, y allegar –como prueba- los documentos que considere pertinentes.

No se olvide, en todo caso, que los documentos deben presentarse, por regla general en las oportunidades probatorias (CGP, art. 173), y que, incluso, el demandado tiene la carga de allegar con la contestación de la demanda, aquellos que el demandante hubiere pedido en su libelo, manifestando que están en poder de aquél (CGP, arts. 82, num. 6 y 96, inciso final).

4. Pueden las partes hacer sus intervenciones en la audiencia, mediante la lectura de un escrito?

Respuesta: No. Recordemos que el Código implementó procesos orales y por audiencias, no audiencias de lectura. Por eso el numeral

6º del artículo 107 del CGP estableció, a manera de prohibición, que “las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos”.

Obsérvese que esa veda se refiere a las “*intervenciones*” que se deban hacer en forma oral, intervenciones que, por tanto, no pueden suplirse por escritos. Y no se diga que la lectura del escrito es la intervención oral, porque, en la práctica, lo que se genera es una burla a la ley.

Destaquemos, además, que cuando el legislador ha querido que en una audiencia se lea un documento, lo ha regulado expresamente, como sucede en materia penal con la audiencia de lectura de fallo (CPP, arts. 179 y 447), o en materia arbitral con la lectura de la parte resolutive del laudo (ley 1563, art. 33).

Pero lo más importante es que bajo la nueva codificación, “las actuaciones se cumplirán en forma oral..., salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito...” (CGP, art. 3); que esa forma determina la validez del acto procesal correspondiente; que, por ejemplo, “practicadas las pruebas se *oirán* los alegatos de las partes”, y que “en la misma audiencia el juez proferirá sentencia en forma oral...”, salvo que opte por “emitir la decisión escrita...” (CGP, art. 373, nums. 4 y 5).

Y no se diga que al único que no se le permitió leer fue al testigo (CGP, art. 221, num. 7), porque se trata de una restricción que

responde a una exigencia totalmente diferente: es que esa prohibición al declarante, que también se da en los procesos escritos, tiene como propósito evitar la sugestión y la distorsión de la memoria por cuenta de un relato previo documentado, que las más de las veces determinaría al deponente, como lo confirman la jurisprudencia y la doctrina.

No sobra señalar que una audiencia a la que todos los intervinientes vayan a leer desdibuja lo que es un proceso oral. Así que no falseemos la realidad.

5. Puede aplazarse una audiencia inicial con fundamento en la excusa presentada -con anterioridad- por el apoderado de una de las partes?

Respuesta: No. La audiencia inicial solo puede aplazarse si una de las partes o ambas se excusan con anterioridad a ella y el juez acepta la justificación (CGP, art. 372, num. 3, inc. 2).

Obsérvese que según esa norma, el aplazamiento tiene cabida “si la parte y su apoderado o solo la parte se excusan...”, lo que quiere decir que no es suficiente la disculpa del apoderado.

La razón de esa regla es que, si se miran bien las cosas, las actuaciones que deben adelantarse en una audiencia inicial conciernen principalmente a las partes: la conciliación, el interrogatorio

y la fijación del litigio; por eso es vital su asistencia. Y aunque es cierto que en esa vista pública también se profieren decisiones susceptibles de ser impugnadas a través del abogado, quien es el que tiene derecho de postulación, no se olvide que el Código habilitó muchos mecanismos para que las partes pudieran tener asistencia legal, sin el apego a un único abogado, como el apoderamiento a personas jurídicas, el otorgamiento de poderes a través de mensajes de datos y la misma sustitución.

En síntesis, lo que ha querido el legislador es que las audiencias no se frustren por motivos exclusivamente atribuibles a los abogados, lo que afectaría la eficiencia de la administración de justicia. La agenda de aquel no puede impedir la buena marcha de los despachos judiciales. Al fin y al cabo, en las materias reguladas por el Código General del Proceso, el derecho a la asistencia legal no impone la comparecencia de las partes a las audiencias acompañadas de un abogado.

6. Cuáles son los motivos de suspensión de una audiencia?

Respuesta: Es claro que en acatamiento al principio de concentración, en las audiencias deben cumplirse, sin solución de continuidad, todos los actos previstos para cada una de ellas, por lo que el juez no puede suspenderlas según su parecer, sino “por las razones que expresamente autoriza este Código” (CGP, art. 5). Veamos algunos de esos motivos:

a. Si el juez distribuye la carga de la prueba, porque debe otorgarle a la parte correspondiente un término para aportar o pedir el respectivo medio probatorio (CGP, art. 167).

b. Si un testigo fundamental no comparece a la audiencia a rendir declaración (CGP, art. 218, num. 3). Pero destaquemos que no es cualquier testigo, sino aquél cuya declaración “se considere fundamental”.

c. Si el perito no asiste a la audiencia a la que fue convocado, caso en el cual “el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha...” (CGP, art. 228, inc. 2).

d. En los casos de exhibición de documentos, cuando no se hubiere formulado oposición, porque la parte tiene derecho a justificarse (CGP, art 267).

e. Si se formula tacha de falsedad o desconocimiento de un documento durante una audiencia, porque la parte que tacha o desconoce tiene derecho a que se practiquen las pruebas que pida y que el juez decrete, como una peritación (CGP, arts. 269 y 270).

f. Si en el curso de la audiencia de instrucción y juzgamiento, el juez decreta una prueba de oficio que no pueda recaudarse tras un receso (CGP, arts. 169 y 170).

g. Si se presenta una causal de interrupción del proceso (CGP, art. 159).

h. Si se configura un evento de suspensión del proceso (CGP, art. 161).

i. Si en el curso de la audiencia el juez se declara impedido o es recusado (CGP, art 145).

Estos y algunos otros pocos casos previstos en la ley, son los únicos que permiten suspender una audiencia. Claro está, eventos de fuerza mayor también lo provocarán; el Código no tenía que decirlo. Pero es incontestable que los jueces no pueden suspender las audiencias a su arbitrio, menos para escuchar alegatos de conclusión o para dictar sentencia oral, o anunciar el sentido del fallo.

7. Qué diferencia existe entre aplazamiento, suspensión y receso?

Respuesta: Se trata de tres conceptos diferentes, a saber:

a. El aplazamiento, como su nombre lo indica, difiere la audiencia para un momento posterior al inicialmente previsto. Presupone que la fecha para realizarla fue fijada y que el auto respectivo se encuentra ejecutoriado, porque si fue recurrido para disputar la ocasión, lo que hay es un cambio de fecha.

El aplazamiento, además, sólo tiene lugar por motivos expresamente autorizados por el legislador (CGP, arts. 5 y 372).

b. La suspensión consiste en la interrupción del desarrollo o la celebración de la audiencia, la cual, por tanto, debió ser instalada.

Se trata de una hipótesis de crisis de la audiencia, que solo puede ordenarse por causa legal (CGP., art. 5). Por cierto que en los eventos de suspensión, el juez, antes de terminar la audiencia, necesariamente –sí o sí- debe fija fecha para su continuación.

c. El receso es una pausa en el desenvolvimiento de la audiencia instalada. Puede ordenarse por motivo legal o judicial.

En ocasiones es la ley la que autoriza el receso, como ocurre tras los alegatos de conclusión, para que el juez pronuncie su fallo o anuncie el sentido del mismo (CGP, art. 373, num. 5). Pero el juzgador también puede disponer esas pausas, que, en todo caso, no pueden ser superiores a dos horas hábiles (por aplicación analógica de esa disposición).

8. Deben hacerse citaciones especiales (telegramas, avisos, etc.) para las audiencias de que tratan los artículos 372, 373 y 392 del CGP, o basta la notificación por estado?

Respuesta: No. Para que no quedara duda, el inciso segundo del numeral primero del artículo 372 del CGP precisó que, en el caso de la audiencia inicial, el auto que señale fecha y hora se notificará por estado; en cuanto a la de instrucción y juzgamiento, como su fijación se hace antes de finalizar la audiencia inicial, obviamente se comunica a las partes en estrados, aunque no hayan concurrido las partes (CGP, art. 294).

9.Cuál es el régimen de las audiencias previstas en los procesos de familia?

Respuesta: El régimen general de cualquier audiencia prevista en el Código General del Proceso es el establecido en el artículo 107. El especial lo fijará cada disposición, como es apenas obvio.

Por ejemplo, en los procesos de jurisdicción voluntaria, las reglas de la audiencia son las previstas en los artículos 107 y 579, numeral 2º, en el que se determina su objeto específico (practicar pruebas y proferir sentencia). Más concretamente, la audiencia en los juicios de interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta, debe desarrollarse con apego al primero de esos preceptos y al numeral quinto del artículo 586 del CGP.

Por consiguiente, las audiencias en los procesos de familia siguen las reglas generales.

10. En los procesos verbales, si se convoca a la audiencia inicial y no va ninguna de las partes ni sus abogados, se instala la audiencia, como lo ordena el artículo 107, o no se celebra, como lo dispone el artículo 372? Hay aquí una antinomia?

Respuesta: La pregunta sugiere que esas dos normas son contradictorias, porque el inciso 3º del numeral 1º del artículo 107 dispone que “las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, *aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes*” (se resalta), mientras que el inciso 2º del numeral 4º del artículo 372, establece que “*cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, ésta no podrá celebrarse...*” (se resalta).

Empero, los dos artículos parten de supuestos diferentes, porque una es la **fase de instalación** de la audiencia y otra la **fase de celebración** de la misma. Llegado el día y hora previstos, toda audiencia debe ser instalada, lo que equivale a que el juez, de viva voz, informa que actuará en una vista pública, lo que determinará, ello es medular, el tipo de actos procesales que desarrollará, la forma en que deben ejecutarse, la validez de los mismos y quienes pueden ser escuchados en ella; constituirse en audiencia, además, convierte al juez en director de la misma, con todos los poderes que ello implica. Pero que una audiencia se inicie o sea instalada no significa que necesariamente deba agotarse su objeto, que es en lo que consiste su celebración.

Por consiguiente, la audiencia inicial debe ser instalada por el juez, aunque ninguna de las partes o sus apoderados asistan; pero no podrá celebrarse, desarrollarse o cumplirse su objeto, precisamente por ese motivo. Al fin y al cabo, no habría manera de intentar la conciliación, o recibir las declaraciones de parte o fijar el litigio, si ninguno de los interesados compareció.

11. Pueden las partes en la fijación del litigio agregar y acordar nuevos hechos que no habían incluido en su demanda y contestación?

Respuesta: Creemos que sí, porque la fijación del litigio se nutre de los hechos que son relevantes para el mismo, con independencia de la mención a ellos en los escritos de postulación. Por eso el inciso 4º del numeral 7º del artículo 372 del CGP, tan solo precisa que “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, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieren ser probados.” No se hizo aquí ninguna referencia puntual a los hechos de la demanda o de su réplica.

Se dirá que a esta postura se opone el principio de congruencia, porque el fallo del juez debe ser consonante “con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan

probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley” (CGP, art. 281); más aún, se añadirá que no se puede condenar al demandado por causa distinta a la invocada en esta. Sin embargo, tal suerte de miramiento pasa por alto que al dictar sentencia el juez puede tener en cuenta cualquier hecho que halle probado y que constituya una excepción, salvo que concierna a una que no pueda declararse de oficio (CGP, art. 282). Con otras palabras, háyase o no alegado un hecho, el juez, si fue demostrado y es relevante para la decisión, debe tenerlo en cuenta en su sentencia. Cosa distinta es que un hecho nuevo no pueda ser traído a colación para condenar al demandado.

Luego respondemos de manera afirmativa la pregunta, máxime si se considera que los hechos admitidos en la fijación del litigio no requieren de prueba, y que son los contendientes los que están de acuerdo en él y en su inclusión como parte del litigio. Prima aquí el principio dispositivo.

12. Para autorizar la intervención de los sujetos procesales a través de medio virtual, es necesario acreditar un hecho constitutivo de fuerza mayor que les impida hacer presencia física en la audiencia?

Respuesta: No, es suficiente una “causa justificada”, cualquiera que ella sea, la cual, dicho sea de paso, el juez puede verificar por el medio más expedito posible, según lo previsto en el numeral 5º del artículo 43 del CGP.

Son otros los eventos en los que el legislador exigió la configuración de un motivo de fuerza mayor o caso fortuito, como en el caso de las justificaciones por inasistencia que presenten las partes y sus apoderados con posterioridad a la audiencia (CGP, art. 372, num. 3, inc. 3), o por el perito, con anterioridad a ella (CGP, art. 228, inc. 2º), para citar dos ejemplos.

Pero en el caso de la comparecencia de las partes o sus abogados, o de cualquier otro interviniente, a través de medios técnicos que permitan la comunicación simultánea, basta un motivo que el juez considere justificado; al fin y al cabo, el nuevo código rompió el paradigma de la presencia física de los participantes en un proceso, como requisito indispensable para adelantar ciertas actuaciones, en orden a permitir la concurrencia virtual a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (CGP, arts. 37, inc. 2, 103, 107, par. 1 y 171).

13. En los procesos verbales sumarios, en los que hay una sola audiencia, que se debe hacer si ninguna de las partes asiste a ella?

Respuesta: Recordemos que la audiencia prevista en el artículo 392 del CGP, relativo a los procesos verbales sumarios, está gobernada, en lo basilar, por los artículos 372 y 373 de ese código, a los cuales remite expresamente.

Por consiguiente, si en un proceso verbal sumario ninguna de las partes asiste a la audiencia única, ésta no puede celebrarse por mandato del inciso 2º del numeral 4º del artículo 372 del CGP, el cual, se insiste, es aplicable a esos procesos.

14. Puede un juez limitar el tiempo de intervención en audiencia de un sujeto procesal?

Respuesta: No. Los participantes en una audiencia tienen derecho a intervenir en ella hasta por veinte (20) minutos, según lo precisa el numeral 3º del artículo 107 del CGP. Más aún, también es suyo el derecho a solicitar un tiempo superior, que el juez puede conceder atendiendo las condiciones del pleito, evento en el cual debe concederle el mismo término a los demás intervinientes.

Luego es claro que los jueces no pueden concederle un tiempo menor a los participantes, so pretexto, por ejemplo, de darle celeridad a la audiencia. Incluso, cualquier interrupción que se produzca mientras la parte interviene, no importa el origen o la causa, da lugar a la reposición respectiva.

Cosa distinta es que los jueces puedan hacerle una respetuosa invitación a los intervinientes para que sean concretos en su exposición, o que en algún momento de ella les precisen que su planteamiento ha sido entendido. Pero en cualquier caso, es el interviniente el que decide, por sí y ante sí, qué tanto tiempo requerirá,

sin exceder, claro está, los veinte (20) minutos que le concede la ley. Allá él con su estrategia de litigación.

15. Puede adelantarse una audiencia ante un juez colegiado, cuando uno de los Magistrados que integran la Sala se encuentra en permiso?

Respuesta: Depende; si el permiso se concedió por un motivo de fuerza mayor o caso fortuito, la audiencia debe adelantarse con los restantes magistrados que integran la Sala; pero si la causa que dio lugar a esa autorización no califica como hecho imprevisto e irresistible, la vista pública no puede realizarse, so pena de nulidad (CGP, arts. 36 y 107, num. 1º).

Ello es así porque según esta última disposición, para que la audiencia ante un juez colegiado pueda llevarse a cabo con la presencia de la mayoría de los magistrados que integran la Sala, se requiere que “la ausencia obedezca a un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito”, del cual –es importante destacarlo- debe quedar constancia en el acta de la audiencia, lo que significa que los intervinientes deben ser enterados de la causa respectiva.

Muchos han considerado que esta norma desconoce las reglas sobre quorum y mayorías para decidir, porque el artículo 54 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia establece que las decisiones que las Corporaciones Judiciales deban tomar en

cualquiera de sus Salas, “requerirán par su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, Sala o Sección.”

Sin embargo, esa norma estatutaria no excluye la del Código General del Proceso, porque aquella fija las reglas para *deliberar y decidir*, mientras que el artículo 107 establece el régimen de la audiencia ante jueces colegiados, en la que se adelantarán –o podrán adelantar– muchos otros actos procesales por los magistrados y las partes (pruebas, emisión de autos, recursos, traslados, alegatos). Con otras palabras, el acto de deliberación no es ni siquiera propio de la audiencia, porque se hace por fuera de ella, durante un receso (CGP, arts. 327, inc. 2, y 373, num. 5, inc. 2); la decisión es tan solo la fase final. Luego no se puede hablar de prevalencia de una disposición sobre la otra, pues ambas se complementan.

Pero además, el mandamiento de asistencia de todos los magistrados a la audiencia no es un capricho legal, sino la materialización de un derecho fundamental en proceso orales y por audiencias. Es que las partes tienen derecho a su juez, como parte integrante de la garantía constitucional a un debido proceso, siendo claro que en cuerpos colegiados el juez no es singular sino plural, por regla general en colegio pleno y no en colegio parcial. En los tribunales superiores, por ejemplo, el juez de las partes son tres (3) magistrados, no uno (1) ni dos (2).

La asistencia de todos ellos es vital para las partes, no solo porque lo impone el principio de inmediación, sino también porque el abogado aspira a convencer a todos ellos o cuando menos a uno, que será su voz en el acto privado y secreto de deliberación. Quienes hacemos parte de un Tribunal sabemos la importancia de la discusión y hemos vivido la fabulosa experiencia de darnos la oportunidad de convencer y ser convencidos.

16. Cómo se explica la contradicción que existe entre los artículos 36 y 107 del CGP, dado que el primero sanciona con nulidad la audiencia o diligencia a la que no asisten los Magistrados, mientras que el segundo autoriza la excusa de uno de ellos por fuerza mayor?

Respuesta: No hay ninguna contradicción, porque las dos normas: el artículo 36 y el 107 del CGP, sancionan con nulidad la audiencia que se lleve a cabo sin la presencia de todos los magistrados que integran la Sala. Aquella lo precisa a propósito del “modo de ejercer sus atribuciones la Corte y los Tribunales”, según el capítulo II, del título I, de la sección primera del libro primero de esa novísima codificación; esta lo reitera en el marco de las disposiciones varias sobre las “reglas generales de procedimiento”, previstas en la sección segunda de ese mismo Libro.

La asistencia de todos los magistrados que integran la Sala a la audiencia es, pues, una regla general. Pero como toda regla, tiene su

excepción, que fue la establecida en el artículo 107 del CGP, cuando uno de los magistrados se ve impedido de asistir a la vista pública por un hecho que constituya fuerza mayor o caso fortuito.

17. Se puede decretar la terminación de un proceso verbal de filiación o de investigación de la paternidad o maternidad promovido por el defensor de familia, si ninguna de las partes asiste –sin justa causa- a la audiencia inicial?

Respuesta: Sí, porque ese es el efecto previsto en el inciso 2º del numeral 4º del artículo 372 del CGP, en el que no se hace ninguna distinción por la calidad de las partes.

Que la demanda haya sido presentada por el defensor de familia no quita ni pone ley, menos aún si se considera que la terminación del proceso al amparo de esa norma no implica, en modo alguno, que el niño, niña o adolescente no pueda promover nuevamente el respectivo proceso –a través del defensor o de quien lo represente-, incluso en forma inmediata, pues no existe ninguna norma que le impida hacerlo, ni siquiera por un determinado lapso de tiempo.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS CON FUNCIÓN JUDICIAL

1. Cuando una autoridad administrativa ejerza función jurisdiccional en un asunto por fuero de atracción, cabe la pérdida de competencia por vencimiento del plazo de duración del proceso?

Respuesta: Por supuesto, dado que ellas ejercen –y deben ejercer– esa función jurisdiccional con apego a las reglas del Código General del Proceso, según lo previsto en su artículo 1º.

No podía ser de otro modo, dado que las autoridades administrativas, por regla general, tienen competencia *a prevención* para administrar justicia en ciertos y determinados asuntos (CGP, art. 24, par. 1º), lo que traduce que no excluyen la competencia de las autoridades propiamente judiciales, a cuyas directrices se someten.

Por eso el Código General desarrolló el principio de simetría procesal en esta materia, para prever, por vía de ilustración, que “las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales en la ley para los jueces”, que el régimen de apelaciones es el mismo, y que si un asunto es de única instancia ante un juez, también lo será ante la autoridad administrativa (CGP, art. 24, par. 1º).

Por consiguiente, el plazo de duración del proceso que en buena hora estableció el artículo 121 del CGP, también sujeta a las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales, como se dijo expresamente en el párrafo de esa norma, de suerte que la pérdida de competencia da lugar a la remisión del expediente “a la autoridad judicial desplazada.” Ni más faltaba que a los jueces se les impusiera respetar el derecho fundamental a un debido proceso de duración razonable, y no a las autoridades administrativas cuando fungen de tales.

La conclusión no cambia por tratarse de un asunto del que conoce la autoridad administrativa por fuero de atracción, porque, en cualquier caso, se trata del ejercicio de una función jurisdiccional, sin que ni el Código ni una ley especial hubiere hecho excepción. Al fin y al cabo, también en los casos de competencia de los jueces por fuero de atracción, se aplican las reglas de duración de los procesos.

Veamos un ejemplo: en los proceso de insolvencia que tramita la Superintendencia de Sociedades, está prevista la posibilidad de tramitar ante ella acciones revocatorias y de simulación de ciertos actos o negocios realizados por el deudor cuando han perjudicado a cualquiera de los acreedores, o afectado el orden de prelación de los pagos, o los bienes de su patrimonio son insuficientes para cubrir todos los créditos reconocidos, si se estructuran determinados requisitos (Ley 1116, art. 74 y ss). Pero que el juez del concurso atraiga esa competencia, no significa que se sustraiga de cumplir con las reglas de procedimiento previstas en el Código General del Proceso, y menos aún que pueda violar un derecho humano.

2. La Superintendencia de Sociedades conoce de los asuntos societarios en primera o en única instancia?

Respuesta: Dichos asuntos los debe tramitar la Superintendencia de Sociedades a través de proceso verbal y en primera instancia. Las razones son las siguientes:

a. La primera, por principio de simetría procesal, dado que las autoridades administrativas sólo conocen en única instancia lo que los jueces tramitan en los mismos términos (CGP, art. 24, par. 3, inc. 4). Quiere ello decir que un mismo asunto no puede ser tramitado en única instancia por la Superintendencia y en primera instancia por los jueces.

Por consiguiente, si los jueces civiles del circuito “conocen *en primera instancia...* de todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad, o por la aplicación de las normas que gobiernan las demás personas jurídicas de derecho privado...” (se resalta; CGP, art. 20, num. 4), se impone colegir que la Superintendencia de Sociedad también debe tramitar dichos juicios en primera instancia. ¿Acaso la ley confía más en los unos que en los otros? ¿Acaso vale menos el juicio del juez que el del que funge como tal? Ninguna postura justifica otorgar más privilegio a la autoridad administrativa, máxime si va en desmedro del usuario.

b. La segunda, porque dicho principio también impuso la norma según la cual “las autoridades administrativas tramitarán los procesos *a través de las mismas vías procesales* previstas en la ley para los jueces.” (se resalta; CGP, art. 24, par.3). Por ende, si los jueces civiles del circuito, que son los que conocen de estos pleitos y no otros (CGP, art. 20, num. 4), deben tramitar los asuntos societarios como procesos verbales, toda vez que no están sometidos a un trámite especial (CGP, art. 368), es fuerza colegir que la

Superintendencia de Sociedades igualmente debe implementar el proceso verbal cuando llegue a su conocimiento uno de esos conflictos

No es posible, entonces, que la Superintendencia de Sociedad aplique un procedimiento (el verbal sumario) y los jueces otro (el verbal). Y no se diga que el trámite es el mismo, el verbal, sólo que la autoridad administrativa lo hace en única instancia, porque fue el propio legislador el que señaló que los asuntos societarios se conocían en primera instancia, como quedó explicado.

c. La tercera, porque a partir de la vigencia del Código General del Proceso quedaron derogadas, expresa o tácitamente, todas las normas que establecían trámites diferentes para resolver conflictos ante las autoridades administrativas -incluida, por supuesto, la Superintendencia de Sociedades-, cuando ejercen funciones jurisdiccionales.

Así lo revela, por ejemplo, la derogatoria expresa del artículo 148 de la ley 446 de 1998, por el artículo 626 del CGP, de suerte que no puede acudirse a esa disposición para justificar la implementación de un verbal sumario. Tampoco puede traerse a colación el inciso 3º del artículo 22 de la ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 397 del CPC, porque fue derogado expresamente por el nuevo código.

d. La cuarta, porque ese fue el inequívoco propósito del legislador. Si algún valor tiene la interpretación histórica, veamos lo que se dijo en el informe de ponencia para segundo debate en el Senado de la República (el 4º de todos), a propósito de las modificaciones propuestas –y luego aprobadas- al artículo 24:

“Al párrafo 3º se le incluyen dos incisos nuevos, en los que se da claridad acerca de la forma en que deben llevarse a cabo los procedimientos jurisdiccionales ante las autoridades administrativas, que deben sujetarse a los mismos procedimientos, **instancias** y trámites previstos para las autoridades judiciales. En armonía con lo anterior, el inciso 2º del mencionado párrafo, además, aclara que las providencias que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no tienen la naturaleza de actos administrativos, y no son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Se incluye un párrafo 4º en el que, siguiendo el mismo principio de acuerdo con el cual el procedimiento ante las autoridades administrativas debe estar diseñado de la misma manera que el que se adelanta ante los jueces ordinarios, se aclara que solo se podrá intervenir ante ellas sin la intervención de un abogado en los mismos casos en que ante la jurisdicción

ordinaria ello hubiera podido ser así. (se subraya y resalta; Gaceta del Congreso 261 de 23 de mayo de 2012)

Más claro no puede ser. Fue propósito inequívoco del legislador unificar procedimientos, instancias, recursos y demás, sin importar quien conociera del proceso: un juez o una autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales. Por eso deben considerarse tácitamente derogadas todas las demás normas precedentes a la ley 1564 de 2012 que se referían a la materia, sin que se pueda invocar su carácter de especial, pues el Código, en este punto, también es especial, dado que se ocupó explícitamente del procedimiento.

Más aún, el Código únicamente estableció una excepción: los procesos concursales y de reorganización, los de liquidación y de validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización, que son de única instancia.

Luego es claro que los asuntos societarios deben tramitarse en proceso verbal de dos instancias. Serán los tribunales los que conozcan del segundo grado (CGP, art. 31, num. 2)

3. Las acciones revocatorias que tramita la Superintendencia de Sociedades son asuntos de única o doble instancia?

Respuesta: De doble instancia, por las razones expuestas en la respuesta anterior, y porque no se pueden confundir las acciones revocatorias con los procesos de insolvencia en el marco de las cuales

se promueven aquellas.

Que la Superintendencia de Sociedades tenga competencia para conocer de esas acciones no significa que pueda hacerlo en única instancia, porque esta excepción a la regla sobre apelabilidad de sentencias, prevista en la Constitución Política (art. 31), únicamente fue prevista para los procesos concursales (CGP, art. 24, par. 5º), sin que, como es sabido, de ella pueda hacerse interpretación extensiva o expansiva.

La competencia de la Superintendencia de Sociedades en tales asuntos responde, si se quiere, a un fuero de atracción, pero ni modo de confundir los pleitos con los procesos, que por cierto tienen naturalezas diferentes.

4. Si una autoridad administrativa que ejerce funciones jurisdiccionales pierde competencia en un determinado proceso, a qué juez debe remitir el expediente: al del lugar de su sede, o al del domicilio del demandado, o a uno cualquiera que sea competente?

Respuesta: El Código estableció que debía remitirlo “a la autoridad judicial desplazada” (CGP, art. 121, par.). Por consiguiente, todo dependerá de cuál sede de la Superintendencia conozca del proceso, pues varias de ellas tienen oficinas en diferentes ciudades.

Si el demandante optó por radicar su demanda ante la Superintendencia, en su sede de Bogotá, será el juez de esta ciudad el que asuma el conocimiento. Pero si, por ejemplo, el asunto se venía tramitando en Barranquilla, será el juez de esta capital al que se le remita. Así lo impone el factor territorial, porque, si se miran bien las cosas, de entre todos los jueces que podían conocer del pleito, el accionante, en su momento y en atención a ese factor, optó por una determinada ciudad, lo que no puede ser desconocido so pretexto de asumir la Superintendencia remitente o el Juez receptor, el ejercicio de un derecho del que es titular exclusivo el promotor del proceso: escoger a su juez, cuando existe competencia concurrente.

5. Las autoridades administrativas con función jurisdiccional pueden practicar pruebas extraprocesales?

Respuesta: Si se revisa el artículo 24 del CGP, la respuesta parece negativa porque en él nada se dijo sobre el particular, siendo claro que las autoridades administrativas sólo pueden ejercer función jurisdiccional en los asuntos expresamente autorizados por la ley (C. Pol. art. 116). Más aún, en materia de pruebas extraprocesales, los numerales 10º de los artículos 18 y 20 del CGP, le atribuyeron ese conocimiento, a prevención, a los jueces civiles municipales y de circuito, ambos en primera instancia.

Pero una norma debe ser traída a cuento porque marca la diferencia: es el párrafo del artículo 589 del CGP, en el que se estableció que

“las pruebas extraprocesales y las medidas cautelares extraprocesales practicadas ante quien ejerce funciones jurisdiccionales, podrán hacerse valer ante cualquier autoridad o particular con funciones jurisdiccionales.”

No distinguió la ley entre los funcionarios que “ejercen funciones jurisdiccionales” que practicaron la prueba extraprocesal, por lo que no puede el intérprete distinguir. Y no lo hizo porque el texto de esa disposición se refiere a “los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial permita la práctica de medidas cautelares extraprocesales”, respecto de los cuales –por los menos los mencionados explícitamente- las autoridades administrativas pueden administrar justicia. Por eso no era posible que el párrafo se refiriera exclusivamente a los jueces propiamente dichos; era mejor –y más comprensiva- la alusión a “quien ejerce funciones jurisdiccionales”.

Pero además, algo se quedaría sin explicación de concluirse que sólo los jueces pueden recaudar extraprocesales: ¿cómo así que la autoridad administrativa puede hacer lo más, pero no puede hacer lo menos? No habría coherencia.

Creemos, por tanto, que las autoridades administrativas sí puede practicar pruebas extraprocesales, pero sólo cuando se trata de medios probatorios vinculados a los asuntos respecto de los cuales la ley les asignó expresamente función jurisdiccional. El texto del

parágrafo en cuestión, es la evidencia clara de la voluntad del legislador.

AUXILIARES DE LA JUSTICIA

1. Es viable que los juzgados civiles municipales nombren como curadores *ad litem* en los procesos de mínima cuantía a los estudiantes de los consultorios jurídicos debidamente autorizados?

Respuesta: Si, por dos razones fundamentales: la primera, porque el artículo 30 del decreto 196 de 1971, modificado por la ley 583 de 2000, expresamente establece que los estudiantes de consultorio jurídico pueden litigar en causa ajena, como abogados de pobres, “en los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia”, siendo claro que ellos, por mandato de la Corte Constitucional, deben ejercer esa labor “bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen.” (Sent. C-143 de 7 de febrero de 2001).

La segunda, porque si bien es cierto que el numeral 7º del artículo 48 del CGP dispuso que “la designación del curador *ad litem* recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión”, es necesario entender que en asuntos de mínima cuantía quedan comprendidos los estudiantes de derecho que, se insiste, pueden ejercer la profesión en

esos pleitos, “actuando como abogados de pobres”, según lo prevé el Decreto 196 de 1971.

2. Pueden fijársele gastos provisionales a un curador, cuando se le designa en un proceso que se lleva en un municipio donde no existen abogados?

Respuesta: No. El Código General del Proceso expresamente señaló que el curador *ad litem* “desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio” (art. 48, num. 7), por lo que no es posible hacerle ningún tipo de esguince a ese mandamiento, so pretexto de “gastos” de curaduría.

Se trata de una disposición que acude al principio de solidaridad previsto en la Constitución Política y que materializa la función social que cumple la nobilísima profesión de abogado. Al fin y al cabo, según el artículo 1º del Decreto 196 de 1971, “la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.”

Esa norma, por cierto, ha sido declarada exequible en dos ocasiones por la Corte Constitucional (sents. C-083 de 11 de febrero de 2014 y C-369 de 11 de junio del mismo año), cuyo primer fallo señala que “el legislador no viola los derechos a la igualdad y al trabajo de los abogados que son nombrados curadores *ad litem*, en calidad de

defensores de oficio, al obligarlos a prestar sus servicios de manera gratuita (num. 7, art. 48, CGP), aunque el resto de los auxiliares de la justicia sí sean remunerados. Se trata de un trato diferente que se funda en un criterio objetivo y razonable, en tanto propende por un fin legítimo (asegurar el goce efectivo del acceso a la justicia), por un medio no prohibido y adecuado para alcanzarlo. Se reitera además, que se trata de una carga que no es desproporcionada y que, inspirada en el deber de solidaridad, permite que un grupo de personas que desempeñan una labor de dimensiones sociales (prestar servicios jurídicos), colaboren en la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia en situaciones en que esta puede verse obstaculizada (C-071 de 1995)”, mientras que en el segundo precisa, a propósito del cuestionamiento por la supuesta afectación al mínimo vital, que “de la disposición demandada no se deriva la exigibilidad de una remuneración mínima vital y móvil por la gestión de los abogados que se desempeñen como curadores *ad litem*, conforme a los presupuestos axiológicos trazados por reiteradas decisiones de la Corte. La norma tampoco restringe para estos profesionales la posibilidad de desempeñarse en otras actividades de las cuales deriven ingresos para su subsistencia. Por el contrario señala que la gestión gratuita como curador *ad litem* es para un máximo de cinco (5) procesos y recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión. A todo lo anterior adiciona la Corte, la prestación de servicios de Auxiliar de la Justicia como curador *ad litem*, no obstante requerir la formación y la idoneidad jurídica de los abogados, o sea de quienes se demandan tales servicios de colaboración, no constituye

en forma autónoma y concreta, una profesión. Es una carga excepcional de auxilio a los fines de la función pública de la administración de justicia.”

3. Como el cargo de curador ad litem se ejerce en forma gratuita, según el numeral 7 del artículo 48 del CGP, de ganar el proceso respectivo le corresponden las costas que el juez apruebe, por aplicación del artículo 155?

Respuesta: No, porque no es lo mismo ser curador *ad litem* que apoderado de parte amparada por pobre. Al fin y al cabo, la designación en uno y otro caso tienen presupuestos diferentes.

Por eso la ley, para el primer de ellos, expresamente señaló que el cargo lo desempeñaría “en forma gratuita” (CGP, art. 48, num. 7), mientras que para el segundo sí previó una remuneración (CGP, art. 155). Tal la razón para que ésta última norma no se pueda aplicar por analogía.

CAPACIDAD PARA SER PARTE

1. Cuáles son los derechos del concebido a los que hace referencia el artículo 53 del CGP?

Respuesta: Una nueva capacidad para ser parte fue reconocida en el Código General del Proceso: la del concebido o engendrado y aún no nacido (art. 53).

La norma tiene como presupuesto que existen ciertos derechos que no dependen de la existencia legal de la persona, es decir, de haber nacido y sobrevivido siquiera un momento separado completamente de su madre (CC, arts. 74 y 90). Con otras palabras, en el derecho actual no es posible sostener que la protección constitucional y legal únicamente despuntan con el nacimiento y sobrevivencia del individuo; por eso la Corte Constitucional puntualizó hace ya más de dos décadas, que “la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.” (C. Const. Sent. C-133 de 1994)

Por tanto, sin pretender agotar este tema, de suyo controversial, destaquemos que el concebido tiene varios derechos, entre los que destacamos los siguientes:

a. Derecho a la protección de la vida, pues si bien es cierto que “el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos, está restringida a la

persona humana”, no lo es menos que “la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición” (C. Const. Sent. C-355 de 2006), todo lo cual se afirma sin perjuicio de las hipótesis de aborto autorizadas por la Corte Constitucional en ese fallo.

Es, de alguna manera, protección del derecho a existir, como ya de antaño lo refería el Código Civil (art. 91).

b. Derecho a que se adopten medidas de protección a favor de la madre gestante.

Por eso el artículo 17 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que el derecho a una buena calidad de vida “supone la generación de condiciones que les aseguren [a los niños] desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano”, lo que está en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, que expresamente establece la necesidad de proteger al niño “tanto antes como después del nacimiento”, lo mismo que con la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 4.1. precisa que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, que “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, y que “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

c. Derecho al reconocimiento de su estado civil, como se desprende del inciso 2º del artículo 12 de la ley 75 de 1968 (cfme: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 17 de julio de 2001; exp.: No. 0069-01).

Veremos, en la práctica, cómo se materializa este importante avance que hizo el Código General del Proceso, al que deben los jueces acercarse teniendo presente que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca” (C. Const. Sent. T-223 de 1998).

2. Cuando el CGP le otorgó capacidad para ser parte al concebido, quiso hacer referencia al que estaba por nacer?

Respuesta: No. En estricto sentido, uno es el concepto de *nasciturus* y otro el de *concebido*. El primero luce más como expresión jurídica, porque “la ley protege la vida del que está por nacer” (CC, art. 91), siendo claro que todo concebido se encuentra en esa condición. El segundo responde más una noción biológica de vida humana, que principia en el momento en el que ocurre la fecundación.

Por tanto, la utilización de la palabra “concepción” no es gratuita, porque resalta la protección que quiere otorgársele, mediante el reconocimiento de capacidad para ser parte, a la individualidad biológica como tal, con independencia de su individualidad jurídica.

De esa manera, además, la protección del concebido no se logra por la vía de la madre (quien era la que accionaba en nombre propio), sino por sí mismo, porque son los derechos suyos los que se quieren tutelar.

CAPACIDAD PROCESAL

1. Cómo comparece al proceso un patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fiducia mercantil?

Respuesta: La respuesta la da, en forma expresa, el inciso 3º del artículo 54 del CGP, en el que se establece que, “En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como vocero.”

La precisión era importante porque tras el reconocimiento de la capacidad para ser parte a los patrimonios autónomos (CGP, art. 53), quedó parcialmente sin vigencia la postura que había trazado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de agosto de 2003, en la que, pese a negar las capacidades para ser parte y procesal de dichos patrimonios (no lo preveía el CPC), puntualizó rectamente que la comparecencia de ellos “como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario, quien no obra ni a nombre propio

porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad” (exp.: 1909).

Por consiguiente, dadas las particularidades de la fiducia mercantil, respecto de los patrimonios autónomos que se conforman tras la celebración de ese contrato no podía manejarse a raja tabla la regla según la cual los patrimonios “comparecerán al proceso por medio de sus representantes” (CGP, art. 54, inc. 3), porque, en rigor, no lo tienen, dado que las sociedad fiduciarias fungen como sus voceros, que es cosa distinta.

De allí que en el respectivo proceso fungirá como demandante o demandado el patrimonio autónomo, que concurrirá a través del representante legal o apoderado de la fiduciaria, que actuará como vocera.

CAUCIONES

1. La caución para decretar medidas cautelares en procesos declarativos debe ser equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones de la demanda. Qué sucede si el valor del bien afectado es muy superior a este último?

Respuesta: La pregunta envuelve una postura, consistente en que el legislador debió optar por fijar el porcentaje de la caución con miramiento en el valor del bien cautelado y no con referencia al valor de las pretensiones estimadas en la demanda. Veámoslo con un ejemplo: Si el asunto concierne a la responsabilidad extracontractual del demandado, a quien se pide condenar por \$200'000.000,00, cabe la inscripción de la demanda sobre un inmueble cuyo precio en el mercado sea de mil millones de pesos; según la regla trazada por el Código en el numeral 2º del artículo 590 del CGP, la caución, en principio, debe prestarse por \$40'000.000,00; en la otra posición, la garantía debería alcanzar la cifra de \$200'000.000,00, es decir, el mismo monto de lo suplicado. ¿Sería eso justo?

Se dirá que existen muchos casos en los que no se presenta la asimetría que revela el ejemplo, o que, en cualquier hipótesis, la caución debe tener como propósito resguardar al afectado con la medida cautelar de los perjuicios que se le puedan irrogar con la misma. Sin embargo, el derecho constitucional de acceso a la justicia imponía facilitarle al demandante la obtención de una medida cautelar que respaldara el derecho controvertido y que garantizara el cumplimiento del fallo, lo que podría verse afectado si el monto de la caución que condiciona el decreto de aquella fuera alto.

Pero además, no se olvide que también en los procesos ejecutivos el monto de la caución que el ejecutado excepcionante –o un tercero opositor- puede reclamar que se le fije a su pretense acreedor, puede

alcanzar “el diez por ciento (10%) *del valor actual de la ejecución*” (se resalta; art. 599, inc. 5), lo que revela coherencia del legislador, que no le dio un trato desigual a quienes acceden a la justicia en función de la clase de proceso que promueven (declarativo o ejecutivo), máxime si unos y otros –en la práctica- conciernen a discusiones patrimoniales. La naturaleza del juicio tan sólo determinó el monto de la garantía: en unos el 20%, en otros el 10%.

Por lo demás, no se olvide que las cauciones fijadas por el legislador, ciertamente restringidas en el Código General del Proceso, no tienen el propósito de garantizar *la totalidad* de los perjuicios que se le lleguen a causar a la parte afectada con la medida cautelar, sino el de servir de respaldo –concreto y real- para la hipótesis de daño al titular del patrimonio, de suerte que, sin ser caprichoso su monto (por eso existen referentes y se repara en las garantías constitucionales), cada caso determinará si la fianza fue bastante o deficitaria, dependiendo del valor real de la disminución patrimonial.

Y si a ello se agrega que el Código le concedió al juez la facultad de “aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable” (p. ej.: dependiendo de la apariencia de buen derecho), o de “fijar uno superior al momento de decretarla” (CGP, art. 590, inc. 3), es claro que los derechos del demandado también quedaron resguardados.

2. En los procesos de familia es necesario fijar caución para decretar embargos y secuestros?

Respuesta: No. Esa exigencia no aparece en el artículo 598 del CGP, relativo a los procesos de nulidad de matrimonio, 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.

Tampoco se reclamó caución para decretar el embargo y secuestro en procesos de sucesión (CGP, art. 480) y menos aún en juicios de alimentos (CGP, art. 397).

No es posible aplicar a esos asuntos, específicamente a los previstos en el artículo 598 del CGP, la regla –general- establecida en el numeral 2º del artículo 590 de esa codificación, porque aquella es norma especial para ciertos conflictos familiares.

Por supuesto que si se trata de otro tipo de medidas cautelares en otra clase de pleitos (ej.: nulidad y reformas a testamento, declaración de unión marital de hecho, revocación de donaciones, disputa sobre si un bien es propio o social, etc.), deberá darse aplicación irrestricta al artículo 590 del CGP, que, se insiste, es regla general para todo tipo de proceso declarativo.

No se olvide que el Código tuvo como propósito suprimir al máximo las cauciones, por lo que no es posible establecerlas por vía de interpretación.

COMISIÓN

1. Dado lo dispuesto en los artículos 37 y 171 del CGP, qué objeto tiene facultar al Consejo Superior de la Judicatura para que “autorice” las comisiones para la práctica de inspecciones judiciales en lugares diferentes al de la sede del comitente?

Respuesta: Como se deduce de su lectura, ambas normas se complementan; por eso la una remite a la otra. El artículo 37 del CGP autoriza comisionar para la práctica de pruebas, pero sólo en los eventos señalados por el artículo 171, lo que quiere decir que los jueces únicamente pueden delegar en otro el recaudo de medios probatorios, cuando éstos deban producirse por fuera de su sede.

En el caso de las inspecciones judiciales, la regla general es que debe practicarlas el juez del conocimiento, así el bien se encuentre fuera de su sede, aunque, claro está, dentro de su jurisdicción territorial. Con otras palabras, aquí lo importante es que sea el mismo juzgador el que perciba; por eso no puede delegar su recaudo so pretexto de no hallarse el bien dentro de su sede; lo importante es la competencia por razón del territorio, no el lugar donde funciona el despacho judicial.

Sin embargo, dada la realidad del país, se habilitó al Consejo Superior de la Judicatura para que por razones de distancia, condición geográfica u orden público, autorizara a determinados jueces del circuito para comisionar a jueces municipales para practicar la inspección judicial que deba realizarse “fuera de su sede” (CGP, art. 171, par.), lo que no está en contravía con lo dispuesto en el artículo 37 del CGP, que, como se dijo, remite a dicha disposición.

2. Es posible comisionar a un juez municipal para la práctica de una inspección judicial dentro de la jurisdicción territorial del comitente, con fundamento en el artículo 37 del CGP, sin mediar la autorización del Consejo Superior de la Judicatura prevista en el parágrafo del artículo 171?

Respuesta: Jamás. Si el bien se encuentra dentro de la sede del juez del circuito, ni siquiera cabe habilitación del Consejo; y si se localiza por fuera de ella, siempre y en todo caso debe obtenerse la dispensa de esa autoridad administrativa.

No se olvide, como lo señalamos en la respuesta anterior, que las inspecciones judiciales tiene como confesado propósito que sea el juez quien perciba, no otro, salvo los casos expresamente autorizados por la ley.

3. Si el Consejo concede la autorización prevista en el artículo 171 del CGP, se generan gastos o viáticos a favor del comisionado?

Respuesta: No, precisamente porque se trata de una típica comisión, regulada por el artículo 37 del CGP. Al fin y al cabo, de mediar esa autorización del Consejo Superior de la Judicatura, la comisión debe otorgarse al juez municipal que tenga competencia en el lugar donde se encuentre el bien.

No sobre advertir que los jueces comisionados no tienen derecho al reconocimiento de gastos o viáticos, porque según el numeral 2º del artículo 384 del CGP, “Cuando se practique una diligencia fuera del despacho judicial, en los gastos que ocasione se incluirán el transporte, la alimentación y el alojamiento del personal que intervenga en ella”, los cuales –manda el numeral 1º- deben sufragarse por la parte que haya solicitado la prueba o diligencia. Y si la prueba se ordenó de oficio, las partes asumirán los gastos por igual, según directriz del inciso 2º del artículo 169 del CGP.

4. Se puede comisionar para inspección judicial en la misma sede del comitente, por razones de salud?

Respuesta: Jamás. Ya se dijo en respuesta anterior que si el bien, la persona o el lugar se encuentran en la sede del juzgado, es él y no otro el que debe atender la inspección judicial, según lo previsto en los artículos 171 y 238 del CGP.

COMPETENCIA

1. Quién es el juez competente para conocer de la solicitud de cancelación o nulidad de un registro civil, por existir doble registro? El civil municipal o el de familia?

Respuesta: El juez de familia. ¿La razón? Porque la regla general en asuntos de familia es que los conozca el juzgador de esa especialidad, a menos que exista una norma expresa que le permita a otro juez asumir el conocimiento del respecto pleito, disposición que de existir, debe interpretarse en forma restrictiva, como corresponde a toda excepción.

Pero veamos lo que dice el Código al respecto. La primera norma que viene a cuento es el artículo 18, que le concede competencia a los jueces municipales para tramitar, en primera instancia, los conflictos relativos a “la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil...” Por tanto, a riesgo de incurrir en tautología, en relación con el estado civil de las personas, dichos funcionarios sólo pueden conocer de esos asuntos: la corrección, la sustitución o la adición de las partidas, peticiones que –ni por asomo- cambian el estado civil.

La segunda norma que se debe traer a colación es el numeral 2º del artículo 22 del CGP, que le otorga competencia a los jueces de familia para conocer, en primera instancia, “de la investigación e impugnación de la paternidad y maternidad *y de los demás asuntos referentes al*

estado civil que lo modifiquen o alteren” (se resalta). Insistimos, no es sólo de la filiación, es de cualquier pleito concerniente a la modificación del estado civil, lo que significa que su competencia respecto de esos litigios es general y no limitada.

Por consiguiente, si la solicitud de cancelación o nulidad de un registro civil incide en el estado civil, resulta incontestable que el juez competente es el de familia, porque sea cual sea el motivo de la cancelación o de la nulidad, lo cierto es que no se trata de una corrección o adición de una partida del estado civil, que es de lo único que pueden conocer los jueces civiles municipales.

Se dirá que existen casos de demandas de cancelación de registros civiles que no afectan el estado civil, como en la hipótesis de duplicidad de registros; empero, este evento de simetría total de partidas ni siquiera exige proceso judicial (Decreto-ley 1260 de 1970, art. 65 y Decreto 1873 de 1971, art. 7). Y si existen diferencias entre los varios registros (parte del nombre, fecha o lugar de nacimiento, etc.), sin alterar la situación jurídica de la persona frente a su familia y la sociedad, no puede perderse de vista, en todo caso, que la pretensión es la de cancelar la partida, no la de corregirla, súplica esta que presupone que el registro se preserva.

2. Los jueces de familia tienen competencia para practicar la prueba extraprocesal de marcadores genéticos de ADN?

Respuesta: No. Como la competencia la fija la ley (asunto de reserva legislativa), es necesario aceptar que sólo los jueces civiles municipales y los civiles del circuito, ambos a prevención y en primera instancia, fueron habilitados para conocer de las peticiones sobre pruebas extraprocesales (CGP, arts. 18, num. 7 y 20, num. 10).

¿Se dirá que se trata de un medio probatorio que servirá en un proceso de conocimiento del juez de familia? No es cuestión relevante. Por eso ambas disposiciones, los artículos 18 y 20 del CGP, precisaron que la competencia radicaba en esos juzgadores “sin consideración a la calidad de las personas interesadas (*aquí no incide el factor subjetivo*), ni a la autoridad donde se hayan de aducir.”

Es necesario acotar que no me refiero aquí a la controversia sobre la competencia de las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales, porque es asunto que corresponde a otro cuestionamiento.

3. Si un menor no tiene domicilio ni residencia en Colombia, ante qué juez demanda o ante qué juez debe ser demandado?

Respuesta: Esta pregunta impone hacer una distinción: si se trata de un proceso de alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, custodias, cuidado personal y regulación de visitas, permisos para salir del país, medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a

tales juicios, el juez competente para conocer de él, sin importar si el niño, niña o adolescente funge como demandante o demandado, es el de su domicilio o residencia; cualquiera de ellos, a prevención (CGP, art. 28, num. 2, inc. 2). Aquí la competencia es privativa, la que supone que se tienen domicilio o residencia en el país.

También en la hipótesis de procesos de jurisdicción voluntaria reglada en el literal a) del numeral 13 del artículo 28 del CGP, el juez competente es el de la residencia del incapaz.

Pero en los demás asuntos, los niños, niñas y adolescentes deben plegarse a las reglas generales previstas en el mismo artículo 28 del CGP, entre ellas que debe demandarse en el domicilio del demandado (num. 1), o en el lugar de cumplimiento de la obligación (num. 3), o en el de ubicación del bien –si se ejercitan derechos reales- (num. 7), para citar algunas de ellas. Con otras palabras, la sola intervención de uno de ellos no implica, necesariamente, que la competencia sea, privativamente, la de su domicilio o residencia, si la tienen en el país. Piénsese, por ejemplo, en un proceso de expropiación de un bien ubicado en Medellín, que sea de propiedad de un adolescente domiciliado y residenciado en Cúcuta; sin duda, el juez competente es el de aquella ciudad. Y lo propio sucede en materia de negocios jurídicos, responsabilidad civil, etc.

Por tanto, si un niño, niña o adolescente no tiene domicilio ni residencia en el país y quiere demandar, debe hacerlo en el domicilio

—o residencia, según el caso— de su demandado, a menos que se configure uno de los otros eventos regulados en el artículo 28 del CGP (competencias concurrentes o privativas). Aquí no interesa cuál es el asunto porque su ausencia del país impide reconocerle el privilegio de la competencia, aún en los casos previstos en el inciso 2º del numeral 2º del artículo en cuestión.

Y si lo que se pretende es demandar a uno de ellos, en las condiciones territoriales aludidas, lo procedente es llamarlo ante el juez del domicilio o residencia del demandante, como lo autoriza la parte final del numeral 1º del artículo 28 del CGP.

4. ¿Quién es el juez competente para conocer de un proceso ejecutivo en el que se ejercite la acción hipotecaria o prendaria?

Respuesta: El juez del lugar donde se encuentre ubicado el bien. Hubo aquí una importante modificación frente a lo que establecía el Código de Procedimiento Civil, porque a diferencia de la derogada normatividad que manejaba una competencia concurrente a elección, bajo el Código General del Proceso la competencia es privativa.

En efecto, según el numeral 7º del artículo 28 del CGP, “en los procesos en que se ejerciten derechos reales..., será competente, *de modo privativo*, el juez del lugar donde estén ubicados los bienes, y si se hallan en distintas circunscripciones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante” (se resalta). Por tanto, no es posible,

por vía de ejemplo, acudir a la competencia por el domicilio del demandado o por el lugar de cumplimiento de la obligación, conforme a lo establecido en el numeral 3º de esa misma norma, `por cuanto esa competencia concurrente es desplazada, se insiste, por una competencia que el propio legislador calificó de privativa. Sólo el juez de la ubicación del bien y ninguno otro, como se explicitó en el Informe de Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, al señalar que, “Teniendo en cuenta que los procesos que versan sobre derechos reales pueden ser tramitados con menor esfuerzo y mayor eficacia en el lugar en donde se encuentran los bienes sobre los cuales recaen aquellos, no se ve razón para que puedan ser tramitados en otro lugar, lo que implica que la competencia debe ser privativa del juez de aquel lugar y no concurrente con el del domicilio del demandado como está planteado en el proyecto” (Gaceta del Congreso 250 de 11 de mayo de 2011). Con otras palabras, el legislador, expresamente, modificó la propuesta que traía el proyecto original, por lo que el intérprete no puede desconocer esa voluntad, si es que todavía sirve el criterio histórico de interpretación al que se refiere el inciso 2º del artículo 27 del Código Civil.

Ni siquiera se puede plantear que las aludidas normas procesales operan al propio tiempo, porque el numeral 7º es especial frente al numeral 3º; cual si fuera poco es posterior, si es que a alguien se le ocurre aducir que existe contradicción, que no la hay.

No se olvide que la acción hipotecaria es una arquetípica acción real, como se desprende, sin asomo de duda, de los artículos 665 (de los

derechos reales, como la hipoteca, nacen las acciones reales), 2422, 2488, 2449 (subrogado por el artículo 28 de la ley 95 de 1890) y 2452 del Código Civil.

Y no se diga que la competencia es concurrente a elección porque en esa tipología de procesos en los que se plantean acciones hipotecarias también se hace valer un título ejecutivo o, si se quiere, el contrato de hipoteca, porque este argumento pasa por alto –como tantas veces lo han precisado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional-, que cuando el acreedor pretende el pago con el sólo producto del bien hipotecado o prendado, no está haciendo valer la acción personal surgida del negocio jurídico, sino la acción hipotecaria que despinata del gravamen real. Por eso el ejecutado no lo es por ser deudor sino por ser propietario de la cosa hipotecada o prendada. El título ejecutivo es simplemente la prueba de que existe una deuda.

5. El fuero de atracción que tiene el juez que conoce del proceso de sucesión, se aplica en los casos de juicios sucesorios en trámite o también en los eventos de procesos terminados?

Respuesta: Sólo “cuando la sucesión se esté tramitando”, como lo precisa el artículo 23 del CGP.

No podía ser de otro modo, porque el llamado fuero de atracción presupone el conocimiento de otro pleito que directa o indirectamente guarda relación con los asuntos atraídos. Con otras palabras, porque

un juez maneja un determinado pleito, el legislador quiere que sea él quien maneje las controversias que de una u otra manera orbitan a su alrededor; ese pleito, entonces, “atrae” o absorbe la competencia respecto de los demás. Pero si el juicio respectivo ya finalizó, cae, por sustracción de materia, toda posibilidad de invocar ese fuero.

6. El fuero de atracción que tiene el juez que conoce del proceso de sucesión, también se aplica cuando lo adelanta un juez municipal, o sólo tiene lugar bajo la hipótesis de competencia del juez de familia?

Respuesta: El fuero de atracción únicamente opera cuando el proceso de sucesión lo tramite un juez de familia, porque el artículo 23 del CGP lo circunscribió a las causas mortuorias de mayor cuantía.

Y está bien que sea así, dado que el juez de los asuntos de familia debe ser, por regla, el funcionario de esa especialidad; sólo cuando no exista uno en la respectiva municipalidad o lo justifique el derecho de acceso a la justicia, resulta viable otorgarles competencia a jueces civiles municipales o civiles del circuito.

Por consiguiente, si un juez civil municipal tramita una sucesión de menor o de mínima cuantía, no será él, sino el juez de familia, el que conozca de los asuntos a los que se refiere el artículo 23 del CGP, con apego a las competencias regladas en el artículo 22 de esa codificación.

7. Tratándose de un asunto de alimentos en que ambas partes son mayores de edad, el juez competente es el mismo que conoció previamente del caso, así ninguno de ellos conserve el domicilio o residencia?

Respuesta: No, si el alimentario mayor de edad cambia de domicilio, las peticiones de incremento, disminución y exoneración de alimentos deben seguir las reglas generales de competencia.

En efecto, en el Código General del Proceso las reglas de competencia para conocer de litigios sobre alimentos son claras: la primera, por el factor subjetivo, establece que tratándose de niños, niñas o adolescentes, el juez competente es el del domicilio o residencia de aquel (art. 28, num. 2), sin miramiento en la condición de demandante o demandado; la segunda precisa que si las partes ya son mayores de edad, el juez de conocimiento es el del domicilio del demandado o el de su residencia, si carece de aquel, o el del cumplimiento de la obligación, si existe título ejecutivo (art. 28, num. 1 y 3); y la tercera determina que, en cualquiera de los casos anteriores, una vez fijados los alimentos por un juez ordinario, sin miramiento en el tipo de proceso en el que esa decisión se adoptó, le corresponderá a ese mismo juzgador definir las solicitudes de incremento, reducción o exoneración (art. 397, num. 6), salvo que, en la hipótesis de niños, niñas o adolescentes, hubieren cambiado su domicilio (art. 390, par. 2).

Por consiguiente, cuando ambas partes son mayores de edad debe distinguirse si previamente hubo juicio entre ellos por alimentos: en caso afirmativo, el juez competente será el que conoció del pleito anterior, sin reparar en la modificación del domicilio por alguno o ambos contendientes, porque el legislador perpetuó la competencia; pero si la respuesta es negativa, el juez que tramitará el asunto será el del domicilio del demandado, o el de su residencia o el del lugar de cumplimiento de la obligación, cuando existe un título ejecutivo.

Se dirá que, en el primer caso, se dificulta el acceso a la justicia; pero esa observación no repara en que la ley, en este y otros pleitos, ha privilegiado el conocimiento previo que ha tenido un juzgador para facilitar la definición de la nueva controversia, como sucede también con las ejecuciones de condenas impuestas en una sentencia, que debe tramitar el mismo juez del fallo, sin que las alteraciones del domicilio de una o de ambas partes den lugar al movimiento del proceso. Pero además, como la mayoría de edad hace perder el privilegio de la competencia por el factor subjetivo, la tercera de las reglas generales aludidas le mantiene cierta protección al alimentario que conserva el domicilio o residencia, por cuanto sus reclamaciones sobre alimentos no se verán sometidas a los cambios que el alimentante haga de su domicilio o residencia.

8. Quien es el juez competente para conocer de un proceso de alimentos a favor del concebido?

Respuesta: El juez del domicilio o residencia de la madre, porque el concebido, a pesar de no ser persona, para estos efectos se considera niño o niña (ley 1098, art. 17)

9. Quién es el juez competente para conocer de un proceso de filiación en el que sea parte un niño, niña o adolescente?

Respuesta: El juez del domicilio del demandado, porque el Código no estableció una competencia especial para estos casos, por razón de la calidad del demandante.

En este momento es útil resaltar que la sola calidad de niño, niña o adolescentes no determina el juez competente para tramitar los asuntos en que ellos sean partes. Únicamente en los litigios relacionados con alimentos y guardas se privilegió su domicilio o residencia, pero en los restantes están sujetos a las reglas generales de competencia, porque se consideró que esa condición no imponía un trato diferencial absoluto y generalizado.

10. Quién es el juez competente para conocer de la solicitud de medidas cautelares extraprocesales en derechos de autor?

Respuesta: El juez “que fuere competente para tramitar el proceso al que están destinadas”, según lo establece el inciso 2º del artículo 23 del CGP.

¿Y cuál es ese juez? Destaquemos que el Código General del Proceso derogó tácitamente los artículos 243 y 247 de la ley 23 de 1982, en los que se establecía que “los jueces civiles municipales conocerán, en una sola instancia y en juicio verbal 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”, y que “Las medidas [cautelares] a que se refieren los artículos 244 y 245, se decretan inmediatamente por el juez... Municipal o del Circuito del lugar del espectáculo, a prevención, aun cuando no sean competentes para conocer del juicio”, toda vez que la nueva codificación, en relación con la primera norma, optó por otorgarle esa competencia a los jueces civiles del circuito, también en única instancia, al señalar que serían ellos los que conocerían “de los procesos relativos a propiedad intelectual previstos en leyes especiales como de única instancia” (CGP, art. 19, num. 1), y frente a la segunda disposición, igualmente decidió que siempre prevalecería el fuero de atracción, de suerte que el juez de la medida cautelar extraprocesal será el “que fuere competente para tramitar el proceso al que están destinadas”, que tendrá –siempre- la categoría de circuito, por mandato del numeral 2º del artículo 20 del CGP.

Con otras palabras, los asuntos especiales sobre derechos de autor que según la ley 23 de 1882 deben tramitarse en única instancia, los conoce hoy el juez civil del circuito y no el juez civil municipal; de otra parte, las medidas cautelares extraprocesales reguladas en los

artículos 244 y 245 de esa ley, ya no se tramitan a prevención entre jueces civiles de circuito y municipales, aunque no sean competentes para conocer del proceso, sino por el juez de circuito que deba conocer del litigio respectivo. Por eso hubo derogatoria tácita, habida cuenta que el Código reguló las mismas materias de manera diferente.

Conviene resaltar que en materia de propiedad intelectual (y los derechos de autor pertenecen a esa categoría), el Código General del Proceso fijó la competencia exclusivamente en los jueces civiles del circuito, como se desprende del numeral 2º del artículo 16, por lo que no es posible seguir sosteniendo, en la hora actual, que los jueces municipales pueden dilucidar esas controversias.

11. Qué juez debe conocer de la ejecución para el pago de condenas impuestas por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores en procesos de única instancia?

Respuesta: Si se miran bien las cosas, la Corte Suprema de Justicia es la única de esas Corporaciones que conoce de procesos en única instancia, específicamente –en Sala Civil- de los “contenciosos en que sea parte un Estado extranjero, un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de la República, en los casos previstos por el derecho internacional” (CGP, art. 30, num. 1). Los Tribunales Superiores, por su lado, son tribunales de recursos, algunos ordinarios (en sede de segunda instancia), otros extraordinarios (revisión y anulación), como se desprende de los artículos 31 y 32 del CGP.

Por consiguiente, el juez de la ejecución de las condenas impuestas por la Corte en los aludidos juicios en los que prevalece el factor subjetivo, es la misma Corte Suprema de Justicia porque ese factor es prevalente (CGP, arts. 27 y 29). Ni más faltaba que otro juzgador se ocupara de esos asuntos, estando involucrado un Estado o un agente diplomático acreditado ante el Gobierno. En estos casos, se refuerza la aplicabilidad del artículo 306 del CGP, sin que sea aplicable la alteración de la competencia prevista en el inciso final del artículo 27 de dicho código. Recordemos que sólo tratándose de pruebas extraprocesales, puede conocer un juez civil municipal o de circuito (CGP, arts. 18, num. 7 y 20, num. 10).

Pero si la condena la impuso un tribunal en sede de segunda instancia, obviamente el juez de la ejecución será el juez de primer grado (CGP, art. 306).

¿Y si la condena se impuso en un recurso de revisión o de anulación? Creemos que en esos casos, como los tribunales no son, en estrictez, jueces de primer grado, sino de recursos, la ejecución debe adelantarse ante el juez que profirió la sentencia revisada, o ante el juez competente, según las reglas generales, en el caso de la anulación (CGP, art. 306, inciso final, y 359). Si así no fuera, se provocaría un absurdo: o la ejecución siempre sería de única instancia, pese a que el asunto fuera de mayor cuantía, o la Corte Suprema, por vía de interpretación, terminaría fungiendo como juez de segundo grado en materias ordinarias, cosa que también es

inadmisible.

12. Cómo se determina la competencia para conocer de un proceso de sucesión, por razón de la cuantía, cuando se trata de inmuebles: por el avalúo catastral (CGP, art. 26, num. 5º), o por el avalúo que se efectúe con sujeción al artículo 444, según lo previsto en el artículo 489, numeral 6º, del CGP?

Respuesta: Por el avalúo catastral, como lo establece el numeral 5º del artículo 26 del CGP.

Cosa distinta es que el avalúo de los bienes comprometidos en el proceso liquidatorio deba hacerse con miramiento en el precio de mercado, como lo pretenden los artículos 489, numeral 6º, y 501, numeral 3º, del CGP, dada la incidencia que ese valor tiene en la repartición.

Pero que esto sea así, o que, incluso, todos los interesados puedan de común acuerdo asignarle el valor a los bienes relictos, no significa que el parámetro legal para fijar la competencia pueda variarse. Al fin y al cabo, la determinación del juez competente y de las reglas que permiten precisarla, son de reserva legislativa.

13. Quién es el juez competente para conocer de un proceso de jurisdicción voluntaria, cuando la persona que lo promueve reside en el extranjero?

Respuesta: Tratándose de procesos de jurisdicción voluntaria, la competencia por el factor territorial está regulada en el numeral 13 del artículo 28 del CGP, en el que se establece que será el juez de la residencia del incapaz o el del último domicilio del ausente o desaparecido, según el caso.

Incluso, esas reglas también previeron que, en los demás asuntos, el conocimiento lo asumirá el juez del domicilio de quien los promueva, como en los casos de corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil, autorización para levantar patrimonio de familia inembargable, o en los casos de adopciones, etc.

Pero si el promotor del proceso no tiene domicilio en el país, debe acudirse al parámetro general previsto en el numeral 1º del artículo 28 del CGP, conforme al cual la competencia, en ese evento, la tendrá el juez de su residencia, que siempre podrá fijarla por cuanto depende de él.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

1. Cuando un Tribunal Superior, en Sala de Gobierno, le asigna un proceso a un juez porque otro de municipio diferente perdió competencia, puede el que lo recibe provocarle conflicto al que la perdió?

Respuesta: No, porque en estrictez, una cosa es rehusar la competencia y otra distinta perderla.

En efecto, los conflictos de competencia tienen como presupuesto indispensable que dos jueces consideran no tener la facultad de conocer de un determinado asunto, porque, según ellos, ninguno de los factores que la determina les permite asumir el conocimiento. Cada cual entiende que ni el factor objetivo, ni el subjetivo, ni el territorial, ni el funcional o el de conexión los habilitan para tramitar el pleito (CGP, art. 139).

En el caso del vencimiento del plazo de duración de la instancia, el juez sí es competente; por eso venía conociendo del proceso. La cuestión aquí es una muy otra: simplemente perdió la competencia que tenía. Más aún, la asignación del juicio que hace la Sala de Gobierno a otro juzgador, tiene como punto de partida que, en abstracto, no es él el competente (CGP, art. 121).

Veamos un ejemplo, si el juez civil municipal de San Francisco tramita una pertenencia de un predio ubicado en esa municipalidad, nadie podrá disputar que él es el competente; pero si deja vencer el plazo de duración del proceso y la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Antioquia le remite el expediente al juez municipal de Guarne, es claro que éste, de haberse presentado la demanda ante él, podría declinar la competencia, porque no la tiene; pero como la hipótesis no es de competencia por factores, sino de reparto de un asunto porque el juez

competente perdió la facultad de seguir tramitándolo, no es posible afirmar la existencia de un arquetípico conflicto de competencia.

Cambiando lo que hay que cambiar, sucede algo parecido a lo que acontece en el cambio de radicación. Si la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, le envía al juez de Barranquilla un proceso que tramitaba un juez de Montería, no podría aquel promoverle conflicto a éste, porque, se insiste, el juez que perdió competencia no está afirmando que es otro el competente, sino que siéndolo él, decayó su competencia.

CONGRUENCIA

1. En procesos de filiación, la congruencia está delimitada por la causal alegada?

Respuesta: No, por varias razones:

a. La primera, porque en ese tipo de procesos es obligatoria la prueba con marcadores genéticos de ADN, que obviamente no es una causal autónoma o independiente, la que determina –en gran medida- la suerte del litigio, dado que si el demandado no cuestiona su resultado, el juez, cualquiera que sea el motivo alegado para la filiación, debe dictar sentencia anticipada de plano, acogiendo la respectiva pretensión (CGP, art. 386, nums. 2 y 4).

b. La segunda, porque aún en la hipótesis en que ese medio probatorio no se practique por falta de oposición del demandado, el juez debe proferir fallo anticipado conforme a las súplicas de la demanda (CGP, art. 386, nums. 3 y 4).

c. La tercera, porque si el demandado se opone a las pretensiones y, además, cuestiona el resultado del dictamen pericial afirmativo de la paternidad o maternidad, para citar dos ejemplos, de confirmarse la inclusión mediante otro dictamen debidamente fundamentado y plausible, no podría el juez negar la filiación so pretexto de no haberse demostrado una determinada causal.

d. La cuarta, porque según el parágrafo 1º del artículo 281 del CGP, los jueces de familia pueden fallar *ultra y extrapetita* “cuando sea necesario para brindarle protección adecuada... al niño, la niña o adolescente...”, mandamiento que necesariamente le impone al juzgador reconocer la filiación respectiva, para materializar el derecho constitucional a conocer su origen.

e. La quinta, porque si en estos procesos el juez debe convocar, aún de oficio, a la persona que –pese a no ser demandada– aparezca referida en el expediente como presunto padre o madre, es incontestable que de acreditarse la filiación respecto de él, no podría frustrarse la declaración so capa de no haberse alegado una causal específica.

Pero sea lo que fuere, no se olvide que en pleitos de filiación el demandante debe referir en su libelo “todos los hechos, causales y peticiones de pruebas”

COSTAS

1. Es posible afirmar que las agencias en derecho por actuaciones de segunda instancia también las fija el juez de primer grado, para evitar que el superior, en caso de apelación del auto aprobatorio de la liquidación, se pronuncie sobre su propia decisión?

Respuesta: No. El numeral 3º del artículo 366 del CGP establece que las agencias en derecho las fija el magistrado sustanciador. La regla es que cada quien cuantifica la labor jurídica de las partes, pero las costas se liquidan y aprueban en primera instancia.

La liquidación concentrada implica el cambio de ciertos paradigmas, como por ejemplo los mecanismos de impugnación, que se redujeron a uno solo: los recursos –porque se suprimió la objeción-, o qué funcionario puede revisar el monto de las agencias, que también lo puede hacer el juez de primer grado, pero sólo si se interpone reposición.

Con otras palabras, la decisión del Magistrado sustanciador obliga la inclusión del monto respectivo en la liquidación; si nadie controvierte, esa será la cuantía. Pero la parte tiene derecho a cuestionar dicho valor, lo que puede hacer por vía de reposición y/o apelación.

No se puede decir que el juez de primera instancia, de cambiarla por vía de reposición, iría en contra de providencia ejecutoriada del superior, porque, como se anticipó en la respuesta anterior, la cuantificación es un pronunciamiento provisional y no controvertido. El auto del juzgador de segundo grado, que es de “cúmplase”, incorpora una decisión pendiente de disputa.

2. Cuando una de las partes discuta la liquidación de costas, puede el juez de primera instancia pronunciarse sobre el monto de las agencias en derecho fijadas por su superior funcional?

Respuesta: Desde luego que sí, porque, de una parte, el legislador expresamente previó que el rubro respectivo puede ser controvertido “mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas” (CGP, art. 366, num. 5), y de la otra, las agencias en derecho se fijan mediante una providencia que constituye orden para el secretario (“cúmplase”) que ni siquiera se notifica (CGP, art. 299).

Con otras palabras, la resolución del Magistrado sustanciador es un mandamiento dirigido a quien elabora la liquidación, esto es, al

secretario, que está obligado a incluir el monto correspondiente en el estado de la cuenta de los gastos del proceso (CGP, art. 366, nums. 1 y 2); en rigor no compromete al juez porque, se insiste, la decisión no está ejecutoriada, al punto que las partes pueden controvertirla.

Luego es perfectamente viable que el juez de primera instancia modifique, hacia arriba o hacia abajo, el monto de las agencias en derecho fijadas por el Magistrado sustanciador. Incluso, en muchos casos tendrá que hacerlo si, por ejemplo, las halla desproporcionadas, en la medida en que ellas deben sujetarse a los parámetros previstos en el numeral 4º del artículo 366 del CGP.

Por supuesto que el Magistrado sustanciador podrá retomar el tema, si es que el auto aprobatorio de las costas es objeto de apelación, recurso que, dicho sea de paso, fue revivido por el Código para generar un control sobre esa materia.

3. La liquidación de costas en el proceso ejecutivo la hacen las partes junto con la liquidación del crédito, como parece sugerirlo el artículo 446 del CGP, o la realiza el secretario?

Respuesta: La hace el secretario, por mandato del artículo 366 del CGP. Si la hiciera la parte se alteraría el mecanismo de cuestionamiento de las costas, que no es la objeción o las observaciones, propio de los estados de cuenta del crédito, sino el sistema de recursos ordinarios.

Aunque el artículo 446 del CGP establece en su encabezamiento que “para la liquidación del crédito y *las costas* se observarán las siguientes reglas” (incluso el título de la disposición menciona los dos conceptos), lo cierto es que su contenido no hace ninguna referencia al segundo de ellos, por lo que necesariamente debe acudirse a la regla general.

4. Tratándose de liquidación de costas en procesos ejecutivos, es necesario dar traslado a las partes por tres (3) días, como lo establece el artículo 446 del CGP?

Respuesta: No, porque la liquidación de costas está sujeta a las reglas previstas en el artículo 366 del CGP, como se explicó en las dos respuestas anteriores.

CUANTÍA

1. Para determinar la competencia de los jueces municipales en procesos de pertenencia sobre inmuebles urbanos, debe tenerse en cuenta la cuantía establecida en la ley 1561 de 2012, o la prevista en el CGP?

Respuesta: Depende. Si el demandante se acoge a la ley 1561 de 2012, la cuantía será la establecida en esa normatividad, específicamente que su avalúo catastral –si lo tiene- o comercial –en defecto- no supere los doscientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (250 SMLMV). Pero si aquel manifestó que se plegaba al proceso de pertenencia regulado por el Código General del Proceso, el juez deberá reparar en el avalúo catastral (CGP, art. 26, num. 3) y en las cuantías a las que se refiere el artículo 25 de esa codificación.

No olvidemos que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela de 3 de octubre de 2013, precisó que:

...la ley en cita no derogó el artículo 407 de la ley adjetiva que aún se encuentra vigente, ni mucho menos determinó ese trámite para todas los litigios de pertenencia, porque como se observa, incluso, el legislador en el Código General del Proceso, en su artículo 375 (que aún no se encuentra en vigencia), reguló el trámite establecido para este tipo de acciones.

En síntesis la normativa aplicada por el accionado, no es impositiva es permisiva, y le otorga al demandante la posibilidad de acogerse o no a ella, en caso de cumplir con los requisitos que la misma exige, puesto que es un trámite especial y expedito, creado por el legislador con el fin de garantizar, a los

ciudadanos y en especial a la población campesina, el acceso a la propiedad, como quiera que es un proceso especial que comprende inmuebles urbanos y rurales que si bien no cuenta con las formalidades legales, tampoco están contemplados en la restitución de tierras a despojados.

De lo anterior, emerge que no era viable que el funcionario judicial alterara por vía de interpretación el querer del demandante amparándose en la derogatoria tácita del artículo 407 de la ley procesal civil, pues como se dijo, el mismo se encuentra vigente, y si él libelista no pidió la aplicación de esa norma y por el contrario se opone a su aplicación, por no reunir los requisitos que la misma exige, le está vedado al juez imponerle ese trámite, pues por lo menos la ley así no lo prevé.

DEMANDA Y CONTESTACIÓN

1. Que finalidad tiene aportar la demanda en mensaje de datos, si adicionalmente los juzgados también están solicitando la demanda en físico, con copia para el archivo y traslados?

Respuesta: Según el artículo 89 del CGP, con la demanda debe allegarse (i) copia física para el archivo del juzgado, (ii) tantas copias físicas de ella y sus anexos cuantos sean los demandados, para efectos del traslado, y (iii) la demanda en mensaje de datos con esas dos finalidades.

Esta última exigencia tiene varias justificaciones: (i) la primera, que asegura de mejor manera la conservación del escrito, para el caso de ser necesaria su reconstrucción; (ii) la segunda, que facilita el traslado de la demanda, porque según el inciso 2º del artículo 91 del CGP, éste puede surtir “mediante la entrega, en medio físico o como mensaje de datos, de copia de la demanda y sus anexos al demandado...”; y (iii) la tercera, que prepara el expediente para el proceso digital, que “estará conformado íntegramente por mensajes de datos” (CGP, art. 122, inc. 2).

No se olvide, en todo caso, que los jueces quedaron habilitados para excusar la presentación de la demanda en forma de mensaje de datos, dependiendo de las circunstancias particulares del caso (CGP, art. 89, par.), como puede suceder en ciertas poblaciones o con ciertos grupos poblacionales.

2. Si no se puede allegar con la demanda la prueba de la calidad con que se cita al demandado, cabe la posibilidad de pedir que este la aporte?

Respuesta: Sí. Destaquemos que el artículo 85 del CGP fusionó dos disposiciones del Código de Procedimiento Civil: los artículos 78 y 79, a los que, en todo caso, introdujo importantes variaciones, como supeditar la exigencia de la prueba de la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho privado, a que no constara

en las bases de datos de las entidades encargas de certificarla, cualquiera que sea su naturaleza, o que la posibilidad de oficiar al organismo donde se encuentra la prueba sólo se abra paso si el demandante demuestra que previamente formuló la petición respectiva.

Por consiguiente, cuando el numeral 2º del artículo 85 del CGP refiere que es posible requerir al “representante legal del demandado” para que, al contestar la demanda, “allegue las pruebas respectivas”, no sólo se concreta a la hipótesis del certificado de existencia y representación legal o al evento en que el demandado deba intervenir en el proceso a través de un representante legal, sino a todos los casos previstos en el inciso 2º de esa disposición, entre los cuales se incluye la prueba “de la calidad de heredero, cónyuge, compañero permanente, curador de bienes, albacea o administrador de comunidad o de patrimonio autónomo...” Por eso el inciso 3º puntualiza que, “cuando en la demanda se exprese que no es posible acreditar las anteriores circunstancias, se procederá así”, lo que impide circunscribir la regulación de los numerales subsiguientes al evento de la prueba de la existencia y representación legal.

3. Es necesario aportar la prueba del avalúo catastral para probar la cuantía del proceso?

Respuesta: No, porque ese documento no es anexo de la demanda (CGP, art. 84), ni el código lo reclamó como requisito

adicional cuando ella versa sobre inmuebles (CGP, art. 83), ni su ausencia constituye motivo de inadmisión (CGP, art. 90).

Aunque en los procesos relativos a inmuebles la cuantía se determina –por regla- con referencia al avalúo catastral (CGP, art. 26), a ello no le sigue que éste se erija en requisito de la demanda, que sólo reclama la estimación de aquella, pero no su prueba (CGP, art. 82, num. 9).

Más aún, cuando el código quiso imponer como anexo la aportación de un avalúo, así lo dijo expresamente, como ocurre en los procesos de expropiación (CGP, art. 399, num. 4), deslinde y amojonamiento (CGP, art. 401, num. 3) y divisorios (CGP, art. 406), en los que, por cierto, ese avalúo no necesariamente es el catastral.

Y no se diga que el avalúo catastral es indispensable para que el juez pueda determinar su competencia, porque amen de deducirse una exigencia que la ley no estableció, el intérprete que así proceda no solo desconocería la presunción de buena fe constitucional, sino también el principio de informalidad establecido en el artículo 11, parte final, del CGP, en virtud del cual “el juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.”

Si hubo error en la estimación de la cuantía, que sea el demandado el que plantee la respectiva protesta, pero que no sea el juez el que imponga exigencias que entorpezcan el acceso a la administración de justicia.

4. Una contestación de demanda puede presentarse en mensaje de datos?

Respuesta: Sí. Aunque el código no lo previó expresamente al regular la contestación, sí lo hizo al ocuparse de la demanda (CGP, art. 82, par. 2), por lo que cabe la analogía frente a dos hipótesis que – ahí sí- son simétricas: la presentación de escritos ante juzgados.

Pero además, no se puede perder de vista que por mandato del artículo 103 del CGP, “en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia...”. Por eso el artículo 109 de la misma codificación estableció, de una parte, que “los memoriales –y la contestación es uno de ellos- podrán presentarse... por cualquier medio idóneo”, y de la otra, que “los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término.”

Luego es posible remitir una contestación de demanda a través de correo electrónico, telefax, o cualquier otro medio electrónico, óptico o similar.

5. La demanda de reconvención exige que se acredite haber intentado previamente la conciliación prejudicial obligatoria como requisito de procedibilidad?

Respuesta: Sí, porque la demanda de mutua petición debe reunir los requisitos establecidos para toda demanda, entre ellos haber agotado la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, según los artículos 38 de la ley 640 de 2001, modificado por el artículo 621 del CGP, y 90 –inciso 3º, numeral 7º- del mismo estatuto.

Destaquemos que ninguna norma del Código General o de la referida ley exceptuaron esa demanda del cumplimiento de dicha exigencia (véase el art. 371), por lo que no puede el demandado que reconviene abstenerse de atender dicho requisito so pretexto de obrar al amparo de una alternativa que le permite la ley procesal cuando ejerce su derecho de defensa, porque, en estrictez, lo que hace el legislador al habilitar la demanda de reconvención es aplicar el principio de economía procesal, permitiéndole a aquel que se valga del mismo juez y del mismo proceso para tramitar su pretensión, la cual, en todo caso, debe plegarse –en cuanto a su formulación- a los requerimientos legales.

Creemos, sin embargo, que existen dos excepciones, que se configuran cuando en el proceso en el que se formula la demanda de mutua petición se decretó una medida cautelar directa o indirectamente vinculada a las pretensiones que en ella se planteen,

dado que en esta hipótesis el legislador excusa el cumplimiento de dicho requisito (CGP, art. 590 par.), lo que también sucede si se convoca o es necesario convocar a personas indeterminadas (Ley 640 de 2001, art. 38; CGP, art. 621).

6. Es posible inadmitir una contestación de la demanda por no reunir los requisitos exigidos por la ley?

Respuesta: No. Aunque la contestación, al igual que la demanda, debe cumplir unos requisitos legales (CGP, art. 96), el Código no estableció la posibilidad de inadmitir el escrito de réplica que no satisficiera esas exigencias.

¿La razón? Que uno y otro libelos tienen propósitos diferentes y materializan el ejercicio de distintos derechos constitucionales, por lo que el análisis de la procedencia de una orden de corrección no puede reducirse simplemente al tema de las formalidades, sino que debe ampliarse a los efectos que un eventual rechazo generaría. Con otras palabras, si una demanda se inadmite y el demandante no la corrige, su rechazo no frustra la posibilidad de ejercer nuevamente el derecho de acción, dado que la demanda –por regla- se puede volver a presentar; por el contrario, la inadmisión y eventual rechazo de la contestación dejaría al demandado sin la más importante herramienta que tiene para ejercer sus derechos de contradicción y defensa, porque, dada la perentoriedad del término del traslado, no le sería posible volver a replicar en virtud del principio de preclusión.

Por eso mismo no cabe hacer la analogía, dado que las dos partes no se encuentran en situaciones iguales en lo que atañe a sus escritos iniciales.

La improcedencia de la inadmisión la confirma el tratamiento legal que se le dio a la falta de juramento estimatorio, pues esta irregularidad en la demanda provoca su inadmisión y eventual rechazo (CGP, art. 90, inc. 3, num. 6), mientras que su ausencia en la contestación, cuando sea necesario, no impide tener en cuenta este escrito, pues el juez, frente a esa anomalía, simplemente debe otorgarle un plazo –de cinco (5) días- al demandado para que haga la estimación, so pena de no considerar la respectiva reclamación (p. ej.: unas mejoras) (CGP, art. 97, inc. 2).

Sólo existe un caso en el que juez puede ordenar que se corrija la contestación de la demanda: en los procesos verbales sumarios, porque en ellos se estableció que “si faltare algún requisito o documento, se ordenará, aun verbalmente, que se subsane o que se allegue dentro de los cinco (5) días siguientes” (CGP, art. 391, inc. 5). Sin embargo, la ley no previó el rechazo de ese escrito en el evento de no hacerse la enmienda, por lo que el intérprete no puede deducir esa consecuencia, menos aún si se trata de una sanción que, se insiste, ni siquiera fue prevista en la parte general del código, como se explicó.

Se preguntarán algunos ¿por qué se habilitó la orden de corrección de la contestación de la demanda en los verbales sumarios y no en toda clase de procesos? Como se trata de pleitos en los que se puede intervenir sin necesidad de abogado, permitiéndose, incluso, la presentación de la demanda y de su réplica en forma verbal ante el secretario, se consideró útil abrirle paso a esa posibilidad para que los defectos de esos escritos, en principio explicables cuando la parte es lego en la materia, no impidiera que el proceso se formara regularmente.

EMPLAZAMIENTO

1. Como se surte el emplazamiento en los procesos de sucesión, según lo previsto en el artículo 490 del CGP?

Respuesta: En el Código General del proceso, todo emplazamiento está sujeto a las reglas establecidas en el artículo 108, sin perjuicio de los requisitos especiales que precise alguna norma en particular.

En el caso del proceso de sucesión, el artículo 490 del CGP dispone que en el auto de apertura debe ordenarse el emplazamiento de quienes “se crean con derecho a intervenir en él, en la forma prevista en este código”, esto es, bajo los lineamientos trazados en el artículo 108, que incluye el evento de convocatoria a personas

indeterminadas, por lo que habrá que hacer las publicaciones que en él se regulan. Pero también será necesario incluir el proceso en el Registro Nacional de apertura de procesos de sucesión, conforme lo ordenan los parágrafos 1º y 2º del artículo 490 del CGP.

En adición, el juez puede ordenar que se haga otra publicación en una radiodifusora con amplia sintonía en la localidad o región del último domicilio del causante, que no excluye, sino que complementa, la que ordena el artículo 108, ya referido. Más esa otra divulgación no es obligatoria sino que depende del juez, que en cada caso dispondrá lo que considere más útil para la difusión de la causa mortuoria.

2. Cuál es la razón de ser de la publicación a la que se refiere el inciso 2 del párrafo 1 del artículo 490 del CGP, si ya media emplazamiento?

Respuesta: Depende de cada caso, lo que explica que el legislador hubiere dejado el manejo de esa publicación adicional en manos del juez. Será él, con miramiento en las particularidades del juicio, que determine si hay lugar o no a ella.

Por ejemplo, si el causante, al momento de su muerte, tenía varios domicilios, aunque el proceso se adelante en el lugar que corresponda al asiento principal de sus negocios (CGP, art. 28, num. 12), sería conveniente hacer una publicación en los demás municipios en donde aquel tenía residencia acompañada de ánimo de avecindamiento.

3. Qué efecto procesal tiene el incumplimiento de los plazos previstos en los parágrafos 1º y 2º del artículo 108 del CGP?

Respuesta: Es necesario distinguir, y para hacerlo, lo mejor es reproducir las dos normas.

Según el parágrafo 1º del artículo 108 del CGP, el Consejo Superior de la Judicatura debe garantizar la permanencia del dato relativo al emplazamiento y su consulta en el registro nacional de personas emplazadas, “por lo menos, durante un (1) año contado a partir de la publicación el emplazamiento.” Por su lado, el parágrafo 2º de esa misma disposición precisa que “La publicación debe comprender la permanencia del contenido del emplazamiento en la página web del respectivo medio de comunicación, durante el término del emplazamiento.”

Se trata, pues, de dos reglas que apuntan a propósitos diferentes: Aquella gobierna la consulta en una base de datos, mientras que ésta la publicidad del emplazamiento. La primera, nada tiene que ver con el momento en que se surte la convocatoria, que ocurrirá “quince (15) días después de publicada la información” en el registro nacional de personas emplazadas; por lo mismo, el período de consultabilidad del dato no incide en la validez del emplazamiento, menos aún si no depende ni de la parte interesada, ni del juzgador; se trata de una cuestión meramente administrativa, de la que responde el Consejo

Superior de la Judicatura. La segunda, por el contrario, sí es presupuesto de validez del llamamiento, porque concierne a la publicidad de la información dentro del término de su duración; al fin y al cabo, el legislador ha querido que además de la publicidad que corresponda al medio escogido por el juez (prensa escrita o cualquier otro medio masivo), también se pueda acceder al contenido del emplazamiento a través de la internet, para garantizar de mejor manera el enteramiento de las personas emplazadas.

EXPEDIENTES

1. Qué se debe hacer si en algún momento del proceso se advierte por el juez de primera o segunda instancia, que no quedó registro en audio de la audiencia?

Respuesta: Proceder a la reconstrucción del expediente, según las reglas establecidas en el artículo 126 del CGP.

Al respecto destaquemos que una cosa es la actuación procesal y otra distinta el expediente que da cuenta de ella. La audiencia es un marco dentro del cual se surten diversos actos procesales por el juez y por las partes, de la que debe quedar un registro o grabación, según lo dispuesto en los numerales 4 y 6, inciso 2º, del CGP, lo mismo que un acta. Una y otra, grabación y acta, forman parte del expediente, razón

por la cual su pérdida simplemente traduce que se extravió la prueba de la actuación que se surtió en la audiencia, pero no que los actos respectivos dejaron de realizarse.

Un ejemplo: Un juez de circuito adelanta una audiencia de instrucción y juzgamiento en la que profiere sentencia, cuya parte resolutive hace constar en el acta. Como se interpuso recurso de apelación, el expediente es remitido al Tribunal Superior en el que el Magistrado Sustanciador advierte que no quedó registro de lo actuado en la vista pública. ¿Podría devolver el proceso para que el juez repita la audiencia? Desde luego que no porque la ausencia de grabación no significa que la actuación no se verificó; lo que falló fue su registro.

Ordenar la repetición de la audiencia no solo desconocería esa diferencia entre el acto procesal y su prueba, sino que provocaría que el juez de primera instancia volviera sobre su propio fallo, contra la prohibición del artículo 285 del CGP, pasando por alto, además, que se trata de una decisión apelada.

Lo procedente en esos casos es la reconstrucción del expediente, específicamente de lo actuado en la audiencia, para lo cual servirán, por ejemplo, las grabaciones que hubieren hecho las partes, con autorización del juez. Por tanto, si el juez advierte ese defecto, que proceda –aún de oficio- a convocar a la audiencia de reconstrucción (CGP, art. 126, nums. 1 y 2); y si el que toma nota de esa vicisitud es

el juzgador de segundo grado, que le devuelva el expediente al juzgador de primer grado con la misma finalidad.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

1. Quien resuelve el impedimento de un Magistrado?

Respuesta: El Magistrado que le sigue en turno dentro de la respectiva Sala de Decisión, como lo establece el inciso 4º del artículo 140 del CGP.

En efecto, el cambio que introdujo el legislador se hace notorio si el texto de aquella disposición se contrasta con la norma que traía el Código de Procedimiento Civil. En la nueva codificación, el Magistrado que se considere impedido debe poner los hechos en conocimiento “del que le sigue en turno en la respectiva sala..., *para que resuelva sobre el impedimento...*”; en la derogada, el expediente también debía pasarse al siguiente Magistrado de la Sala, “*para que esta resuelva sobre el impedimento*” (se subraya).

De esta manera se unificó la competencia en materia de impedimentos y recusaciones, porque resultaba incomprensible, bajo el Código de Procedimiento Civil, que los primeros los resolviera la Sala, mientras que los segundos el que le seguía en turno al Magistrado recusado. Bajo el Código General, la separación de un Magistrado del

conocimiento de un asunto, sea por planteamiento propio o por cuestionamiento de parte, siempre será definida por su colega de Sala de Decisión, en orden alfabético de apellidos (arts. 140, inc. 4 y 143, inc. 4).

2. Si una audiencia o diligencia no se suspende por causa de una recusación presentada dentro de los cinco (5) anteriores a la fecha de su celebración, quiere ello decir que así el juez no acepte los hechos alegados por el recusante, debe desarrollar íntegramente los actos previstos por la ley en esa audiencia o diligencia?

Respuesta: No. Que el legislador hubiere hecho una excepción a la regla general sobre el momento a partir del cual se suspende el proceso por causa de un impedimento o recusación, no significa que el juzgador impedido o recusado pueda –y menos deba- celebrar la audiencia respectiva.

En efecto, según el artículo 145 del CGP, “El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se formule la recusación hasta cuando se resuelva...” Se trata, pues, de un motivo de parálisis del juicio que opera por ministerio de la ley, por lo que no requiere pronunciamiento judicial. Pero hay una salvedad: las recusaciones presentadas días antes –a menos de cinco (5) de la vista pública-, no detienen el proceso a partir de ese momento. La idea, tanto en el Código de Procedimiento Civil, como en el General del

Proceso, es que las partes no provoquen dilaciones en el trámite por la vía de recusar al juez o a los Magistrados.

En tales eventos, el juez o Magistrado debe iniciar o instalar la audiencia, como lo ordena el numeral 1º del artículo 107 del CGP, pero su primer acto será pronunciarse sobre la recusación: si el juez acepta los hechos, “en la misma providencia se declarará separado del proceso o trámite” y “ordenará su envío a quien debe reemplazarlo...”; de no admitirlos, “remitirá el expediente al superior” (CGP, art. 143, inc. 3), pronunciamientos ambos que necesariamente provocan la *suspensión de la audiencia*. En el caso de los Magistrados, como todos ellos deben estar presentes, el que le siga en turno resolverá en la misma audiencia, previo receso, si se considera necesario (principio de concentración); de no aceptar la recusación, la audiencia podrá continuar bajo la presidencia del Magistrado que había sido recusado; y si se considera viable separarlo del proceso, la audiencia continuará, sólo que presidida por el que debe reemplazarlo.

Como se deduce fácilmente, en la hipótesis de la pregunta la suspensión, cuando hay lugar a ella, se da bajo el supuesto de audiencia instalada, con todo lo que ello implica, por ejemplo, en materia de inasistencias, por lo que el juez que reemplace al recusado deberá tener en cuenta que lo suyo será darle continuidad a la vista pública respectiva.

INCIDENTES

1. Si no existen pruebas que practicar, un incidente puede ser decidido en auto proferido por fuera de audiencia?

Respuesta: La pregunta tiene como presupuesto necesario que el incidente planteado es de aquellos que puede promoverse fuera de audiencia, porque según el inciso 2º del artículo 129 del CGP, “las partes sólo podrán promover incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia”, evento en el cual, como es apenas obvio, la decisión respectiva debe emitirse en la misma vista.

Bajo este entendimiento, destaquemos que ***el Código General del Proceso admite la decisión anticipada, sean ellas autos o sentencias***. Y lo hace porque, de una parte, tiene claro que lo realmente importante es materializar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, sin dilaciones injustificadas (C. Pol., art. 228 y CGP, art. 2), y de la otra, entiende que conforme al principio de informalidad, el juez debe abstenerse de cumplir formalidades innecesarias (CGP, art. 11).

Esas razones permiten entender por qué las audiencias en el Código General no siempre son presupuesto de validez de la actuación procesal o de los actos procesales que en ellas pueden surtirse. Con otras palabras, aunque el proceso oral implica que su trámite – posterior a los actos de postulación- debe darse en una audiencia

pública, tanto más si existe contradicción, el Código no manejó a raja tabla la regla según la cual en ese tipo de juicios ninguna actuación será válida si no se verifica en vista pública. Son muchos los casos de actos procesales que, según los perfiles del caso, pueden surtir en audiencia o por fuera de ella, ejemplo de lo cual es la mismísima sentencia.

Por eso el inciso 3º del artículo 129 del CGP estableció que, “En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes”, lo que traduce que si no es necesario practicar ningún medio probatorio, la audiencia es innecesaria y el juez, por consiguiente, puede adoptar la decisión respectiva en auto que proferirá por escrito.

La respuesta, entonces, es afirmativa.

2. Subsiste la diferencia entre incidentes y trámites incidentales?

Respuesta: No, esa distinción desapareció en el Código General del Proceso. Que un incidente no requiriera la práctica de prueba, no era razón suficiente para justificar la nomenclatura de trámite incidental.

3. Que decisión debe adoptarse en cuanto al trámite de un incidente que una de las partes promueve por fuera de audiencia?

Respuesta: Depende, en unos casos tramitarlo y en otros esperar a la audiencia. Veamos:

La regla general en materia de incidentes propuestos por las partes es que deben promoverse “en audiencia” (CGP, art. 129, inc. 2), lo que significa que si el litigante desatiende ese mandamiento y gestiona uno de ellos por escrito, el secretario debe abstenerse de pasar el memorial al despacho del juez, porque según el inciso 1º del artículo 109 del CGP, únicamente debe ingresar –inmediatamente- los que puedan recibir pronunciamiento “fuera de audiencia”. El mensaje es claro: si hay audiencia, las partes deben esperar a ella para formular verbalmente sus peticiones, dado que en el Código General “las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito...” (art. 3º); por consiguiente, si lo hacen por escrito, su acto procesal de parte no será válido y, por ende, el memorial no debe ingresar a la mesa del juez, sencillamente porque éste sólo puede pronunciarse en audiencia. Así de simple.

Pero la norma que gobierna la proposición de incidentes por las partes presupone, ello es medular, que el respectivo pleito tiene prevista –por ley- una audiencia, de suerte que si la vista pública no tiene lugar, las partes pueden plantear incidentes por fuera de ella. Por ejemplo, los

procesos de restitución de tenencia deben tramitarse como verbales o verbales sumarios, en función de la cuantía, por lo que admiten las audiencias de los artículos 372, 373 y 392 del CGP, según el caso. Sin embargo, cuando el demandado no se opone válidamente en el término de traslado, el juez debe proferir sentencia ordenando la restitución, por fuera de audiencia (CGP, arts. 384, num. 3 y 120, inc. 3). En estos eventos es posible que aquel solicite, por ejemplo, la nulidad del proceso por indebida notificación, por lo que el juez –salvo que esté saneado el vicio- debe tramitar el incidente respectivo por fuera de audiencia (CGP, art. 134, inc. 4).

Lo propio deberá hacer el juzgador cuando las partes promuevan incidentes después de proferida la sentencia, excepción ésta expresamente prevista en el inciso 2º del artículo 129 del CGP.

En resumen: existen ciertos incidentes que las partes pueden promover por fuera de audiencia y que deben tramitarse y resolverse al margen de ella: por ejemplo, las excepciones previas en los procesos verbales, las recusaciones y cualquiera otra petición que por ley corresponda a un incidente, si en el proceso no está prevista una audiencia o ya se profirió sentencia. Pero si el pleito respectivo debe tramitarse en audiencia (el asunto no es de programación, sino de previsión normativa), los incidentes que se promuevan por fuera de ella no deben recibir ningún tipo de pronunciamiento; ni siquiera deben ingresar al despacho; llegado el momento de la vista pública, el juez

debe hacerle la advertencia al interesado, quien podrá, en ese momento, obrar en forma oral.

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

1. Qué clase de prescripción puede interrumpirse mediante requerimiento privado?

Respuesta: La prescripción que extingue las obligaciones, como se deduce del inciso final del artículo 94 del CGP, en el que se prevé que “El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al *deudor* directamente por el *acreedor*” (se destaca).

Quiere ello decir que entre las partes debe existir una relación crediticia, cualquiera que sea su fuente, o lo que es igual, que el interpelante debe ser titular de un derecho personal (patrimonial) o de crédito y el interpelado su deudor (CC, art. 666).

Por tanto, no podría un propietario valerse de ese requerimiento para truncar el plazo de la prescripción adquisitiva que corre en beneficio de un poseedor material, toda vez que, en estrictez, entre ellos no existe una relación de orden crediticia. Al fin y al cabo, el dueño es titular de un derecho real que el poseedor ejerce por los hechos.

2. En qué momento se considera interrumpida la prescripción cuando el juez, antes de dictar sentencia, ordena integrar el contradictorio?

Respuesta: Si la integración del contradictorio se hace para conformar un litisconsorcio necesario en la parte demandada, la prescripción sólo se considerará interrumpida en el momento en el que se notifique el litisconsorte convocado, como lo establece el penúltimo inciso del artículo 94 del CGP.

No podía ser de otro modo, habida cuenta que en esa tipología de litisconsorcios existe unidad jurídica de partes, por lo que no podría truncarse el plazo prescriptivo en forma individual, dado que ni la ley ni la relación sustancial lo permiten.

3. El término de un (1) año que tiene el demandante para notificar a su demandado, si pretende interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad en la fecha de presentación de la demanda, se suspende o interrumpe durante las vacaciones judiciales o por un cese de actividades adelantado por los jueces?

Respuesta: Ni se suspende, ni se interrumpe, porque “cuando el término es de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año.” Sólo cuando se trata de un plazo de días no se toman en cuenta los de “vacancia

judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado” (CGP, art. 118, incs. 7 y 8).

¿Y si el plazo anual vence durante las vacaciones judiciales o un cese de actividades? La misma ley dio la solución, porque si el vencimiento ocurre en día inhábil, el término “se extenderá hasta el primer día hábil siguiente” (CGP, art. 118, inc. 7). En el caso de las vacaciones, la inhabilidad es innegable; en la otra hipótesis, la inhabilidad se produce de facto.

INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL PROCESO

1. En el CGP todas las suspensiones necesitan auto que la decrete o existen casos de suspensión por ministerio de la ley?

Respuesta: En el Código General del Proceso hay motivos de suspensión que operan por ministerio de la ley y otros que exigen pronunciamiento judicial.

De los primeros es ejemplo la integración del contradictorio (CGP, art. 61, inc. 2), la recusación (CGP, art. 145) y la solicitud conjunta de las partes, salvo que acuerden otra cosa (CGP, art. 161, num. 2); de los segundos, los eventos de prejudicialidad (CGP, art. 161, num. 1). Por eso el inciso final del artículo 161 del CGP dispone que “También se

suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.”

Más aún, en ciertas hipótesis el “trámite principal” –porque ese es el que se suspende- queda suspendido, así el legislador no lo hubiere previsto expresamente, como ocurre cuando se da una intervención excluyente (CGP, art. 63, inc. 2), un llamamiento en garantía (CGP, arts. 65 y 66), la convocatoria al verdadero poseedor o tenedor (CGP, art. 67), una acumulación de procesos o de demandas (CGP, arts. 148, num. 3º, y 463), o se admita una demanda de reconvención (CGP, art. 371), entre otros.

Así las cosas, cuando el Código precisa, en el inciso 3º del artículo 162, que “la suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria del auto que la decreta”, se refiere exclusivamente a aquellos eventos en los que la suspensión requiere orden del juez, como en los casos de prejudicialidad.

2. Puede decretarse la suspensión del proceso ejecutivo por solicitud de todas las partes, aunque se hubiere proferido sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución?

Respuesta: Sí, porque en los procesos ejecutivos la orden de seguir adelante con la ejecución, proferida en auto o en sentencia, según corresponda, no le pone fin al proceso.

Expresado con otros términos, cuando el artículo 161 del CGP puntualiza que la solicitud de suspensión debe plantearse “antes de la sentencia”, lo hace porque, en línea de principio, el proceso llega a su fin cuando se emite el respectivo fallo. Con posterioridad a él, caería en el vacío toda petición de suspenderlo por cuestión prejudicial o requerimiento de las partes.

Pero en el proceso ejecutivo las cosas suceden de otro modo, por cuanto la sentencia que ordena la continuidad de la ejecución tan sólo le pone fin a la fase de ejecución impropia, para abrirle paso a la ejecución propia o forzada, que finalizará en el momento en el que se verifique el pago total de la obligación objeto de recaudo.

MEDIDAS CAUTELARES

1. Como el artículo 598 del CGP condiciona el embargo y secuestro a que los bienes que puedan ser objeto de gananciales estén “en cabeza” del otro cónyuge o compañero permanente, es posible decretar esas medidas sobre bienes que se encuentren en posesión material?

Respuesta: Si, porque el poseedor material, aunque no es titular del derecho real sobre el respectivo bien, sí lo es de los derechos que surgen de la posesión. Por eso el Código General, para zanjar la discusión que existía sobre la materia, previó expresamente que podía

ordenarse el embargo de “la posesión sobre bienes muebles o inmuebles”, el cual se consumará “mediante el secuestro” (art. 593, num. 3º).

Por tanto, lo que el Código quiso significar al prever que en los procesos de familia es viable embargar y secuestrar los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estén “en cabeza” del otro cónyuge (CGP, art. 598), fue que tales cautelas podían recaer sobre derechos reales o personales vinculados a bienes sociales que figuraran bajo la titularidad de aquel, entre los que se encuentran, claro está, los derechos derivados de la posesión. Al fin y al cabo, toda cautela recae sobre un derecho.

2. En un proceso declarativo relativo a asuntos civiles, es posible decretar el embargo y secuestro de bienes, con fundamento en el literal c) del artículo 590 del CGP? En general, pueden decretarse medidas cautelares típicas en asuntos que correspondan a procesos declarativos en los que no están expresamente previstas por la ley?

Respuesta: Recordemos el texto de la norma: “Artículo 590.- 1. Desde la presentación de la demanda, a petición de parte, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: a)..., b)..., c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable...”. Y qué significa la expresión “cualquiera”? Pues es un pronombre relativo a una persona o cosa *indeterminada*, lo que traduce que el juez fue

autorizado para decretar la medida cautelar que él juzgue más razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, entre otros propósitos.

Aunque algunos entienden que la norma se refiere a las apellidadas medidas cautelares *innominadas*, esto es, a las que el juez diseña de acuerdo a los requerimientos del caso, lo cierto es que el legislador fue más allá porque lo habilitó para decretar la que considere más sensata, sin hacer ningún tipo de distinción. Con otras palabras, en la referida disposición la ley estableció la posibilidad de decretar **medidas cautelares discrecionales**, en la medida en que es el juez el que define cuál es la cautela más apropiada, sin miramiento en la tipicidad o atipicidad de la misma.

Examinado el punto desde otra arista, destaquemos que el artículo 590 del CGP, en los literales anteriores a) y b), regula la procedencia de una medida en particular: la inscripción de la demanda, que tiene cabida tanto en procesos declarativos en los que se discuta un derecho real principal o el pago de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual. El embargo y el secuestro son permitidos con posterioridad a la sentencia de primera instancia. Si ello es así, la pregunta que aflora es la siguiente: ¿a qué asuntos se concreta el literal c)? Pues a todos, porque la norma no distingue; por tanto, el juez puede ordenar “cualquier otra medida”, aún en tales juicios.

Veamos un ejemplo: un futbolista es atropellado por un vehículo cuyo conductor se encuentra en estado de alicoramiento; como resultado, la víctima queda parapléjica. En el proceso verbal que promueve para que se le resarza el daño, cabe, desde luego, la inscripción de la demanda, pero el demandado no tiene bienes sujetos a registro; sus activos son fondos monetarios en cuentas de ahorro y encargos fiduciarios. ¿Qué medida cautelar podría disponer el juez? ¿Acaso podría sostener que el embargo y secuestro no son procedentes, así exista apariencia de buen derecho, porque la ley no lo permite? ¿En qué quedaría, entonces, la palabra del legislador cuando se comprometió con la tutela jurisdiccional efectiva y previó que el juez quedaba facultado para decretar “Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable?”

Consideramos que el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, implementó en Colombia las *medidas cautelares discrecionales*, dentro de las cuales están comprendidas tanto las típicas o definidas por la ley, como las atípicas o diseñadas por el propio juez.

3. A qué tipo de certificado de depósito se refiere el artículo 593 del CGP, en el que se dispone que con las sumas de dinero afectadas con medida cautelar deben ser constituidos dichos certificados?

Respuesta: Quiso la ley que los dineros objeto de medida cautelar no fueran guardados en depósitos judiciales, perdiendo poder adquisitivo y sin posibilidad de redituar en beneficio del dueño, sino que con ellos se constituyeran “certificados de depósito” en cualquier institución financiera autorizada para expedirlos. Así lo establecen los numerales 4º, 6º, 7º, 9º y 10º del artículo 593 del CGP, en los que se precisa que deben constituirse “a órdenes del juzgado” y ponerse “a disposición del juez...”

Ocurre, sin embargo, que las entidades financieras, específicamente los bancos, sólo están autorizados para expedir “certificados de depósito a término”, definidos en el artículo 1393 del Código de Comercio como “aquellos en que se haya estipulado, a favor del banco, un preaviso o un término para exigir su restitución”. Por consiguiente, es a estos certificados y no a otros a los que se refieren las aludidas normas del Código General del Proceso.

Que estén sometidos a un plazo no quita ni pone ley, menos aún si se considera que también los procesos tienen una duración.

4. En los procesos de filiación sólo puede decretarse como medida cautelar el pago provisional de alimentos, o también proceden las medidas cautelares discrecionales? Por ejemplo, afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Respuesta: Para responder esta pregunta es necesario precisar que las medidas cautelares previstas en el artículo 590 del CGP, también son aplicables a los procesos de familia, por lo que no se puede sostener que en éstos pleitos únicamente tienen cabida las reguladas en el artículo 598 de esa codificación. Al fin y al cabo, aquella norma gobierna, sin hacer distinción, las “Medidas cautelares en procesos declarativos”; esta otra, por su lado, se concreta a las cautelas que son viables en ciertos litigios de familia, como la nulidad del matrimonio, el divorcio, la liquidación de sociedades de gananciales, etc.

Por tanto, es perfectamente posible que en los procesos de filiación, un juez decrete cualquier medida que considere razonable, si se configuran los requisitos establecidos en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, entre ellas, por ejemplo, la afiliación del niño, niña o adolescente al sistema de seguridad social en salud.

Más aún, esa medida también podría hallar respaldo en el literal f) del numeral 5º del artículo 598 del CGP, en el que se establece que, “a criterio del juez... y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera... el niño, niña o adolescente...”

5. Por qué no se permitieron medidas cautelares discrecionales en los procesos ejecutivos?

Respuesta: Porque todo proceso ejecutivo materializa el ejercicio del derecho de persecución, previsto en el artículo 2488 del Código Civil, el cual, por definición sustancial, recae sobre los bienes presentes y futuros que integran el patrimonio del deudor, para que sean embargados y subastados, si fuere el caso.

Por tanto, si lo que el acreedor pretende en una ejecución es el pago de una obligación, las cautelas necesariamente debían estar en función de ese específico reclamo, lo que se traduce en materializar medidas sobre su patrimonio; y qué mejor que embargarlos y secuestrarlos para garantizar con una u otra o con ambas que se atenderán los fines de la ejecución expropiativa, transformativa o satisfactiva.

6. Para decretar medidas cautelares en procesos de familia, según lo previsto en el artículo 598 del CGP, es necesario prestar caución? ¿Se aplica lo previsto sobre la materia en el artículo 590 del CGP?

Respuesta: Ya señalamos, en respuesta anterior, que el artículo 590 del CGP también se aplica a los procesos de familia; pero igualmente expresamos que el artículo 598 de ese código era una norma especial para “los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y

liquidación de sociedad patrimoniales entre compañeros permanentes”, así como de alimentos.

Quiere ello decir que si la última de las normas mencionadas no condicionó el decreto de la medida cautelar a que el interesado prestara una caución, no podría el intérprete imponerla so pretexto de una norma general que, como se sabe, cede en su aplicación cuando se le antepone una disposición especial.

Por lo demás, no se olvide que fue propósito deliberado del legislador eliminar, en lo posible, la caución como requisito previo a una cautela. Y si a ello se agrega que las medidas previstas en el artículo 598 del CGP tienen naturaleza especial, puesto que, por ejemplo, los embargos y secuestros son subordinados y las restantes son –en su mayoría- de orden personal (residencia separada, custodia, etc.), se impone colegir que no existe manera de exigir una caución para que pueda ordenarse una de tales medidas.

7. La inembargabilidad de los bienes a los que se refiere el numeral 11 del artículo 594 del CGP, siempre está condicionada a que no sean suntuarios y de alto valor?

Respuesta: Si, la excepción a la excepción es expresa.

En efecto, en la referida norma quedó claro que “el 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...”, son inembargables. Los derechos a una vida digna y a la intimidad imponían hacer esa excepción al derecho de persecución.

Pero el artículo estableció dos casos en los que esa excepción no tendría cabida: la primera, cuando se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien; la segunda, cuando los bienes fueron suntuarios de alto valor, por lo que no basta que sean objetos de lujo (CC, art. 967), sino que es necesario, además, que sean de un valor económico significativo.

8. La prohibición al demandado de ausentarse del país, es una medida cautelar que procede en todos los procesos de alimentos, o sólo cuando se trata de niños, niñas y adolescentes?

Respuesta: La prohibición al alimentante de ausentarse del país, es una medida cautelar que se decreta sin miramiento en la edad del alimentario, como se desprende del numeral 6º del artículo 598 del CGP.

El mensaje es claro: lo importante es la obligación de pagar alimentos, dada su relevancia en el derecho a un mínimo vital, y no la condición del alimentario.

9. Para que el juez no exija la conciliación prejudicial obligatoria, es necesario que la medida cautelar pedida en la demanda sea procedente?

Respuesta: No. Es suficiente la solicitud, con independencia de la viabilidad de la cautela.

Así se colige del párrafo 1º del artículo 590 del CGP, en el que se previó que “en todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se *solicite* la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad” (se resalta). Lo confirma igualmente el artículo 38 de la ley 640 de 2001, reformado como fue por el artículo 621 del CGP.

Afirmar que la medida cautelar tiene que ser procedente para excusar esa exigencia, no solo desatiende el texto de la norma, sino que implica generar una contradicción, por cuanto el juez, para pronunciarse sobre la viabilidad de la cautela, debe asumir el conocimiento del proceso; por tanto, si inadmite la demanda para que se acredite el agotamiento de la conciliación prejudicial, es porque en esa misma providencia negó la cautela, pronunciamiento que sólo tiene cabida si hay admisión del libelo.

No se olvide que cualquier duda de interpretación debe privilegiar la materialización del derecho fundamental de acceso a la justicia, por lo

que los jueces, antes que negar el ingreso al sistema, deben favorecerlo.

10. Cómo se verifica el secuestro de derechos proindiviso que el ejecutado tenga en un vehículo automotor? ¿Puede capturarse el vehículo?

Respuesta: El secuestro de derechos proindiviso en bienes muebles sigue las mismas reglas establecidas para los inmuebles, como se desprende de la lectura conjunta de los numerales 11 y 5 de los artículos 593 y 595 del CGP.

En efecto, según la primera de las normas aludidas, relativa al embargo de derechos proindiviso en bienes muebles, la ley estableció que se comunicaría “a los otros copartícipes, advirtiéndoles que en todo lo relacionado con aquellos debe entenderse con el secuestre”, lo que necesariamente traduce que el secuestro no da lugar a la desposesión del copropietario no afectado con la medida cautelar; simplemente se designa un secuestre para que ese comunero se entienda con él, si fuere necesario. De allí que la segunda de las disposiciones mencionadas puntualice, en lo concerniente al secuestro de inmuebles, que en la diligencia se procederá como lo manda aquella otra.

En suma, trátase de mueble o de inmueble, la diligencia de secuestro de derechos proindiviso sobre cualquiera de ellos no da lugar a la

entrega del bien al secuestro, porque ese proceder implicaría el desconocimiento de los derechos del coparticipe que está al margen del proceso. Basta con hacerle una advertencia para que los asuntos de la comunidad sean tratados con el auxiliar de la justicia y no con el copropietario cuya cuota fue embargada.

Si la norma sobre los bienes muebles quedó ubicada en la disposición que gobierna los embargos, es porque respecto de ellos, por regla, tal cautela se consuma mediante el secuestro (CGP, art. 593, num. 3).

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

RECURSOS ORDINARIOS

1. Cómo se materializa la adecuación de recursos si proceden varios de ellos?

Respuesta: La hipótesis que plantea la pregunta no es usual, pero puede presentarse. Veamos un caso: el juez profiere un auto que es susceptible de reposición y apelación, pero el desinformado litigante interpone súplica. ¿Cuál de ellos debe tramitarse?

En ese singular evento no puede el juez tomar una decisión que le corresponde a la parte, porque todo recurso está gobernado por el principio dispositivo. Debe, pues, el juzgador requerir al interesado

para que haga la precisión, en defecto de la cual tendrá que optar por aquel medio de impugnación que le brinde mayores garantías al recurrente, el cual, en nuestra opinión, es el de apelación, como que materializa el derecho a la doble instancia.

2. La adecuación del recurso prevista en el CGP se aplica solo a la reposición, a todos los recursos ordinarios, o también a los extraordinarios?

Respuesta: Parece obvio que el párrafo del artículo 318 del CGP quedó mal ubicado, porque no puede referirse exclusivamente a la reposición –que es el recurso gobernado por esa norma-, en la medida en que el mandamiento que allí se hace se tornaría inviable.

En efecto, adviértase que su presupuesto es la proposición de un medio de impugnación inviable frente a una providencia que, en todo caso, admite otro recurso. Con otras palabras, el artículo tiene como punto de partida un recurso que procede y otro que no procede. Más aún, la norma ni siquiera se concretó a los autos (que son los pasibles de reposición), puesto que hizo alusión general a las providencias judiciales.

La hipótesis que se tuvo en mente, por un antecedente jurisprudencial, fue la de los recursos de reposición y de súplica, necesariamente interpuestos contra autos emitidos por jueces colegiados. Por ejemplo, la inadmisión del recurso de apelación es susceptible del recurso de

súplica, pero no de reposición (CGP, arts. 318 y 331); por consiguiente, al amparo de la regla trazada por el mencionado párrafo, si el interesado plantea este último, el Magistrado sustanciador debe remitir el expediente a la Sala Dual, para que le dé el trámite del primero.

Pero la norma no se refirió a los autos, ni hizo mención a la súplica; su texto, si se quiere, es amplio y genérico; al legislador sólo le importó que el recurso hubiere sido promovido a tiempo.

Así las cosas, creemos que la regla se aplica a todos los recursos que se interpongan ante el juez que profirió la decisión cuestionada, porque el intérprete debe preferir la interpretación incluyente a la excluyente, la benévola a la odiosa. Al fin y al cabo, para el legislador lo verdaderamente importante es que la interposición del recurso, como manifestación del descontento de la parte con la decisión judicial, sea canalizada por las vías procesales respectivas, más allá del error en el que hubiere incurrido el impugnante al manejar la nomenclatura del recurso. Expresado con otros términos, lo medular es impugnar, no el nombre que se le dé a la impugnación; por eso no cabe sacrificar la protesta por cuenta de la denominación que se le dé. Y no es la primera vez que la ley lo hace, ni el único evento en que obra de esa manera, pues un tratamiento similar se detecta en lo tocante al trámite (CGP, art. 90).

3. Si se concede el recurso de apelación contra un auto, pero el juzgador de segunda instancia lo inadmite por improcedente, debe el juez de primer grado darle el trámite de reposición?

Respuesta: Si, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 318 del CGP, cuya aplicación tiene los siguientes presupuestos: a) que se hubiere interpuesto un recurso por una parte legitimada; b) que la providencia impugnada, sea auto o sentencia, no sea susceptible del recurso planteado; c) que la decisión admita un determinado recurso; d) que éste haya sido planteado oportunamente.

Por consiguiente, cumplidas esas exigencias, el juez debe encauzar la impugnación “por las reglas del recurso que resultare procedente”, de suerte que si, por ejemplo, el demandado recurre directamente en apelación el auto que decreta una prueba pedida por el demandante, el juez deberá darle trámite de reposición y pronunciarse sobre él, amén de negar el recurso de alzada.

4. En qué momento debe interponerse el recurso de apelación contra una sentencia, cuando se solicita su aclaración?

Respuesta: Depende: Si la sentencia se profirió oralmente, el recurso de apelación debe interponerse en la misma audiencia, inmediatamente después de resuelta la solicitud de aclaración. Al fin y al cabo, tratándose de providencias emitidas en audiencia, la regla

general es que tienen que impugnarse justo después de pronunciadas, como lo establece el numeral 1º del artículo 322 del CGP. Pero si la sentencia se expidió por escrito, la apelación deberá plantearse en el acto de la notificación personal del auto que definió la aclaración, o dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado. Desde luego que, en ambos casos, nada obsta para que el interesado plantee simultáneamente la apelación y el requerimiento de aclaración, dentro de las oportunidades referidas en esa norma.

Aunque los dos (2) incisos del numeral 1º del artículo 322 del CGP no precisan el evento de la solicitud de aclaración, esta norma no se puede interpretar insularmente, como ninguna, por cuanto el inciso final del artículo 285 de esa codificación expresamente establece que “La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” Y si a ello se agrega que “cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, sólo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud” (CGP, art. 302, inc. 2), resulta incontestable que el legislador, expresamente, autorizó la apelación de la providencia de cuya aclaración se trata, dentro del plazo de firmeza del auto que resuelve la duda del interesado.

Con otras palabras, si en los casos en que se pide la aclaración de una providencia, su ejecutoria queda supeditada a que se resuelva dicha petición (mientras tanto no corre el término), y si la oportunidad para apelar está en función de esa ejecutoria, se impone colegir que

dicho medio de impugnación puede plantearse tras definirse el asunto de la aclaración.

Apelación:

1. Cuáles son los parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar la apelabilidad de un auto en el CGP.

Respuesta: Al igual que en el Código de Procedimiento Civil, en el General del Proceso el recurso de apelación está gobernado por el principio de taxatividad, por lo que sólo serán apelables aquellos autos a los que el legislador les confirió expresamente la posibilidad de ser revisados por el superior funcional del juez que los profirió. Así se desprende del inciso 2º del artículo 321 de esta última codificación.

Lo novedoso en el Código fue el propósito de reunir en una sola norma todos los autos susceptibles de apelación, sin que esa finalidad hubiere sido lograda, porque aún subsisten –especialmente en asuntos de familia- artículos en los que de manera especial y expresa se le concedió apelabilidad a un auto determinado (véanse, p. ej., los procesos de sucesión).

Por tanto, para establecer si un auto es o no apelable, el juez debe revisar tanto la norma especial que prevé la decisión (CGP, art. 321, inc. 2º, num. 10), como la regla general sobre apelaciones. Puede que allá se regule y que acá no, o viceversa. Pero lo importante es no dejar

de advertir el referido propósito legislativo.

2. En qué momento debe sustentarse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia?

Respuesta: Durante la audiencia de “sustentación y fallo” regulada en el inciso 2º del artículo 327 del CGP, como se desprende de la propia denominación de la vista pública (“*sustentación y fallo*”), y del contenido de la misma, porque el legislador previó que en ella, tras la práctica de las pruebas –si es que fueron decretadas-, “*se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia...*” (se resalta; CGP, art. 327, inc. 2).

Más aún, para que no quedara duda, el código precisó, de una parte, que las alegaciones del apelante, esto es, su sustentación, debían limitarse a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia (CGP, art. 327, inciso final), y de la otra, que el proceso es nulo “Cuando la sentencia se profiera *por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación*” (se resalta; CGP, art. 133, num. 7). De allí que si la sustentación fue escuchada por un juez diferente, tiene que convocarse a una nueva audiencia “con el sólo fin de repetir la oportunidad para alegar”, y oídas “las alegaciones, se dictará sentencia...” (CGP, art. 107, num. 1, inc. 5º).

Algunos pocos han considerado que unos adecuados reparos

expuestos oralmente o por escrito ante el juez de primer grado, hacen las veces de sustentación. Sin embargo, esta postura contradice abiertamente los principios y las reglas que informan el Código General del Proceso. Veamos las razones:

a. La primera, porque el principio de inmediación informa que el juez debe practicar personalmente las pruebas y las actuaciones judiciales que le correspondan, salvo los casos de comisión (CGP, art. 6). Nada de que otro servidor judicial haga el trabajo que le corresponde a aquel, menos aún si no está prevista delegación con el propósito de recibir la sustentación del fallo.

b. La segunda, porque el Código General implementó procesos orales y por audiencias, razón por la cual “las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias”, salvo expresa autorización para realizarlas por escrito (CGP, art. 3). Por tanto, si el legislador previó una audiencia de *sustentación* para que en ella, so pena de nulidad, se escucharan las alegaciones de las partes por el juez que debe resolver la apelación, no es posible sostener que un acto diferente como son los reparos concretos contra el fallo apelado, hagan las veces de sustentación.

c. La tercera, porque el recurso de apelación fue regulado por el Código General bajo el concepto de pretensión impugnatoria, por lo que no es posible confundir la formulación de la súplica del apelante, con la justificación de la misma.

Por tanto, una cosa es apelar y anunciar los puntos de inconformidad con el fallo, y otra diferente desarrollar esos reparos, que es en lo que consiste la sustentación. Aquellos son actos que pueden plantearse en forma oral o escrita, dependiendo de si la sentencia se profirió en audiencia o por fuera de ella; esta, por el contrario, *siempre* debe hacerse en forma oral y pública, ante el juez de segunda instancia. La pretensión no exige inmediación con el juzgador que debe resolver el recurso; la sustentación, en cambio, sí la demanda como requisito inexcusable.

d. La cuarta, porque el legislador distinguió claramente entre reparos al fallo y sustentación del recurso. Los reparos se deben plantear de manera concreta y breve ante el juez que emitió la decisión apelada; la sustentación es un acto procesal que se verifica ante el juez de segundo grado. Si los reparos no son expuestos, “el juez de primera instancia” declarará desierto el recurso; si la sustentación no se hace, la deserción será pronunciada por “el juez de segunda instancia” (CGP, art. 322, num. 3º, incs. 2 y 4).

Más aún, tan clara es la distinción entre los dos conceptos, que en esa misma disposición se acotó que el apelante debía formular los reparos concretos que le hace a la sentencia, “**sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior**” (se resalta y subraya). Permítaseme la reiteración: “la sustentación que hará ante el

superior”, por lo que no es posible sostener que la sustentación puede hacerse ante el juez que profirió la decisión. ¿Y por qué no? Pues porque no habría inmediación y sobraría la audiencia de sustentación y fallo.

e. La quinta, porque si los reparos, por muy desarrollados que estén, hicieran las veces de la sustentación, sobraría la distinción que hizo el artículo 324 del CGP, al señalar que, tratándose de apelación de autos, el expediente debía ser remitido “una vez surtido el traslado del escrito de sustentación”, pero si la apelada fue una sentencia, el envío deberá hacerse “una vez presentado el escrito al que se refiere el numeral 3º del artículo 322.” ¿Por qué no se le llamó sustentación, al igual que en el caso de los autos? Sencillamente porque no es sustentación; son meros reparos; es tan sólo la segunda parte de la pretensión impugnativa.

f. La sexta, porque tal suerte de interpretación resquebraja el derecho de defensa de la parte que no apeló, como quiera que del escrito de reparos no se le corre traslado; por ende, en qué momento se puede pronunciar sobre él?

Se dirá que en el curso de la audiencia; pero, porqué al apelante, según los defensores de la postura que controvertimos, no se le exige ir, y sí se le impone al contrario para que pueda controvertir? ¿Por qué el recurrente puede actuar en forma escrita y su contraparte debe hacerlo en forma oral? Esta postura quebranta la regla de simetría de formas.

Y no se diga que debe dársele prelación al derecho sustancial y dejar a un lado el exceso ritual, porque ni lo uno ni lo otro aplica en este caso; ni el tema es de orden material, ni se trata de un culto a la liturgia. No se olvide que el debido proceso es un *derecho humano*, y que las reglas a las que hemos hecho referencia no son caprichosas ni antojadizas, sino que responden a unos principios definidos en la Constitución y la ley estatutaria de la administración de justicia. La oralidad, la inmediación, la concentración, la publicidad y la doble instancia imponen el acatamiento a ciertos parámetros que no pueden ser desdibujados por el intérprete, sin desconocer, ello es medular, reglas que son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Luego es claro que la sustentación del recurso de apelación debe hacerse ante el juez de segunda instancia, en audiencia oral y pública, diseñada por el legislador con ese propósito; de no asistir el apelante, su impugnación quedará desierta.

3. En qué momento debe concederse el recurso de apelación interpuesto contra un auto?

Respuesta: Si se emitió en el curso de audiencia, al finalizar la actuación que corresponde a la misma y, por ende, justo antes de su finalización. No importa si el recurso fue o no sustentado, el juez, en ese momento, debe pronunciarse sobre si lo concede o no (CGP, art. 322, num. 1).

En el caso de autos expedidos por fuera de audiencia, como su interposición y sustentación deben hacerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación (CGP, art. 322, nums. 1º, inc. 2, y 3º, inc. 1), la decisión de conceder o no el recurso presupone el cumplimiento tempestivo de esas dos exigencias. En esta hipótesis, la deserción sólo puede darse si el apelante no paga las copias a las que se refiere el artículo 324 del CGP; por el contrario, cuando el auto apelado se emitió en audiencia, la deserción puede tener origen en la desatención de esa carga procesal, o en la de sustentar (CGP, art. 322, num. 3, inc. 4).

4. En qué momento debe concederse el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia?

Respuesta: Depende. Si se profirió en audiencia, justo antes de finalizar la vista pública (la inicial o la de instrucción y juzgamiento), “así no hayan sido sustentados los recursos” (CGP, art. 322, num. 1), o planteado los reparos concretos que se le hacen al fallo, como quiera que estos pueden esgrimirse en la audiencia o dentro de los tres días siguientes a su finalización (CGP, art. 322, num. 3º, inc. 2). Con otras palabras, frente a providencias emitidas en audiencia, es suficiente que el interesado manifieste que apela; al terminar la vista, el juez resolverá sobre su procedencia.

Respecto de sentencias proferidas por escrito, el parámetro es similar al previsto para los autos, puesto que el apelante, además de

interponer el recurso dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo, por anotación en el estado, debe expresar –en el mismo plazo- los reparos concretos a la decisión (no la sustentación, “que hará ante el superior”), en defecto de los cuales no podrá concederse el recurso, por incumplimiento de una carga procesal.

5. En qué momento se deben precisar los reparos contra la sentencia apelada?

Respuesta: Lo dice con claridad el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP: “al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia...”

Por consiguiente, si la sentencia fue oral, al perdidoso le basta apelar; suyo es el derecho de expresar los reparos oralmente, en la misma audiencia, o por escrito, dentro de los tres días que siguen a la finalización de la vista pública. Nada de obligarlo a lo uno o a lo otro, pues es derecho de parte. Y si el fallo se dictó por escrito, los reparos tienen que esgrimirse necesariamente dentro del plazo de ejecutoria. Así de simple.

6.Cuál es la competencia de los jueces de primera y de segunda instancia para calificar el cumplimiento de la carga de expresar los reparos contra la sentencia apelada?

Respuesta: Bajo el Código General del Proceso, es el juez de primera instancia el llamado a verificar si el apelante de un fallo cumplió con la carga procesal de precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión. De no atenderla, la apelación quedará desierta; pero si la cumplió, será necesario conceder el recurso.

En el caso del juez de segundo grado, establece el inciso 4º del artículo 325 del CGP que “si no se cumplen los requisitos para la concesión del recurso, este será declarado inadmisibile...” Por tanto, si la expresión de los reparos contra el fallo constituye una carga que determina la concesión del recurso o su viabilidad (porque si está concedido, se declara desierto), es deber de dicho juzgador inadmitir la apelación si la impugnación carece de reparos, o los reparos no guardan relación con la sentencia. Desde luego que si reparos hay y atañen al pleito, no puede el juez de segunda instancia inmiscuirse en ellos, porque el apelante tiene el derecho de desarrollarlos al sustentar su alzada.

Digámoslo de otro modo: en relación con los reparos, sólo por dos razones puede el juez de segunda instancia inadmitir el recurso: cuando la ausencia es total (el juez de primer grado se equivocó porque pasó por alto esa exigencia), o cuando no existe correspondencia temática, evento que, en últimas, traduce ausencia de reparos, porque si en un proceso de divorcio los reparos que se enarbolan conciernen a una pertenencia, es incontestable que el

escrito no se refiere al proceso.

Lo que no puede hacer el juez de segundo grado es entrar a calificar unos reparos pertinentes. Lo suyo, en su momento, será resolver la apelación.

7. La inspección judicial decretada en el trámite de un recurso de apelación contra una sentencia, debe practicarse antes o durante la audiencia de sustentación y fallo?

Respuesta: Antes de la audiencia de sustentación y fallo, porque esa es la regla trazada en el inciso 2º del numeral 10 del artículo 372 del CGP, relativa a la audiencia inicial, aplicable por analogía a todos los casos en los que debe llevarse a cabo una inspección judicial (CGP, art. 12)

8. Puede proferirse una sentencia anticipada parcial en segunda instancia?

Respuesta: No, porque si se miran bien las cosas, más que resolver el litigio, lo que le compete hacer al juez de segundo grado es pronunciarse sobre la apelación.

En efecto, aunque el artículo 278 del CGP no circunscribió explícitamente las hipótesis de fallo anticipado a la primera instancia – si bien se refirió al “juez”-, es claro que los eventos que dan lugar a

esa sentencia presuponen que el conflicto jurídico no ha sido resuelto, o lo que es igual, que no ha mediado decisión, por manera que si ésta ya se profirió, aunque no esté en firme por gracia de la apelación, lo cierto es que la controversia ya mereció pronunciamiento judicial.

A ello se agrega que el juez de segunda instancia sólo puede emitir su fallo si el recurrente sustenta la apelación en una audiencia en la que, a renglón seguido, se proferirá la sentencia que resuelva esa impugnación. Por tanto, la posibilidad de una decisión anticipada –así sea como elucubración teórica- cae en el vacío, porque si el apelante no acude a la vista pública a exponer oralmente sus alegatos, el recurso quedará desierto, y si va, ni modo de precipitar un pronunciamiento que necesariamente debe ser posterior a la sustentación.

9. Si en un proceso de familia se dicta sentencia anticipada sobre la pretensión principal (divorcio, filiación, etc.), es apelable la sentencia posterior que se dicte sobre alimentos, custodia y visitas?

Respuesta: Por supuesto que sí, toda vez que la sentencia anticipada no altera el conocimiento del juez en primera instancia.

No se olvide que los numerales 1º y 2º del artículo 22 del CGP, entre otros, le asignan a los jueces de familia la competencia para conocer, como juzgadores de primer grado, de los asuntos concernientes al

divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, investigación e impugnación de la paternidad y maternidad, en el marco de los cuales, ello es medular, la ley autoriza la discusión de pretensiones consecuenciales relativas a los alimentos, la custodia de niños, niñas y adolescentes y las visitas, que si bien, insularmente considerados, son pleitos de única instancia, al acumularse a una súplica que se tramita en primera instancia, adquieren el derecho a recibir la misma consideración que la pretensión principal, así ésta pueda recibir un fallo anticipado.

10. Si en el trámite de un recurso de apelación contra una sentencia sobreviene el cambio de juez (o Magistrados), después de sustentada la impugnación, y el nuevo juzgador convoca a una audiencia especial con el fin de repetir la oportunidad para alegar, conforme lo establece el artículo 107 del CGP, la inasistencia del recurrente provoca la deserción del recurso?

Respuesta: Rara es la hipótesis que plantea la pregunta, porque la regla general es que el juez de segundo grado debe proferir su decisión inmediatamente después de concluidos los alegatos de las partes (CGP, art. 327, inc. 2). ¿A qué horas, entonces, pudo darse un cambio de juzgador? Con todo, la posibilidad de anunciar el sentido de fallo para luego emitir la decisión por fuera de audiencia, impone brindar una solución.

Pues bien, si el recurso de apelación ya fue sustentado, resulta

incontestable que un hecho ajeno al apelante no puede dar al traste con su derecho a que se resuelva su impugnación. ¿Qué culpa tiene él de la inobservancia de la ley? ¿Qué culpa del cambio de juez?

Por consiguiente, la convocatoria a una nueva audiencia, conforme a lo previsto en el inciso final del numeral 1º del artículo 107 del CGP, tiene como finalidad “repetir la oportunidad para alegar”, lo que se traduce en un verdadero derecho del apelante, quien puede hacer uso de él o abstenerse de hacerlo; al fin y al cabo, la sustentación ya se hizo y esa puntual actuación no fue afectada por algún vicio de nulidad. Se trata, simplemente, de permitirle al apelante que se dirija al nuevo juez, para respetar el principio de inmediación. Pero como ya desarrolló los reparos a la sentencia, suyo es el derecho a dirigirse oralmente al nuevo juez.

Luego es equivocado declarar la deserción del recurso de apelación ya sustentado, con el pretexto de la inasistencia del recurrente a la nueva audiencia convocada por el nuevo juez, en cumplimiento al mandato del numeral 1º del artículo 107 del CGP.

11. En apelaciones de autos que sólo decide el Magistrado Sustanciador, si se decreta una prueba de oficio deben acudir todos los Magistrados?

Respuesta: No, porque en esos casos el juez de la apelación es singular y no plural o colegiado.

Expresado con otros términos, el deber que tienen los magistrados de asistir a las audiencias, según lo dispuesto en los artículos 36 y 107 del CGP, tiene como presupuesto que todos ellos “conozcan del proceso”, por lo que necesariamente debe existir un “ponente”. Pero si la apelación del auto es asunto del magistrado sustanciador (CGP, art. 35), como sólo él conoce del pleito, únicamente él debe asistir a la práctica de las pruebas que decretó de oficio.

Ahora bien, si por efecto de la apelación concentrada se conjuntaron apelaciones de auto y de sentencia, como el juez de segunda instancia debe resolver sobre todas ellas al pronunciarse sobre la alzada contra el fallo, si fuere posible (CGP, art. 323, inc. 7), en esta singular hipótesis sí será necesaria la concurrencia de todos los magistrados, porque la audiencia será de pruebas, sustentación y fallo (CGP, art. 327, inc. 2).

12. Cuando se apela el auto que declara fundada una objeción al trabajo de partición y el juzgador de segunda instancia lo revoca, debe hacerlo mediante sentencia escrita, o debe convocar previamente a una audiencia de sustentación y fallo?

Respuesta: Para responder este cuestionamiento es preciso recordar que *el trámite de un recurso está en función de la clase de providencia apelada*: Uno, por tanto, es el procedimiento cuando se apela un auto (CGP, art. 326), y otra la tramitación si lo apelado es

una sentencia (CGP, art. 327).

Quiere ello decir que no interesa cuál es la providencia que emitirá el juez de segunda instancia, sino, se insiste, cuál es la providencia apelada. Si así no fuera, la validez del trámite quedaría en entredicho por gracia del mismo pronunciamiento de aquel.

Por tanto, como el incidente de objeción al trabajo de partición se resuelve por auto cuando el juez encuentra fundada alguna de los cuestionamientos que se le formularon, la apelación que se formule contra esa providencia debe recibir el trámite previsto en el artículo 326 del CGP, lo que quiere decir que el recurso llega ante el superior sustentado y con alegato de la contraparte. El Juzgador, por tanto, debe resolver “de plano y por escrito el recurso”, como lo manda esa disposición, sin importar cuál sea la providencia que emitirá: auto o sentencia, esta última en Sala, cuando corresponda al Tribunal.

13. El recurso de apelación contra un auto debe sustentarse aun cuando se interponga de manera subsidiaria al de reposición?

Respuesta: Cuando se interponen simultáneamente los recursos de reposición y apelación, aquel como principal y éste como subsidiario, los fundamentos expuestos por el recurrente para solicitar que se revoque o modifique el auto respectivo, constituyen sustentación de ambos medios de impugnación.

Así se desprende del numeral 3º del artículo 322 del CGP, en el que se precisa que, “resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, *si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su apelación*, dentro del plazo señalado en este numeral”, es decir, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que resolvió la reposición.

Una conclusión contraria sería un exceso ritual manifiesto, por cuanto el recurrente ya expresó los motivos de su inconformidad. La nueva oportunidad es para “agregar” otros, si lo juzga útil, específicamente con miramiento en las razones que expuso el juzgador para mantener su decisión. Fue por esto que se abrió paso a dicha posibilidad.

14. Cuando se interpone un recurso de apelación contra un auto emitido por fuera de audiencia, la sustentación debe hacerse con posterioridad a la providencia que lo concede?

Respuesta: No. Según el numeral 3º del artículo 322 del CGP, el apelante debe sustentar la apelación que interpuso contra el auto, “dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición”, que es la misma oportunidad para interponerlo (CGP, art. 322, num. 1, inc. 2). Luego en esta hipótesis la sustentación es presupuesto de la concesión.

Sólo en el caso de autos emitidos en audiencia, la concesión del recurso de apelación se hace al finalizar aquella, aunque no haya sido sustentado (CGP, art. 322, num. 1).

En rigor, tratándose de autos proferidos por fuera de audiencia, el juez de primera instancia debe pronunciarse sobre la concesión del recurso después de interpuesto, sustentado y verificado el traslado a la parte contraria, no sólo porque los dos primeros pasos se surten simultáneamente dentro del término de ejecutoria de la providencia cuestionada, sino también porque el último tiene lugar por secretaria, en los términos del artículo 108 del CGP, sin necesidad de auto que lo ordene e inmediatamente después de presentada la sustentación (CGP, art. 326).

Se dirá que si la apelación se planteó en forma subsidiaria de una reposición, las cosas deben ser diferentes porque el apelante puede agregar nuevos argumentos a su impugnación dentro del término de ejecutoria del auto que resolvió el recurso horizontal. Empero, se trata de una postura equivocada por cuanto los argumentos de la reposición son al mismo tiempo sustentación del recurso de alzada; por eso ésta se concede, si fuere el caso, en el mismo auto que se pronuncia sobre la reposición, y por eso mismo la norma se refirió a la posibilidad de “*agregar nuevos argumentos*” (se resalta; CGP, art. 322, num. 3), sin que el hecho de no aprovechar esta oportunidad de lugar a la deserción, porque, se insiste, la sustentación ya se hizo.

15. Es apelable el auto que resuelve sobre una excepción previa?

Respuesta: Sí, porque debe acudirse al régimen general de apelaciones, en el que se previó que es apelable el auto “que rechace de plano un incidente *y el que lo resuelva*” (se resalta), siendo claro que la proposición de esa tipología de excepciones da lugar a un arquetípico incidente, como se desprende de los numerales 1º y 2º del inciso 3º del artículo 101 del CGP. Que requiera o no de practica de pruebas no quita ni pone ley, porque todo incidente maneja esa contingencia (CGP, art. 129, inc. 3). Y que en ciertos casos se defina en audiencia y en otros por fuera de ella, es asunto indiferente porque también es un rasgo de esas tramitaciones.

Es útil señalar que si los artículos 100 a 102 del CGP no previeron expresamente la apelabilidad de los autos que resuelven excepciones previas, fue para atender un propósito deliberado en la construcción del código, como fue la de conjuntar –en lo posible- en una sola disposición todas las providencias susceptibles de apelación.

Por lo demás, como ya el código no distingue entre incidentes y trámites incidentales, no es posible fijar la atención en esa utilería procedimental para ensayar una postura que desconozca el texto del artículo 321 del CGP.

16. Es apelable el auto que niega una prueba extraprocesal?

Respuesta: Sí, no sólo porque lo prevé el numeral 3º del artículo 321 del CGP, que no distingue entre tipologías de pruebas (pedidas antes o durante el proceso), sino también porque los jueces civiles municipales y de circuito conocen de esos asuntos “en primera instancia” (CGP, arts. 18, num. 7, y 20, num. 10)

17. Si se decretan pruebas en segunda instancia, de oficio o a solicitud de parte, pero el apelante del fallo no va a la audiencia, puede el juez o Tribunal practicarlas?

Respuesta: Dos normas debemos traer a colación para responder este interrogante: la primera es el inciso 2º del artículo 327 del CGP, en el que se establece que una vez en firme el auto que admite la apelación de la sentencia, el juez debe convocar a la audiencia de sustentación y fallo; y “si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia...”; la segunda es el inciso 4º, parte final, del numeral 3º del artículo 322, conforme al cual “El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.”

Quiere ello decir que la deserción del recurso, en estrictez, no se da por faltar el apelante a la audiencia, sino por abstenerse de sustentar la impugnación. Por consiguiente, si el juez de segundo grado decretó

pruebas y el apelante, al comenzar la vista pública, no concurre, debe aquel practicar los medios probatorios que sean posibles (p. ej.: recaudo de testimonios), porque una es la fase probatoria en el trámite de la apelación y otra la fase de alegaciones o sustentación; que ambas se verifiquen en la misma audiencia, no significa que se puedan entremezclar o que pierdan su individualidad.

Desde luego que si para el momento en el que el juez clausura ese singular debate probatorio, el recurrente no ha comparecido a la audiencia, como ya despunta la etapa de alegaciones es exigible, entonces, la sustentación. En ese instante, la ausencia de aquel provocará la deserción del recurso, por no haber desarrollado y expuesto oralmente los motivos de su inconformidad.

Se dirá que en esa hipótesis la práctica de pruebas es un derroche de actividad judicial; pero este miramiento olvida que en materia de recursos rige el principio dispositivo, por lo que el recurrente tiene libertad de decidir si continúa o no con su impugnación, siendo claro que una de sus opciones es provocar la deserción de aquellos. ¡De cuando acá tanto deseo de protagonismo por el juez, que aspira a apropiarse del recurso de la parte!

18. En qué momento debe interponerse el recurso de apelación, cuando se anuncia el sentido del fallo?

Respuesta: Dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia escrita, porque esta, cuando se anuncia el sentido del fallo, se dicta por fuera de audiencia, lo que significa que el régimen de la apelación queda sujeto a lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 322 del CGP.

Por eso el inciso final del numeral 5º del artículo 373 del CGP remite expresamente a esa disposición, para que no quede duda de que la apelación sólo debe interponerse cuando se completa el acto complejo de la sentencia que ha sido precedida de un anuncio del sentido del fallo.

19. Si el juez profiere una sentencia anticipada parcial que es objeto de apelación en el efecto devolutivo, y luego, al proferir el fallo final, relativo a la parte que había quedado pendiente de decisión, el perdedor no la apela, qué suerte corre esa primera apelación?

Respuesta: El recurso primigenio debe continuar su trámite, porque la circunstancia de no impugnarse el último fallo, no implica la deserción de aquel.

Es cierto que el penúltimo inciso del artículo 323 del CGP, dispone que cuando la sentencia no es apelada, el secretario del juzgado debe comunicar esa circunstancia al superior “para que declare desiertos dichos recursos”, específicamente los que estaban pendientes de

decisión. Sin embargo, no lo es menos que esa norma se concreta, aunque no lo diga expresamente, a las apelaciones de autos no resueltas, por cuanto la disposición está diseñada para el evento normal de un fallo judicial proferido tras el agotamiento de la totalidad de las fases propias de un proceso, y no para la hipótesis de sentencias anticipadas, que no son la regla general.

Con otras palabras, como el legislador se ocupó del caso común en el que sólo existe un fallo en la instancia, es apenas obvio que las únicas apelaciones que podrían estar pendientes de pronunciamiento por parte del superior para el momento en el que el juez emite la sentencia, son las que recaen sobre autos; de allí que esta norma coincida con la que traía el Código de Procedimiento Civil.

Por tanto, esa deserción no tiene cabida cuando es otra sentencia la apelada, máxime si se considera, ello es medular, que en ella se definió una porción del conflicto jurídico, en la que el juez de primer grado no se puede inmiscuir. Ni modo que, por rebote, el juzgador termine recovando o modificando su propio fallo.

Veamos un ejemplo: En un proceso de filiación el juez dicta sentencia anticipada declarando la paternidad; el demandado la apela; luego, tras practicar algunas pruebas relativas, por ejemplo, a la conducta del padre y a su capacidad económica, el juez dicta un nuevo fallo en el que regula alimentos y custodia; ninguno de los contendientes apela. ¿Acaso el silencio del demandado traduce que acepta la paternidad?

Desde luego que no; puede que la última decisión le convenga, si es que el Tribunal Superior confirma el fallo anticipado. Cosa distinta es que si lo revoca, esta segunda determinación quedará sin efectos, por sustracción de materia.

20. Qué decisión debe adoptar el juez que conoce del recurso de apelación interpuesto por el arrendatario contra una sentencia proferida en un proceso de restitución de inmueble arrendado, si el día de la audiencia de sustentación y fallo el apelante no se encuentra al día en el pago de los cánones causados para ese momento?

Respuesta: Declarar desierto el recurso, toda vez que el incumplimiento de esa carga procesal da lugar a que el arrendatario apelante no pueda ser escuchado, según lo previsto en el inciso 3º del numeral 4º del artículo 384 del CGP, lo que –en la práctica- le impide sustentar su impugnación, generándose así la consecuencia prevista en el inciso final del numeral 3º del artículo 322 de esa codificación.

En efecto, según la primera de las normas aludidas, “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 de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo”

(se resalta), disposición que, según la Corte Constitucional, se justifica plenamente porque “La presentación de la demanda no tiene por qué modificar las obligaciones que el contrato de arrendamiento crea para las partes: el arrendador sigue obligado a “conceder el goce de una cosa” y a cumplir concretamente las obligaciones a que se refiere el artículo 1982 del Código Civil, y todo lo que de ellas se deriva; y el arrendatario, ‘a pagar por este goce’” (sentencia C-056 de 1996).

Por consiguiente, si la sanción de no escuchar al arrendatario apelante implica que no puede ejercer actos procesales de parte durante la audiencia respectiva, y si en ella el recurrente tiene la carga de sustentar su apelación –“ante el superior”-, conforme a lo prescrito por los artículos 322, numeral 3º y 327, inciso 2º, del CGP, resulta incontestable que el juez, en esa hipótesis, debe darle aplicación al inciso final del numeral aludido, en el que se precisa que “el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentada.”

21. Es posible adherirse al recurso de apelación interpuesto contra un auto?

Respuesta: No. La apelación adhesiva sólo tiene cabida cuando se trata de sentencias impugnadas.

Aunque el parágrafo del artículo 322 del CGP se refiere en su parte inicial a “la providencia apelada”, con lo que pareciera sugerir que el

litigante que no apeló un auto también podría adherirse al recurso, en lo que le fue desfavorable, el mismo texto de la norma precisa, en su parte final, que ese singular evento únicamente tiene cabida tratándose de apelación de sentencias, en la medida en que la oportunidad para adherirse precluye con el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite la apelación del fallo, decisión que no procede en apelación de autos, por cuanto se resuelven de plano (CGP, art. 326).

Súplica

1. Cómo se tramita el recurso de súplica interpuesto contra un auto proferido en audiencia?

Respuesta: Hay que reconocer que nada dijo el legislador sobre el particular, pues su regulación se redujo a la hipótesis de recursos de súplica interpuestos contra autos emitidos por fuera de audiencia (CGP, art. 331). Hubo aquí una omisión; hay aquí un vacío legal.

Pero la solución la ofrece el numeral 12 del CGP, que ordena llenar esos vacíos “con las normas que regulen casos análogos.” ¿Y cuál es ese evento afín o consonante? Pues la reposición, que al igual que la súplica también es recurso horizontal.

Por consiguiente, el recurso de súplica contra un auto proferido por el

magistrado sustanciador en el curso de una audiencia (p. ej.: el que se pronuncia sobre una nulidad), debe interponerse “en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto”, darse traslado de él a la parte contraria y decidirse “en la audiencia” respectiva, como lo prevén los artículos 318, inciso 3º, y 319 del CGP.

2. Si el recurso de apelación contra autos lo debe resolver de plano el juez de segunda instancia, qué autos –en sede de tribunal- serían susceptibles del recurso de súplica, según lo dispuesto en el artículo 331 del CGP?

Respuesta: La pregunta sugiere que existe una contradicción entre los artículos 326 y 331 del CGP, porque si el recurso de apelación contra autos se resuelve de plano y por escrito por el Magistrado sustanciador –salvo que se declare inadmisible, caso en el cual el artículo 331 expresamente prevé la posibilidad de súplica-, no cabe la posibilidad de un auto diferente que eventualmente pueda ser impugnado ante los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión.

Sin embargo, el cuestionamiento pasa por alto que es posible que el Magistrado que conoce de la apelación decrete, por ejemplo, una nulidad, que puede ser censurada por los interesados a través del recurso de súplica. Con otras palabras, sin perder de vista las limitaciones de competencia que tiene el Magistrado en apelaciones de auto –o precisamente por ellas (CGP, art. 328, inc. 3)-, cabe la posibilidad de otras providencias durante su trámite cuya corrección

puede disputarse por vía de súplica.

Esa, entonces, la razón de haberse establecido que este medio de impugnación no es ajeno al trámite del recurso de apelación de autos.

Queja

1. El recurso de queja se tramita ante el juez de primer grado, como la apelación de autos, o ante el superior?

Respuesta: En la nueva regulación del recurso de queja, éste se *interpone* ante el juez de primera instancia, y no ante el de segunda, como lo establecía el Código de Procedimiento Civil. En rigor, aquel juzgador *no lo concede* porque para acudir en queja el recurrente no necesita la venia del juez del que se va a quejar. Por eso, a diferencia de la apelación de autos, el trámite de la queja lo adelanta el superior porque, precisamente, la alzada no ha sido concedida. Lo único que debe hacer el juzgador de primer grado es ordenar la compulsión de copias; lo demás depende del interesado.

De allí que el inciso 3º del artículo 353 del CGP, disponga que tras el envío de las copias al superior (inc. 2º), el escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la contraparte, para que se pronuncie si a bien lo tiene; luego se emitirá la decisión.

2. Si se apelan un auto y una sentencia proferidos en audiencia, ninguno de los cuales se concede por tratarse de asunto de única instancia, de interponerse el recurso de queja sólo contra la decisión que negó la apelación del auto, es viable tramitarlo aunque esté en firme la sentencia?

Respuesta: Si, porque la competencia del juez de primer grado, en esa específica hipótesis, se limita a impulsar el recurso de queja, sin que pueda inmiscuirse en la procedencia del recurso de apelación contra el auto respectivo –que por cierto negó-, dado que la última palabra la tendrá el juez de segunda instancia, al pronunciarse sobre la queja.

Por lo demás, la firmeza de un fallo, en líneas generales, no constituye cortapisa para darle trámite a un recurso de queja; otra cosa será su incidencia en su resolución.

3. Cuando el juez de segundo grado, al resolver el recurso de queja, considera mal denegado un recurso de apelación contra una sentencia oral, ante quién deben formularse los reparos contra el fallo, si no se plantearon en la audiencia misma?

Respuesta: En esa hipótesis, la referida actuación debe adelantarse ante el juez de segunda instancia, toda vez que el legislador dispuso que “Si el superior estima indebida la denegación de la apelación..., la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto

en que corresponda...” (CGP, art. 353, inc. 4).

Por tanto, si el recurso ya está admitido, ni modo de devolverlo al juez de primer grado para que ante él se formulen los reparos concretos al fallo impugnado. Será, entonces, el superior el que otorgue el plazo previsto en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS

1. Cabe el recurso de casación contra sentencias dictadas en acciones populares?

Respuesta: Dos normas del Código General del Proceso deben ser traídas a cuento para resolver esta pregunta: la primera es el artículo 334, cuyo numeral 1º habilita el recurso de casación “en toda clase de procesos declarativos”; la segunda es el artículo 338, en el que se precisa que “se excluye la cuantía del interés para recurrir en casación cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones populares...”

Así las cosas, pareciera que la sentencias dictadas en acciones populares sí son susceptibles del recurso de casación, porque, de una parte, son proferidas en procesos declarativos, y de la otra, existe regulación especial en lo que atañe a la cuantía del interés para acudir ante la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, no se puede perder de vista que en el Informe de Ponencia para primer debate en el Senado de la República (3er debate del proyecto), fue expresado, a propósito de la procedencia del recurso en cuestión, que “En el numeral 2 del artículo se eliminan las acciones populares como susceptibles de recurso de casación, en los términos previstos en la Ley 472 de 1998. En efecto, el artículo 67 de esta ley establece que serán susceptibles de casación las sentencias dictadas en los procesos adelantados en ejercicio de las acciones de grupo, mas no así en las acciones populares.” (Gaceta del Congreso No. 114 de 28 de marzo de 2012). Sin embargo, nada se dijo en torno al artículo 338, cuyo texto superó los restantes debates en el Congreso de la República.

Quiere ello decir que fue propósito del legislador excluir del recurso de casación las sentencias dictadas en acciones populares, lo que explica que en el numeral 2º del artículo 334 del CGP únicamente se haga mención de las acciones de grupo, pese a que una y otra están reguladas en la misma ley (472/98). Desde luego que la mera referencia a aquellas en la norma relativa a la cuantía del interés, no autoriza afirmar que la casación sí tiene cabida, porque el artículo 338 del CGP tiene como presupuesto que el fallo respectivo sea pasible de impugnación extraordinaria, en los términos del artículo 334.

Por consiguiente, pese a que el Consejo de Estado decretó la suspensión parcial del Decreto 1736 de 2012, por el que se pretendió

corregir unos yerros del Código General del Proceso, lo cierto es que por vía de interpretación se deduce fácilmente que las sentencias dictadas en acciones populares no pueden ser impugnadas ante la Corte, sin perjuicio de la casación oficiosa gobernada por el inciso final del artículo 336 del CGP.

2. Para conceder un recurso de casación ya no se puede ordenar dictamen previo en orden a cuantificar el interés?

Respuesta: Según el artículo 339 del CGP, el interés económico del afectado con la sentencia impugnada en casación, debe establecerse, por regla, “con los elementos de juicio que obren en el expediente.” Que el Magistrado Sustanciador acuda, entonces, a los medios probatorios recaudados durante las instancias y, en general, a las actuaciones judiciales de todo orden.

Con todo, como es posible que tales referentes sean precarios o insuficientes, la norma autoriza al recurrente para aportar un dictamen pericial, siguiendo así la pauta trazada al regular este medio de prueba, conforme a la cual, quien quiera valerse de una peritación debe traerla al proceso.

Por tanto, en orden a cuantificar el interés para recurrir en casación, sí es posible tener en cuenta un dictamen pericial, sólo que debe ser allegado por el interesado. Ni siquiera es necesario decretarlo; basta que lo aporte con el escrito de interposición del recurso.

Desde luego que si el Magistrado considera que no existen suficientes elementos de juicio para fijar la cuantía del interés, puede ordenar una peritación que, en todo caso, debe allegar el recurrente dentro de la oportunidad que se le fije para hacerlo, so pena de no concederle el recurso porque no se habría demostrado el referido interés. Otro es el caso del amparado por pobre, evento en el cual sí es posible decretar un dictamen de oficio.

3. Si la Corte casa una sentencia y decreta una prueba de oficio, debe hacer audiencia de alegaciones y fallo como juez de segunda instancia, o puede dictar sentencia por escrito? Si es lo último, en qué queda la nulidad cuando uno es el juez de las alegaciones y otro el del fallo?

Respuesta: Cuando la Corte Suprema de Justicia casa una sentencia, queda situada como tribunal de segunda instancia y debe, por tanto, proferir el fallo de reemplazo (CGP, art. 349, incs. 2 y 3), por lo que ese acto judicial, si se miran bien las cosas, es un acto complejo en la medida en que en una misma sentencia la Corte cumple los dos roles: funge como juez de casación y como juez de apelaciones. No existe, en esa hipótesis, forma de exigir que se aplique el principio de inmediación, no solo porque se trata de un único fallo, con dos decisiones en sedes diferentes, sino también porque fue voluntad del legislador que la casación fuese un recurso de trámite escrito, en el que la actuación oral y por audiencias quedara al prudente arbitrio de la Sala.

Empero, las cosas son de otro modo cuando la Corte casa la sentencia y decide decretar una prueba de oficio, porque en este otro evento habrá necesariamente dos sentencias: la de casación y la de instancia. Más aún, como la Corte se sitúa como tribunal de apelaciones, al decretar la prueba de oficio tendrá que darle aplicación al penúltimo inciso del artículo 327 del CGP, en el que se establece que “Si decreta pruebas, éstas se practicarán en la misma audiencia [de sustentación y fallo], y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia...”

Y no se puede decir que en esos casos ya existe sustentación, no sólo porque al decretar una prueba de oficio la Corte introduce un nuevo medio probatorio que debe ser objeto de contradicción (incluido el derecho de las partes a expresar su valoración del mismo), sino también porque el juez que resuelve el recurso de apelación debe ser el mismo que escuchó las alegaciones de las partes. De allí que el numeral 7º del artículo 133 del CGP prevea que el proceso será nulo “Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó... la sustentación del recurso de apelación.”

Piénsese, por ejemplo, que la Corte decrete un dictamen pericial. Acaso su contradicción no se hace en audiencia?

La respuesta, entonces, se torna resplandeciente.

4. Que recurso procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de casación? Suplica, como lo establece el artículo 331, o solo reposición, como lo precisa el artículo 342?

Respuesta: Dos normas entran en confrontación: el artículo 331 del CGP, cuyo inciso 2º establece que el recurso de súplica “procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de... casación”, y el artículo 342 del mismo código, en el que se precisa que contra esa providencia “sólo procede el recurso de reposición” (inc. 3º). Incluso, también es pertinente traer a colación el artículo 318, pues en él se dispone que el de reposición es un recurso que tiene cabida “contra los autos del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica...”.

Pues bien, para resolver la pregunta es necesario aceptar que los artículos 331 y 342 del CGP gobiernan una misma situación, de manera diferente: frente a una misma providencia, el uno sólo le abre paso al recurso de súplica y el otro únicamente a la reposición; el problema, en rigor, no es que se prevean dos recursos diferentes, sino que ambas normas proclaman que sólo procede el que cada una dice; cual si fuera poco, el último de ellos constituye una clara excepción a la regla prevista en el artículo 318 del CGP, pues le concede reposición a un auto al que le cabría la súplica.

Tamaña contradicción, que es una típica antinomia, sólo puede resolverse aplicando la ley 57 de 1887, por lo que debe prevalecer la

norma posterior, lo que implica que el auto que resuelve sobre la admisibilidad del recurso de casación sólo admite recurso de reposición.

En todo caso, esperemos el escrutinio de la Corte Suprema de Justicia.

5. Proceden medidas cautelares innominadas en el recurso de revisión, para disponer, por ejemplo, la suspensión del fallo impugnado?

Responder: No. Las únicas medidas cautelares autorizadas en el recurso de revisión son la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles (CGP, art. 360).

Las medidas cautelares discrecionales –innominadas es una expresión que reduce el ámbito de la norma- sólo están habilitadas en los procesos declarativos, como lo precisa el artículo 590 del CGP.

6. Qué decisión debe adoptarse en un recurso de revisión, si ninguna de las partes asiste a la audiencia de pruebas, alegaciones y fallo, y no justifica?

Respuesta: Nada dijo el legislador sobre los efectos de la inasistencia injustificada de las partes a la audiencia prevista en el recurso de revisión. ¿Puede acudirse a la analogía? El problema es que las normas que gobiernan casos parecidos, como el numeral 4º

del artículo 372 del CGP, establecen consecuencias sancionatorias, lo que excluye –de un tajo- ese mecanismo integrador.

Lo que sí nos parece claro es que la audiencia debe ser instalada, aunque no concurran los interesados, porque así lo dispone el inciso 3º del numeral 1º del artículo 107 del CGP. Creemos también que no puede celebrarse, porque en este punto sí cabe hacer analogía con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 372; al fin y al cabo, no se trata de una sanción, sino, por el contrario, de una medida que le abre paso a la justificación de las partes.

Pero si no media justificación, no queda alternativa a convocar nuevamente a la audiencia, sin perder de vista que esa conducta remisa de las partes debe ser valorada por el Tribunal o la Corte, al proferir el respectivo fallo.

7. La admisibilidad del recurso de revisión exige que el recurrente, de manera previa, preste caución?

Respuesta: No. El artículo 358 del CGP no establece ese requisito, que sí preveía el artículo 383 del CPC.

Aunque el artículo 359 del código vigente precisa que “Si se declara infundado el recurso [de revisión], se condenará en costas y perjuicios al recurrente, y para su pago se hará efectiva la caución prestada”, a ello no le sigue que su admisión esté supeditada a la prestación de

una determinada seguridad, porque en el nuevo estatuto procesal esa exigencia desapareció para poderle dar trámite a dicho recurso extraordinario. La referencia a tal garantía obedece a que en la revisión tienen cabida la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de bienes muebles, “en los casos y con los requisitos previstos en el proceso declarativo” (CGP, art. 360), por lo que el decreto de esas cautelas exige, ahí sí, que el demandante preste “caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, *para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica*” (se resalta; CGP, art. 59, num. 2).

Por eso, entonces, el artículo 359 del CGP menciona una “caución”, que no es otra que la relativa a las cautelas, si es que son pedidas y decretadas.

MINISTERIO PÚBLICO

1. Es obligatorio citar al Ministerio Público en los procesos de pertenencia sobre predios agrarios?

Respuesta: No, porque la norma que lo disponía, que era el artículo 30 del Decreto 2303 de 1989, fue derogada por el Código General del Proceso, como aparece en el literal c) de su artículo 626.

La verdad sea dicha, se trataba de una norma que le concedía una prerrogativa injustificada a la Procuraduría General de la Nación, no sólo porque ella puede intervenir en cualquier proceso (C. Pol. art. 277, num. 7), sino también porque esa convocatoria daba lugar a la suspensión del juicio, en desmedro de la celeridad que reclama la solución de un litigio relativo a cuestiones agrarias. Fueron muchos los procesos afectados con nulidades por cuenta de esa citación y suspensión, que es necesario advertirlo, generalmente no provocaba ninguna participación de algún agente del ministerio público, cuya notificación se había constituido en un asunto meramente formal.

2. Es obligatorio citar al ministerio público en todos los procesos de familia?

Respuesta: No en todos; únicamente en aquellos en los que expresamente lo ordene la ley.

Recordemos que según el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política, le corresponde al Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”, como lo reiteró –con más amplitud- el numeral 1º del artículo 46 del CGP, sin que los asuntos de familia hubiesen sido incluidos dentro de

aquellos en los que su participación es obligatoria (CGP, art. 46, num. 4).

Por tanto, el ministerio público debe ser citado a los procesos de familia cuando así lo prevea la ley, específicamente en aquellos casos que involucren a niños, niñas y adolescentes, según lo establecido en la ley 1098 del 2006 y en disposiciones especiales como los artículos 387 (nulidad de matrimonio civil) y 388 (divorcio) del CGP, lo mismo que en ciertos procesos de jurisdicción voluntaria como trámites de licencias, designación de guardadores, consejeros y administradores, declaración de ausencia y de muerte presunta, interdicciones, autorizaciones en caso de adopción y levantamiento de patrimonio de familia inembargable, entre otros (CGP, arts. 577 y 579).

NOTIFICACIONES

1. Qué forma debe tener el acuse de recibo de la notificación electrónica en el CGP?

Respuesta: Ninguna forma en particular. Basta que la persona que envió el correo electrónico reciba alguna señal o indicación que permita establecer que el destinatario recibió la respectiva comunicación (citación o aviso), según lo dispuesto en el inciso 5º del numeral 3º del artículo 291 y en el inciso final del artículo 292 del CGP.

En este sentido destacamos que el más elemental de los acuses de recibo es la respuesta que en ese sentido le da el destinatario al remitente. Pero tampoco se puede pasar por alto que algunos sistemas de correo electrónico permiten, en la hora actual, verificar si el mensaje fue enviado y recibido, con precisión de la fecha y hora, e incluso si fue abierto (o leído) por el destinatario, lo que será suficiente para atender la exigencia en cuestión, dejando constancia de ello en el expediente.

Por lo demás, no se olvide que según el parágrafo 3º del artículo 103 del CGP, “cuando este código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se *entenderá que también podrán utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos*, siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información”, según reglamentación que debe expedir el Consejo Superior de la Judicatura.

2. Tratándose de notificaciones que deban surtirse en el exterior, el citatorio, el aviso y los anexos deben remitirse traducidos al idioma del país respectivo?

Respuesta: El Código General del Proceso guardó silencio al respecto, sin que pueda descartarse la traducción so pretexto de que, según el artículo 104, en el proceso se debe emplear el idioma castellano, habida cuenta que en estas materias debe privilegiarse la

postura que robustece el derecho de defensa.

Lo cierto es que los tratados internacionales que de una u otra manera se refieren a los asuntos de colaboración judicial entre Estados, exigen que los documentos respectivos se envíen en el idioma del Estado en el que debe surtirse la diligencia, como por ejemplo la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975, junto con su Protocolo adicional, aprobada mediante ley 27 de 1988.

Luego todo citatorio o aviso que se remita a otro Estado con fines de notificación, incluidos sus anexos, debe traducirse al idioma del país respectivo. Que el Código General del Proceso hubiere autorizado la remisión directa de esos documentos a través de empresas de servicio postal –lo que no significa desconocimiento de la jurisdicción del respectivo Estado, sino, simplemente, la implementación de los medios de comunicación y las tecnologías desarrolladas, como es lo usual en el mundo de hoy-, no traduce que se pueda obviar la lengua del país al que se envía el citatorio o el aviso, máxime si la persona a notificar no es colombiano.

3. Cómo debe hacerse la notificación al demandado, cuando la empresa de servicio postal certifica que la persona sí vive o reside en el lugar, pero se negó a recibir la respectiva comunicación?

Respuesta: Lo precisa el inciso 2º del numeral 4º del artículo 291 del CGP, aplicable tanto al citatorio como al aviso (art. 292, inc. 4, parte final), al señalar que “Cuando en el lugar de destino rehusaren recibir la comunicación, la empresa de servicio postal la dejará en el lugar y emitirá constancia de ello”, por lo que, “para todos los efectos legales, la comunicación se entenderá entregada.”

Quiere ello decir que no hay espacio para actuaciones dilatorias por parte de demandados que utilizan el expediente de abstenerse de recibir correspondencia, para evitar ser notificados de providencias judiciales. Será suficiente, entonces, que el empleado de la empresa de servicio postal la deje en el sitio respectivo, y expida una constancia en la que informe de esa renuencia. Allá verá el remiso.

Por supuesto que si la empresa devuelve la comunicación, ninguna consecuencia podrá deducirse. En este evento, el juez debe requerirla para que obre de conformidad con lo establecido en la referida disposición.

NULIDADES PROCESALES

1. La nulidad porque el juez de la sentencia no fue el juez de los alegatos, se aplica sólo a los procesos que tienen prevista audiencia o también a los procesos escritos, como las acciones populares y de grupo?

Respuesta: Únicamente a los procesos orales y por audiencias. Por eso el numeral 7º del artículo 133 del CGP se refiere a un “juez distinto del que *escuchó* los alegatos de conclusión”; esa misma la razón para que el artículo 107 del CGP precise que de cambiar el juzgador que oyó el discurso final de las partes, se convocará a una nueva audiencia para repetir la oportunidad para alegar, lo que obviamente sólo puede suceder si esa fase del proceso se verifica en audiencia oral y pública.

Pero además, recordemos que al Código General del Proceso le sobrevivieron –desafortunadamente- ciertas, aunque pocas, leyes especiales con trámites también específicos, como ocurrió con la ley 472 de 1998, relativa a las acciones populares y de grupo, por lo que aquel debe ceder ante los mandatos de ésta.

2. Qué diferencia existe entre las nulidades de pleno derecho referidas en el CGP y las saneables e insaneables previstas en sus mismas normas?

Respuesta: Para decirlo sin rodeos, en las llamadas nulidades de pleno derecho el acto nulo no nace a la vida jurídica, a diferencia de lo que ocurre con las restantes nulidades, en las que el acto inválido sí produce efectos mientras no se pronuncie la nulidad. Luego una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa, pues el intérprete no puede desconocer que en aquellas fue el propio legislador el que, *ex ante*, determinó que el acto sería nulo “de pleno derecho”, lo que significa

que en relación con esa invalidez, la ley no le dio espacio al juez para establecer si se configura o no la nulidad.

Por supuesto que las nulidades de pleno derecho pueden requerir, en muchos casos, de un reconocimiento judicial; pero una cosa es que el juez declare una nulidad y provoque los efectos retroactivos, y otra muy distinta que reconozca que el acto acusado es nulo de pleno derecho y, por consiguiente, retire los efectos que hubiere podido producir. Expresado con otros términos, las nulidades, por regla, producen efectos *ex tunc*, mientras que en la nulidad de pleno derecho el acto respectivo ni siquiera nació, por lo que nada se debe retrotraer a su estado original.

Es que si se permitiera la saneabilidad de una nulidad de pleno derecho, la decisión del legislador podría quedar al arbitrio de las partes –o del juez-, cuando fue eso, precisamente, lo que quiso evitar aquel al anteponer su voluntad. Si se me permite otra forma de expresarlo, en las nulidades de pleno derecho es la ley la que, de antemano, proclama que las cosas son así y de esa manera; la autonomía privada queda desplazada en ese específico punto; nadie, entonces, puede ir contra la ley, porque ella –acto de *imperium*– eliminó toda posibilidad de controversia. Por consiguiente, ¿cómo así que una parte o ambas pueden expresar o tácitamente ir contra la voluntad de la ley? ¿Cómo así, además, que los contendientes pueden desconocer una norma imperativa, de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Se reitera, por tanto, que el tema de la saneabilidad de las nulidades es completamente extraño a las que son de pleno derecho. Dos ejemplos:

a. La sociedad de responsabilidad limitada es nula de pleno derecho si se constituye por un número superior a 25 socios; ¿podría alguien afirmar que una de tales sociedades puede existir con 50 o 100 socios, sólo porque nadie protestó el vicio o venció el plazo para hacerlo? La respuesta es obvia.

b. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. Así lo establece el artículo 29 de la Constitución Política. ¿Podría validarse una confesión obtenida mediante tortura, sólo porque el confesante no la alegó en el momento en el que hizo su primera actuación en el proceso? Nuevamente la respuesta “hiere el iris”.

3. La nulidad por llevarse a cabo una audiencia sin la presencia del juez o Magistrados es saneable o insaneable?

Respuesta: La mejor respuesta, por sencilla que parezca, es que esa nulidad se configura “de pleno derecho”, por lo que el tema de la saneabilidad o insaneabilidad, como se explicó al responder la pregunta anterior, no tiene aplicación en la medida en que esa tipología de invalidez implica que la actuación respectiva no produce

efectos jurídicos.

En efecto, la pregunta formulada presupone que todas las nulidades procesales, cualesquiera que ellas sea, o son saneables o son insaneables, dicotomía a la que escapa el régimen de las nulidades de pleno derecho, habida cuenta que, se insiste, no es posible hablar de saneamiento de un acto procesal que no produjo ningún efecto.

4. Si un asunto se tramita por el proceso verbal, no obstante ser verbal sumario, o viceversa, existe nulidad?

Respuesta: No, porque las nulidades procesales son taxativas (CGP, at. 133), y entre ellas no aparece la invalidez por trámite inadecuado, que fue excluida del nuevo ordenamiento procesal.

Desde luego que tramitar un proceso verbal por las reglas del verbal sumario, o viceversa, constituye una irregularidad; pero recordemos que toda nulidad es una anomalía procesal, pero no toda irregularidad fue erigida por el legislador en nulidad o vicio de actividad procesal.

Quiere ello decir que la irregularidad por equivocación de trámite queda saneada si no se alega oportunamente a través de los recursos respectivos (CGO, art. 133, par.), en este caso el de reposición contra el auto admisorio de la demanda, que fue el que dispuso el procedimiento.

Pero sea lo que fuere, no olvidemos que el Código diseñó procesos *dúctiles*, por lo mismo flexibles, lo que se traduce, en la práctica, en que las diferencias de trámite entre el proceso verbal y el verbal sumario son tan tenues (p. ej.: ambos pueden tener una única audiencia), que no se justificaba calificar como nulidad un defecto fácilmente superable por el juez en el momento en el que lo advierta.

PARTES Y TERCEROS

1. Dada la variación que hizo el CGP en el concepto de partes y de terceros, las limitaciones de participación de estos últimos se circunscriben al coadyuvante y el llamamiento ex officio?

Respuesta: Si, máxime si se considera que toda limitación debe interpretarse en forma restrictiva. Veamos un ejemplo:

En el proceso monitorio no se admite la intervención de terceros, según lo establece el parágrafo del artículo 421 del CGP. ¿Cuáles terceros? Pues aquellos que el mismo código califica como tales, específicamente el coadyuvante y el llamado de oficio (CGP, arts. 71 y 72). Expandir la expresión “terceros” a otras hipótesis, como el llamamiento en garantía, no sólo implicaría desconocer que el llamado, bajo el CGP, es parte, sino también ensanchar una excepción a la regla general sobre participación de estos en los procesos judiciales, lo que es contrario a elementales reglas de hermenéutica y a los derechos fundamentales. Al fin y al cabo, toda duda debe

resolverse a favor de estos y no en contra de su materialización.

2. La intervención excluyente es viable en los procesos de pertenencia?

Respuesta: Si, porque esa modalidad de intervención tiene cabida en los procesos declarativos –y la pertenencia lo es-, cuando el interventor pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido (CGP, art. 63).

Nada obsta, entonces, para que al proceso de pertenencia comparezca una persona demandando a las partes primigenias, alegando que es él quien ha adquirido el inmueble por prescripción adquisitiva. Se dirá que el libelista inicial no es titular del derecho real, o por lo menos que no se le ha reconocido como tal, pero no se olvide que en el proceso de pertenencia no sólo pueden –y deben- intervenir aquellos, sino también todos los que se crean con derechos sobre el respectivo bien (CGP, art. 375, num. 6).

3. La intervención excluyente tiene cabida hasta la audiencia inicial. Hasta cuando se convoca o hasta cuando finaliza?

Respuesta: Los hitos que fija la ley para que se surta un acto procesal no siempre tienen un mismo parámetro: la emisión de un auto, o su notificación, o su ejecutoria, o la terminación de una audiencia, etc. Según cada caso, la ley opta por un criterio o por otro,

sin que ello merezca reproche o censura. Otro es el tema de la conveniencia.

En el caso de la intervención excluyente, el artículo 63 del CGP puso como frontera para la intervención excluyente “la audiencia inicial”, a diferencia de lo que señaló, por ejemplo, al regular el momento en el que precluye la oportunidad para acumular una demanda en procesos declarativos: “antes de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial” (CGP, art. 148, num. 3). Aquella norma es, entonces, más garantista, porque el interventor cuenta con más tiempo: “hasta la audiencia”, esto es, hasta que ella finalice, porque mientras esto no suceda, el hito sigue latente. Al fin y al cabo, toda duda debe resolverse en beneficio de los derechos constitucionales fundamentales y de los principios generales del derecho procesal (CGP, art. 11).

4. La intervención excluyente cabe hasta la audiencia inicial. Y si el juez convoca una sola audiencia, como lo permite el parágrafo del artículo 372?

Respuesta: En esa hipótesis, la intervención excluyente procederá hasta el momento en el que se agote el último de los actos procesales que le son propios a la audiencia inicial, esto es, hasta la determinación de los efectos de la fijación del litigio, dado que las pruebas fueron decretadas en el auto que convocó a la audiencia única (CGP, art. 372, num. 7 y par.).

No podía ser de otra manera, si se considera que el hito fijado en la ley fue la audiencia inicial, por lo que la fusión de ésta con la de instrucción y juzgamiento, no autoriza su desconocimiento.

5. Que alcance tiene la ineficacia del llamamiento en garantía, cuando no se notifica al llamado dentro de los seis meses siguientes? Es sustancial y procesal? O solo ésta?

Respuesta: Según el artículo 66 del CGP, “si la notificación [del llamado en garantía] no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, *el llamamiento* será ineficaz” (se resalta). Luego lo que pierde eficacia es la convocatoria admitida por el juez, el acto procesal propiamente dicho, y no el derecho que pretendía hacer el llamante.

Esa ineficacia se traduce en que el llamante malgastó la posibilidad de ejercer su derecho dentro del mismo proceso, sin perjuicio de que pueda hacerlo por fuera de él.

6. Si el llamamiento de oficio se puede hacer en segunda instancia, por qué el llamado sólo puede pedir pruebas hasta antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento?

Respuesta: Son varias las razones que justifican esa limitación: la primera, que la segunda instancia no es, por regla, una sede que sirva para abrir un amplio debate probatorio (CGP, art. 327); la segunda, que la convocatoria al tercero no lo obliga a ser parte en el proceso y a

ejercer sus derechos (CGP, art. 72); la tercera, que, en rigor, el fallo que se profiera no extiende sus efectos de cosa juzgada frente al convocado, precisamente porque no es parte sino tercero; cosa distinta es que pueda resultar perjudicado, pero este efecto, por sí sólo, no autoriza la apertura de un generoso escenario de pruebas cuando el asunto ya ha sido fallado y sólo está pendiente de resolver la apelación; y la cuarta, que los límites a la competencia del superior, impiden su ensanchamiento por cuenta de la eventual participación de quien, en todo caso, es un tercero.

PRINCIPIOS

1. Si el CGP dice que sus normas son de orden público y de obligatorio cumplimiento, qué tipo de formalidades pueden excusarse, según autorización del artículo 11 del mismo estatuto?

Respuesta: Las que se tornen innecesarias, como lo precisa la parte final del artículo 11 del CGP.

En efecto, lo que busca esa disposición es evitar el *exceso ritual manifiesto*, que la forma se cumpla simplemente por el culto a la forma, sin miramiento a su utilidad. Por eso la regla establecida en esa disposición no se opone al carácter de orden público de las normas

procesales, cuando la formalidad exigida por esta cae en el vacío, por sustracción de materia.

Por ejemplo, si un abogado asiste a una audiencia con un poder especial que le presenta al juez que la preside, acompañado de su poderdante, quien oralmente le afirma al juzgador que él es su nuevo apoderado, necio sería que se le reclamara la presentación personal del escrito ante notario o que se dejara constancia escrita de esa exhibición ante aquel, como lo exige el inciso 2º del artículo 74 del CGP, porque la presencia de uno y de otro torna innecesaria esa formalidad.

Lo que sí no es posible hacer con fundamento en la regla en cuestión, es pasar por alto las formas propias de cada juicio. Por tanto, si al presentarse una demanda se allega simultáneamente el escrito de apelación de la sentencia, para el caso de serle desfavorable al libelista, llegado el momento del fallo, no podría el juez considerar, luego de su emisión, que la sentencia fue tempestivamente impugnada, porque aquí el tema no es de formalidad que sobreviene innecesaria, sino de un claro desconocimiento del principio de eventualidad y de las reglas de trámite del proceso judicial.

PROCESOS DECLARATIVOS

PROCESO VERBAL

1. Qué trámite le corresponde a los procesos de pertenencia de mínima cuantía?

Respuesta: Las pertenencias de mínima cuantía se tramitan por el proceso verbal sumario, por mandato del artículo 390 del CGP.

En efecto, se ha dicho que todas las pertenencias son pleitos verbales porque su regulación está incorporada en el capítulo II del título I de la sección primera del libro 3º del CGP, a continuación del régimen propio de tales procesos. Sin embargo, creemos que esta postura no es plausible por cuanto desconoce el texto del artículo 390 del mismo estatuto, en el que se establece que “Se tramitarán por el procedimiento verbal sumario los asuntos contenciosos de mínima cuantía...”

Obsérvese que en el Código General no existen asuntos que por su naturaleza deban tramitarse por el proceso verbal; por el contrario, sí los hay que deben –sí o sí- recibir el procedimiento del verbal sumario. Lo que manda el artículo 368 de esa codificación es que se sujete al trámite del proceso verbal “todo asunto que no esté sometido a un trámite especial”, lo que significa que esta tipología de juicio es residual. Por consiguiente, resulta incontestable que el proceso verbal sumario es un trámite especial, en la medida en que a través de él únicamente pueden ventilarse los conflictos jurídicos que

expresamente prevé la ley, entre ellos, se insiste, los contenciosos de mínima cuantía.

Así las cosas, si las pertenencias de mínima cuantía tienen un trámite especial, es obvio que quedan excluidas del proceso verbal, sin que la ubicación de sus “disposiciones especiales” quite o ponga ley, dado que ellas aplican sin miramiento a la clase de procedimiento que le corresponda al asunto.

2. En los procesos de pertenencia de mínima cuantía, la inspección judicial puede aportarse en video o acudirse a un dictamen?

Respuesta: No, porque existe norma especial que la hace obligatoria.

En efecto, aunque en los procesos verbales sumarios los hechos que pueden ser objeto de inspección judicial deben acreditarse a través de dictamen pericial (CGP, art. 392, inc. 3), no es posible desconocer que existe norma especial – que es el artículo 375, numeral 9º- en la que se establece que “el juez deberá practicar personalmente inspección judicial sobre el inmueble para verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada y la instalación adecuada de la valla o del aviso”, lo que también descarta la posibilidad de acudir a un video supletivo.

3. Puede darse la conciliación en un proceso de pertenencia, si el demandado propietario comparece personalmente? Se pregunta porque el CPC no autorizaba la audiencia del artículo 101?

Respuesta: Perfectamente, porque el CGP, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, no restringió la posibilidad de conciliación en los procesos de pertenencia.

Recordemos que el artículo 407 del CPC precisaba que en esos juicios no se aplicaría el artículo 101 de dicho estatuto, en el que se regulaba una audiencia que ordenaba la conciliación. En la hora actual, nada obsta para que el juez, en la audiencia inicial o en la única si decide conjuntar aquella con la de instrucción y juzgamiento, intente la conciliación para que se pueda dirimir la disputa entre el pretense poseedor material y el propietario, en torno a la titularidad del derecho de dominio. Que el primero desconozca el derecho del segundo no es argumento suficiente para descartar un posible avenimiento; al fin y al cabo, no se puede sostener que el poseedor sólo tiene el camino de la prescripción adquisitiva para hacerse a la propiedad, ni es descartable un arreglo en el que se convenga, por ejemplo, la devolución del predio a su dueño, previo reconocimiento del valor de las mejoras.

4. En los procesos de pertenencia, qué plazo tiene el curador *ad litem* de las personas indeterminadas para contestar la demanda? ¿Un mes o 20 días?

Respuesta: Verificado el emplazamiento a las personas que se crean con derechos sobre el bien que es objeto de pertenencia, el juez debe designar un curador *ad litem* que los represente, así hubieren concurrido uno o varios emplazados (CGP, art. 375, num. 6 y 7).

Ese curador, como es obvio, debe ser notificado del auto admisorio de la demanda, y contará con un plazo de veinte (20) días para darle contestación y, en general, ejercer los actos que se le permiten en ejercicio del derecho de contradicción. Así lo prevé el artículo 369 del CGP.

Dicho término no se puede confundir con el que tienen “las personas emplazadas” para contestar la demanda, que sí es de “un (1) mes” conforme al inciso final del numeral 7º del artículo 375 del CGP. Luego no es posible afirmar que el curador cuenta con un plazo diferente.

Se dirá que no es lógico que existan dos plazos distintos, pero sí lo es, porque si se miran bien las cosas, lo que estableció el legislador frente a las personas emplazadas que concurran directamente al proceso, es que pueden aprovechar el mismo término del emplazamiento para pronunciarse sobre la demanda, lo que no excluye –ni califica- el plazo

que tiene el curador *ad litem* de quienes no comparezcan, para darle respuesta al libelo del demandante.

5. El emplazamiento que debe hacerse en los procesos de pertenencia, también está sujeto a las reglas del artículo 108 del CGP?

Respuesta: Si, porque en el Código General del Proceso todo emplazamiento tiene como referente la regulación genérica prevista en el artículo 108, sin perjuicio de las disposiciones especiales del numeral 7º del artículo 375..

De allí que la primera de esas normas establezca que “cuando se ordene el emplazamiento a personas determinadas e indeterminadas, se procederá...”, mientras que la segunda precisa que “el demandante procederá al emplazamiento en los términos previstos en este código...”

6. Si el juez que conoce de un proceso de pertenencia pierde competencia y el asunto es asignado a un juez de otro municipio, qué juez debe practicar la inspección judicial?

Respuesta: La inspección judicial obligatoria en los procesos de pertenencia debe ser practicada “personalmente” por el juez del conocimiento (CGP, art. 365, num. 9).

Por tanto, si el juez del lugar donde se ubica el inmueble pierde competencia, una vez asignado el conocimiento del asunto al juzgador de otro municipio cercano –cuando en aquel sólo existe un funcionario-, será éste el que practique la inspección porque la asignación que se le hace del caso por parte de la Sala de Gobierno del respectivo Tribunal Superior, implica otorgamiento de competencia dentro del respectivo territorio, pero sólo para ese específico asunto.

7. Cuál es el trámite del proceso de privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad? Se pregunta porque aparece dentro de los verbales sumarios (395), que son de única instancia, pero el artículo 22, numeral 4º, lo prevé como asunto de primera instancia.

Respuesta: En relación con el trámite que le corresponde a la privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad debe decirse algo similar a lo expresado para los procesos de pertenencia, porque la ubicación de la norma especial no determina, en modo alguno, el trámite que debe recibir dicho asunto.

En efecto, es cierto que la disposición especial relativa a tales asuntos –el artículo 395- quedó incluida dentro del capítulo II del título II, relativo a los procesos verbales sumarios, de la sección primera del libro tercero del CGP. Pero a ello no le sigue que su trámite sea el propio de estos juicios, porque tal suerte de interpretación pasa por alto que sólo pueden recibir el procedimiento del verbal sumario los

asuntos expresamente señalados en la ley, dentro de los cuales no figura la privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad (CGP, art. 390). Con otras palabras, si los procesos verbales sumarios tienen asignados asuntos por su cuantía (mínima) o por su naturaleza, y dentro de ellos no fueron enlistadas esas controversias, resulta incontestable que les corresponde el trámite del proceso verbal, dado que no tienen un procedimiento especial (CGP, art. 368).

Destaquemos que unas son las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, y otros los litigios vinculados a la pérdida, suspensión o restablecimiento de la misma. Los primeros sí son verbales sumarios (CGP, art. 390, num. 3), mientras que los segundos son verbales.

Pero además, si el artículo 22 del CGP ordena que la pérdida, suspensión y restablecimiento de la patria potestad sean conocidos por los jueces de familia en primera instancia, no es posible sostener que su trámite es el de los verbales sumarios, por cuantos estos son juicios de única instancia (CGP, art. 390, par. 1). Persistir en que, por gracia de la ubicación de la norma especial, son verbales sumarios, da lugar a una inconsistencia interpretativa, porque habría que concluir, contra toda lógica y contra la ley, que se trataría de un verbal sumario de dos instancias.

8. Qué trámite le corresponde a los procesos de restitución de inmueble arrendado de mínima cuantía: el verbal o el verbal

sumario? O todos los procesos de restitución de inmueble arrendado, por su naturaleza, se tramitan como verbales, y la cuantía solamente se tiene en cuenta para fijar la competencia y determinar una posible segunda instancia?

Respuesta: Las restituciones de inmueble arrendado se tramitan por el proceso verbal, si son de mayor o menor cuantía, y por el verbal sumario, si su cuantía es mínima.

Ello es así porque, insistimos, los asuntos contenciosos de mínima cuantía tienen un trámite especial –el verbal sumario– que excluye la posibilidad de asignarles el procedimiento del verbal, previsto, como juicio residual que es, para litigios que no tienen tramitación especial (CGP, arts. 368 y 390). La ubicación de la norma que establece las disposiciones especiales (CGP, art. 384) no quita ni pone ley.

9. Puede acumularse a una pretensión de restitución de inmueble arrendado una súplica de indemnización de perjuicios? En este caso, si la cuantía lo permite, el proceso tendría dos instancias, aún si la única causal alegada es la mora en el pago de la renta?

Respuesta: Sí es posible dicha acumulación, no sólo porque se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 88 del CGP, sino también porque las normas especiales la autorizan.

En efecto, las súplicas de restitución del inmueble arrendado y de reconocimiento de los perjuicios causados al arrendador por la infracción del contrato de arrendamiento, tienen un mismo juez competente (según sea de mayor, menor o mínima), no se excluyen entre sí (la última es consecencial de la primera) y pueden tramitarse por el mismo procedimiento. Además, si la ley sustancial autoriza al contratante cumplido a pedir la terminación del contrato de tracto sucesivo cuando el otro contratante incumple sus obligaciones, junto con la indemnización de perjuicios compensatorios, no cabe sostener que una y otra pretensiones deben plantearse en procesos separados. Flaca sería esta interpretación, si se tiene en mente el principio de economía procesal.

Pero además, el artículo 384 del CGP habilita expresamente esa acumulación, al permitir el embargo y secuestro de bienes del demandado para asegurar el pago de los cánones de arrendamiento, “de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, *del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar* y de las costas procesales” (se resalta; num. 7). Por eso, porque se permite la acumulación, tiene cabida la compensación de obligaciones cuando al arrendatario, por ejemplo, se le reconocen mejoras, y al arrendador perjuicios (num. 5).

Ahora bien. Si la única causal alegada es la mora en el pago de la renta, el proceso debe tramitarse en única instancia por mandato del párrafo del artículo 384 del CGP. Para el legislador, en estos casos,

no importa cuál sea el valor del canon de arrendamiento y muchos menos el monto de las pretensiones consecuenciales; lo medular es que la causa de la demanda de restitución sea –exclusivamente- el retardo culpable del arrendatario en la satisfacción de su principal deber de prestación.

Por tanto, aunque la restitución sea un asunto de mayor o de menor cuantía y, por ende, reciba el trámite del proceso verbal, por expresa voluntad del legislador carecerá de doble instancia, sin que las reclamaciones complementarias puedan desdibujar el mandato de la ley.

10.Cuál es el trámite del proceso de Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa? Se pregunta porque aparece dentro de los verbales sumarios (396), que son de única instancia, pero el artículo 22, numeral 7º, lo prevé como asunto de primera instancia.

Respuesta: La solución es similar a la que se dio para la privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad: el trámite de la inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa es el que corresponde los procesos verbales, porque no tienen asignado un trámite especial, sin que la ubicación de la norma que gobierna los temas especiales de ese pleito –artículo 396- determine que sean verbales sumarios, dado que no fue asignado por el legislador a este procedimiento, como se desprende

de la simple lectura del artículo 390 del CGP, amén de que no existen verbales sumarios de doble instancia, siendo claro que los jueces de familia deben conocer de esos litigios como juzgadores de primer grado (CGP, art. 22, num. 7).

Nos remitimos, entonces, a lo expresado en respuestas anteriores.

PROCESO VERBAL SUMARIO

1. Es procedente la demanda de reconvención en los procesos verbales sumarios?

Respuesta: Sí es procedente la demanda de reconvención en los procesos verbales sumarios, porque el legislador no la prohibió.

Los únicos actos procesales de parte que son inadmisibles en esos procesos son la reforma de la demanda, la acumulación de procesos, los incidentes, el trámite de la terminación del amparo de pobreza y la suspensión por motivos distintos a la voluntad de los contendientes (CGP, art. 392, inc. 4). Luego tiene cabida la demanda de mutua petición, tanto más si también es viable una acumulación de demandas, en los términos del artículo 148, numeral 2º, del CGP.

Que la norma que gobierna la demanda de reconvención aparezca dentro del capítulo que corresponde al verbal (CGP, art. 371), resulta irrelevante porque a ello no le sigue que sólo en esos juicios esté

prevista la riposta del demandado. Si se quiere, el vacío legal debe completarse acudiendo a la analogía.

2. La petición relativa a alimentos que se formula ante el mismo juez que los fijó, es una verdadera demanda?

Respuesta: No. La ley expresamente previó que se trata de una simple petición, con lo que quiso quitarle formalidades a un asunto que demanda la inmediata atención del juez de familia, tanto más si está involucrado un niño, niña o adolescente.

Y no es el único caso en el que la ley excusa las exigencias de la demanda. Por ejemplo, tratándose de ejecuciones de sentencia, el artículo 306 del CGP considera suficiente una solicitud, haciendo explícito que “sin necesidad de formular demanda”, norma esta que ilustra el sentido del numeral 6º del artículo 397 del CGP, lo mismo que del párrafo 2º del artículo 390, máxime si se repara en el principio de informalidad previsto en la parte final del artículo 11 de esa codificación, según el cual el juez debe abstenerse de exigir formalidades innecesarias.

3. Cómo debe notificarse a las partes la convocatoria a la audiencia en la que se resolverá la solicitud de incremento, disminución o exoneración de alimentos que se formula ante el mismo juez que los fijó?

Respuesta: Nada dijo el legislador sobre la forma de notificar el auto que convoca a la audiencia para decidir si se incrementa o disminuye la cuota alimentaria, o se exonera de ella al alimentante. Tan sólo precisó, en dos normas (CGP, arts. 390, par. 2, y 397, num. 6), que debía surtirse “previa citación a la parte contraria”.

Se impone, por tanto, acudir a las reglas generales sobre notificaciones, porque la circunstancia de otorgarse competencia –por fuero de atracción- al juez que había fijado previamente los alimentos, no autoriza afirmar que el enteramiento del demandado se puede verificar por estado, habida cuenta que, ello es medular, el proceso en el que se adoptó la primera decisión está terminado. La solicitud de reducción, aumento o exoneración de cuota alimentaria es otro proceso, sólo que sometido al conocimiento del mismo juez que definió la primera controversia.

Y no se diga que en estos casos es posible acudir a las reglas del artículo 306 del CGP (estado, si la petición se formula dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo y personalmente si es posterior), habida cuenta que aquellas reclamaciones no corresponden, ni remotamente, a una súplica de ejecución del fallo, que es la hipótesis gobernada por esa disposición. No cabe hacer aquí analogía, porque los supuestos son disímiles.

Consideramos, entonces, que el auto que ordena tramitar una de las peticiones en comento debe notificarse al demandado personalmente

o por aviso, según las reglas generales.

4. Aunque el párrafo 3º del artículo 390 del CGP autoriza dictar sentencia anticipada y por escrito, cuando las pruebas aportadas por las partes son suficientes para resolver de fondo el litigio, es necesario, en todo caso, para no incurrir en causal de nulidad, practicarle interrogatorio a las partes, por ser esta una prueba obligatoria?

Respuesta: Cuando la ley autoriza proferir sentencia anticipada, no es necesario agotar las etapas que le son propias al proceso, ni practicar las pruebas que son obligatorias. Al fin y al cabo, aunque sea de Perogrullo decirlo, el fallo es anticipado, esto es, que por expresa dispensa legal es viable que el juez omita las fases o actuaciones faltantes.

Sostener que, pese a que la ley autoriza la sentencia anticipada, es necesario interrogar a las partes o escucharlas en alegatos finales, envolvería una contradicción porque si así fuera el fallo ya no sería anticipado.

De allí que tratándose de procesos verbales sumarios, que es a los que se concreta la pregunta, el inciso final del artículo 390 del CGP establezca que de configurarse los supuestos que en él se refieren, el juzgador dictará la sentencia por escrito “sin necesidad de convocar a la audiencia de que trata el artículo 392”, es decir, a la que conjunta la

inicial y la de instrucción y juzgamiento, lo que necesariamente implica que se excusa la verificación de los actos procesales en ella previstos, como los interrogatorios a las partes.

Por eso no podría reclamarse la configuración de una nulidad procesal (CGP, num. 5), dado que existe norma especial que excusa la obligatoriedad de las declaraciones de parte.

5. La posibilidad de dictar sentencia anticipada en los procesos verbales sumarios está restringida a los asuntos relativos al consumidor?

Respuesta: No. En cualquier proceso verbal sumario el juez está autorizado para dictar sentencia anticipada y por escrito, inmediatamente después de vencido el término de traslado de la demanda (y por supuesto de surtido el traslado de las excepciones de mérito, si se plantearon) y sin necesidad de convocar a audiencia, si las pruebas son suficientes para resolver de fondo el litigio y no es necesario decretar y practicar otros medios probatorios. Así lo precisa el inciso final del artículo 390 del CGP.

Aunque pareciera un inciso del párrafo 3º del artículo aludido, si se miran bien las cosas es una norma propia de todos los procesos verbales sumarios, dado que su encabezamiento así lo resalta. Al fin y al cabo, dicho párrafo, en rigor, se refiere a un tema diferente: el trámite que le corresponde a un determinado asunto (violación de

derechos de los consumidores), en función de la cuantía, lo que no guarda estrecha relación con la hipótesis de sentencia anticipada.

PROCESOS DECLARATIVOS ESPECIALES

Expropiación

1. En la expropiación, puede el demandado solicitar un plazo para aportar el avalúo del IGAC? Es decir, puede invocar el artículo 227?

Respuesta: Sí, porque las reglas especiales del proceso de expropiación no excluyen, ni expresa ni tácitamente, la aplicación del régimen general de la prueba pericial, en el que se establece que “Cuando el término previsto [para pedir pruebas] sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez le conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días” (CGP, art. 227).

Precisamente uno de los casos en el que el plazo para pedir pruebas puede resultar exiguo es la expropiación, en la medida en que el demandado sólo cuenta con un término de traslado de tres (3) días para pronunciarse sobre la demanda y allegar la peritación que debe acompañar a su reclamo contra el avalúo (CGP, art. 399, num. 5 y 6),

sin que la circunstancia de haberse adelantado la fase previa de negociación directa excluya la posibilidad de otorgar un término adicional para aportar esa prueba –so pretexto de que debió obtenerse en el entretanto-, pues una cosa es tener noticia de la orden administrativa de expropiar un bien, y otra muy distinta del adelantamiento de un proceso judicial de expropiación.

Así las cosas, la regla del numeral 6º del artículo 399 del CGP según la cual, “Si no se presenta el avalúo, se rechazará de plano la objeción formulada”, tiene aplicación bajo alguno de los siguientes supuestos: a) que el demandado se limite a expresar su desacuerdo con el avalúo aportado con la demanda, pero no allegue ni anuncie un dictamen pericial, y b) que el demandado cuestione el avalúo y anuncie la presentación de otro dictamen, pero no lo allegue dentro del plazo que le conceda el juez.

No se olvide que en materia de expropiaciones, el Código General del Proceso autoriza dictámenes periciales elaborados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC, o por una Lonja de Propiedad Raíz, lo que abre mayores posibilidades de prueba para el demandado.

2. Cuál es la clase de objeción que puede formularse contra el avalúo aportado con la demanda en procesos de expropiación?

Respuesta: Según el numeral 6º del artículo 399 del CGP, “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”, debe aportar un dictamen pericial. De no allegar esa prueba, “se rechazará de plano la objeción formulada.”

Queda claro, entonces, que la objeción a la que se refiere esa norma es simplemente el desacuerdo expresado por el demandado en relación (i) con el precio dado al bien objeto de expropiación, o (ii) con el monto de las indemnizaciones que, según el dictamen allegado por la entidad pública, deben reconocérsele a aquel, o (iii) con los conceptos incluidos, por considerar que faltan otros. A estos reproches debe limitarse el cuestionamiento a la peritación que aporte la demandante, sin que el empleo de la palabra “objeción” tenga connotación distinta a la de “desacuerdo”.

No cabe, pues, hablar aquí de error grave o de fuerza, porque el legislador precisó el alcance de esa noción.

3. Cómo se tramita la objeción al avalúo en los procesos de expropiación, según se refiere en el numeral 6º del artículo 399 del CGP?

Respuesta: La objeción o desacuerdo con el avalúo presentado con la demanda de expropiación, debe tramitarse en la audiencia regulada por el numeral 7º del artículo 399 del CGP.

En efecto, destaquemos que esa audiencia tiene lugar con independencia de la postura que asuma el demandado, pues a ella, necesariamente, debe convocarse a los peritos que hubieren practicado los avalúos con el fin de interrogarlos, para luego, a continuación, dictar la sentencia respectiva. Ha querido el legislador que el juez escuche a los expertos antes de emitir su fallo, así la parte demandada hubiere guardado silencio; con mayor razón debe hacerlo si esta cuestiona el avalúo y aporta otro, pues en dicho caso existe una controversia que debe seguir los cauces de los procesos orales y por audiencias.

Por consiguiente, la “objeción” al avalúo en los procesos de expropiación se tramita en audiencia, por la vía de la interrogación a los peritos que rindieron los avalúos de una y otra parte. Se preserva así el régimen general establecido en el artículo 228 del CGP.

4. Que debe hacer el juez en los procesos de expropiación, si los peritos no van a la audiencia en la que se debe dictar la sentencia?

Respuesta: Se sabe que si un perito no asiste a la audiencia en la que será interrogado, su dictamen no tendrá valor, por mandato del inciso 1º, parte final, del artículo 228 del CGP.

Por tanto, si el perito se excusó con anterioridad a la vista pública, el juez de la expropiación, tras practicar las demás pruebas, debe

suspenderla para continuarla en nueva fecha, con el fin de interrogar al experto. Pero si no se justificó o deja de comparecer a la continuación de la audiencia, la pericia quedará sin efectos. De igual manera procederá el juez, si la justificación fue posterior y no se ha dictado sentencia. Pero si ésta se emitió y fue apelada, queda la opción de recaudo por el superior (CGP, art. 228, inc. 2 y 3).

Pero, ¿qué pasa con la expropiación si los peritos dejan de asistir sin justificación alguna? Depende: si quien deja de comparecer es el perito que rindió el avalúo presentado como prueba del desacuerdo u objeción expresado por la parte demandada, ésta será desestimada y el juez, consecuentemente, le abrirá paso a la expropiación con fundamento en el avalúo aportado por la entidad pública requirente, si se juzga apropiado. Si quien no concurre es el perito que rindió el avalúo presentado con la demanda, pero sí lo hace el experto que conceptuó a ruego del demandado, el juez ordenará la expropiación con soporte en éste, si lo considera plausible, a la luz de la sana crítica, pues tanto en aquella hipótesis como en esta, queda la opción de la prueba de oficio.

Pero si no concurre ninguno de los peritos, ni el que rindió el avalúo aportado por la demandante, ni el que elaboró el alegado por el demandado, el juez, salvo que decrete un dictamen oficioso, debe dictar sentencia negando la expropiación, por imposibilidad probatoria de fijar el monto de la indemnización, que es presupuesto constitucional de aquella (C. Pol. art. 58), máxime si bajo el Código

General del Proceso, la determinación de ese monto es asunto del fallo y no cuestión posterior, como sucedía en el Código de Procedimiento Civil.

5. El mandamiento ejecutivo que se libra contra la entidad pública que adelanta la expropiación, en el evento previsto en el numeral 8º del artículo 399 del CGP, debe librarse de oficio, o requiere petición de parte?

Respuesta: El mandamiento de pago que debe librarse contra la entidad pública demandante por el monto de la indemnización fijada en la sentencia, debe ser solicitado por el interesado, por disponerlo así el artículo 306 del CGP.

En efecto, es cierto que en los procesos de expropiación, la parte demandante debe consignar el saldo de la indemnización dentro de los veinte (20) días siguiente a la ejecutoria de la sentencia, y que “si no se realiza la consignación oportunamente, el juez librará mandamiento ejecutivo contra el demandante” (CGP, art. 399, num. 8). Pero no lo es menos que esa inflexión verbal no implica que el juez deba proceder de oficio, pues de lo que se trata es de ejecutar un fallo judicial, para lo cual se ha dispuesto en el mismo código que “el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia...” (CGP, art. 306).

Por tanto, aunque no se requiera demanda, sí es indispensable una petición del interesado, como corresponde a un proceso dispositivo, pues, en últimas, lo que se abre paso es otro proceso –un ejecutivo– que se adelantará ante el mismo juez que tramita la expropiación.

6. Cómo se tramita la oposición planteada por un tercero que no estuvo presente durante la diligencia de entrega del bien objeto de expropiación?

Respuesta: A decir verdad, el numeral 11 del artículo 399 del CGP únicamente regula la hipótesis de oposición formulada por un tercero –poseedor material o con garantía de derecho de retención– que estuvo presente en la diligencia de entrega del bien expropiado, quien deberá promover incidente para que se le reconozca el derecho que alegue tener, dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de aquella. Pero, y si la persona no estaba ese día, tiene también la posibilidad de gestionar ese incidente y dentro del mismo plazo?

Desde luego que sí, porque no se podría sostener que la ausencia en la diligencia de entrega es motivo suficiente para perder el derecho o, cuando menos, para cercenarle la oportunidad de reclamarle su reconocimiento al juez de la expropiación, menos aún si se repara en que el estatuto procesal, en su parte general, gobierna hipótesis de oposiciones a entrega de bienes cuanto el opositor no estaba presente durante la diligencia en que ella se verificó (CGP, art. 309).

Por tanto, si donde existe una misma razón de hecho debe existir una misma disposición en derecho, es lógico entender que la persona que no se hallaba en el bien expropiado cuando se le hizo entrega a la entidad pública, también puede promover incidente para hacer valer su derecho, dentro del referido plazo de diez (10) días previsto en el numeral 11 del artículo 399 del CGP.

Por supuesto que en esta singular hipótesis no se puede invocar el plazo previsto en el párrafo del artículo 309 de CGP, porque esta disposición gobierna el evento de “restitución al tercero poseedor” “con derecho a oponerse [que] no hubiere estado presente al practicarse la diligencia de entrega”, quien cuenta con veinte (20) días para pedir “que se le restituya en su posesión.” Pero como en la expropiación no tiene cabida esta posibilidad, porque la entrega siempre se debe efectuar, es claro que esa norma regula un caso diferente, lo que descarta la analogía. Con otras palabras, una es la hipótesis del poseedor material ausente que aspira a que se le reconozca su derecho a la indemnización, y otro el de aquel que persigue que se le devuelva el bien.

Por eso, entonces, la oportunidad prevista en el numeral 11 del artículo 399 del CGP, aplica tanto para el poseedor material –o el titular de derecho de retención- que estuvo presente durante la diligencia, como para el que no estaba. Otorgarles un mismo plazo (10 días) los hace iguales ante la ley.

Deslinde y amojonamiento

1. Si en un proceso de deslinde y amojonamiento ninguna de las partes asiste a la diligencia prevista en el artículo 403 del CGP, qué decisión debe adoptar el juez?

Respuesta: Si ninguna de las partes asiste a la diligencia de deslinde y amojonamiento, el juez debe abstenerse de celebrarla por mandato del inciso 2º del numeral 4º del artículo 372 del CGP, aplicable por analogía según lo autoriza el artículo 12 de esa misma codificación.

Aunque esa norma gobierna la audiencia inicial en los procesos verbales, no se puede pasar por alto que se refiere a una hipótesis similar, por lo que cabe perfectamente la analogía. Lo que sí no puede hacer el juez es terminar el proceso si ninguno de los contendientes justifica su inasistencia, porque, como se sabe, ese remedio para llenar el ordenamiento jurídico no tiene cabida en tratándose de sanciones.

Sin embargo, la solución se encuentra en el desistimiento tácito, por lo que el juez, plegado al numeral 1º del artículo 317 del CGP, puede fijar nueva fecha para la diligencia y requerir al demandante para que asista a ella, so pena de ordenar la terminación anormal del proceso.

2. Si en un proceso de deslinde y amojonamiento se formula oposición, pero convocada la audiencia del proceso verbal ninguna de las partes comparece, sin presentar justificación admisible, qué decisión debe adoptar el juez?

Respuesta: En esta hipótesis sí es plenamente aplicable el artículo 372 del CGP, porque según el numeral 3º del artículo 404 de esa codificación, una vez presentada la demanda que materializa la oposición al deslinde practicado y surtido el traslado respectivo, “se seguirá el trámite del proceso verbal”, remisión directa que autoriza gobernar ese proceso especial por el régimen de las audiencias que le es propio a esos juicios, específicamente por los artículos 372 y 373.

Por consiguiente, si ninguna de las partes concurre a la audiencia, ésta no puede celebrarse; y si no se presenta justificación, se dará por terminado el proceso, lo que traduce, ello es medular, que *la oposición al deslinde queda desierta*. Al fin y al cabo, la demanda que dio lugar al proceso verbal pierde todos sus efectos.

En este punto recordemos que la oposición al deslinde debe formalizarse a través de una demanda propiamente dicha, como lo exige el numeral 1º del artículo 404 del CGP, por lo que, en defecto de ella, “el juez [por auto] declarará desierta la oposición y ordenará las medidas indicadas en el numeral 3 del presente artículo”, esto es, dictará sentencia declarando en firme el deslinde, ordenará cancelar la inscripción de la demanda y protocolizar el expediente en una notaría

del lugar”, tras lo cual pondrá a los colindantes en posesión del sector que les corresponda, conforme a la línea fijada, si es que no lo tienen en su poder.

Así, entonces, debe proceder el juez si el proceso verbal termina por inasistencia injustificada de los contendientes, pues la oposición, se insiste, habrá quedado desierta.

Divisorio

1. Para ordenar el remate de un bien en un proceso divisorio, es necesario decretar previamente su embargo?

Respuesta: No. En los procesos divisorios el juez debe decretar, desde el auto admisorio de la demanda, la inscripción de la misma si el bien está sujeto a registro (CGP, arts. 409 y 592) y, cuando decrete la venta de la cosa común, su correspondiente secuestro (CGP, art. 411).

El legislador no exigió el embargo porque habría habilitado una autocautela, en desmedro de la prenda común y general de los acreedores; al fin y al cabo, el divisorio es un pleito entre condueños que sólo busca ponerle fin a la indivisión. De allí que la última de las normas aludidas hubiere establecido que “una vez practicado este [se refiere al secuestro] se procederá al remate en la forma prescrita en el

proceso ejecutivo”, lo que significa que es la subasta –y no otros actos- la que se sujeta a las formalidades de las ejecuciones.

2. Cómo se tramita la oposición a las mejoras solicitadas por uno de los comuneros?

Respuesta: El régimen de la oposición a las mejoras está determinado por los artículos 409 y 412 del CGP.

En efecto, recordemos que con toda demanda divisoria se debe aportar un dictamen pericial que precise el valor del bien, el tipo de división que proceda, la partición, si fuere el caso, así como el precio de las mejoras, si el demandante las reclama (CGP, art. 406, inc. 3). El demandado, por su lado, al contestar la demanda puede reclamar el reconocimiento de mejoras, caso en el cual debe estimarlas bajo juramento y acompañar un dictamen sobre su valor (CGP, art. 412).

Expresado con otras palabras, el comunero que pretenda el reconocimiento de mejoras debe alegarlas en la demanda o su contestación, según corresponda, hacer estimación jurada de su valor, conforme al artículo 206 del CGP, y aportar un dictamen pericial. No existe otra oportunidad ni otra manera de hacerlo.

Por eso, entonces, el traslado al demandado de la solicitud que hace el demandante de reconocimiento de mejoras, se surte junto con la demanda; el plazo será de diez (10) días (CGP, art. 409); de igual

forma, cuando es el demandado el que las reclama con la contestación, al demandante –y a los demás comuneros- se le dará traslado por un término igual. Es cuestión de igualdad de trato.

Lo que viene después depende de la parte que resiste la reclamación de mejoras, porque “si no está de acuerdo con el dictamen”, puede allegar otro o solicitar que se convoque al perito a la audiencia para interrogarlo, en la que el juez adoptará la decisión relativa a la división y a las mejoras (CGP, art. 409). Pero si guarda silencio y no se alega pacto de indivisión, el juez resolverá sobre la solicitud “en el auto que decrete la división o la venta” (CGP, art. 412), el cual será emitido por fuera de audiencia.

Tal la razón para que la ley hubiere establecido que “En el auto que decrete la división o la venta el juez resolverá sobre dicha reclamación, y si reconoce el derecho fijará el valor de las mejoras” (CGP, art. 412, inc. 1), sea que dicho auto se emita en audiencia, por existir oposición a la división, o a su forma o a las mejoras, o que se profiera por fuera de ella, ante la ausencia de todo tipo de controversia.

3. Por qué en los procesos divisorios se le exigió a las partes que piden mejoras, estimarlas bajo juramento y aportar un dictamen pericial, cuando en el régimen general no se imponen los dos requerimientos?

Respuesta: La razón es de orden práctico y de economía procesal, porque si en todo proceso divisorio es necesaria una peritación para determinar el valor del bien, el tipo de división y la partición, cuando fuere el caso (CGP, art. 406, inc. 3), lo mejor era disponer que de una vez se precisaran y cuantificaran las mejoras pedidas por el demandante, para evitar la fase probatoria que le sigue a la objeción al juramento estimatorio, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 206 del CGP.

Por razones de igualdad, la misma exigencia debía hacerse al demandado, por lo que el mensaje es claro para ambas partes: en lo que concierne a mejoras en pleitos divisorios, las partes deben ingresar probando, máxime si toda división impone un dictamen pericial; por ende, que la experticia sea completa.

Monitorio

1. En el proceso monitorio también se debe hacer juramento estimatorio?

Respuesta: No. Y son dos las razones por las cuales en el proceso monitorio no es necesario hacer juramento estimatorio:

a. La primera, porque a través de dichos pleitos no se persigue el pago de una indemnización, compensación o el

reconocimiento de frutos o mejoras, que son las hipótesis previstas en el artículo 206 del CGP, sino el pago de una obligación dineraria de naturaleza contractual, determinada y exigible, según precisión del artículo 419 de ese código.

Por tanto, si en el monitorio lo que pretende el demandante es que se le solucione una deuda que, ello es medular, debe ser determinada y tener origen en un negocio jurídico, es claro que no existe forma de reclamar válidamente que la suma debida se estime bajo juramento, pues el acreedor no aspira a una indemnización o compensación.

No se olvide que según el artículo 1626 del CC, el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, por lo que si a eso se concreta la pretensión monitoria (más allá de la construcción de un título ejecutivo), no es posible sostener que la súplica versa sobre una indemnización compensatoria.

b. La segunda, porque la demanda en procesos monitorios tiene unos requisitos especiales que excluye la aplicación del artículo 82 del CGP, que establece las formalidades de una demanda.

En efecto, las exigencias de la demanda que da lugar a un juicio monitorio se encuentran en el artículo 420 del CGP, entre las que no figura el juramento estimatorio, que sí es requisito, cuando hubiere lugar en él, en los demás casos.

Lo único que tiene que jurar el demandante es que no tiene soportes documentales de la obligación contractual adeudada (CGP, art. 420, num. 6, inc. 2), si es que esa es la hipótesis, juramento que nada tiene que ver con el estimatorio previsto en el artículo 206 del CGP.

Luego no es posible exigirle al demandante en proceso monitorio que haga estimación jurada de la suma cuyo pago pretende, respecto de la cual aspira a construir un título de ejecución.

2. La sanción contra demandante o demandado que pierde en el proceso monitorio, es compatible o incompatible con la sanción por exceso del juramento estimatorio?

Respuesta: Como en el proceso monitorio no tiene cabida el juramento estimatorio previsto en el artículo 206 del CGP, no es posible deducir los efectos sancionatorios previstos en esta norma para el caso de juramento desmedido.

3. Pueden cobrarse rentas a través del proceso monitorio, aunque se tenga un contrato escrito?

Respuesta: En tanto se trate de una deuda de mínima cuantía que haya alcanzado exigibilidad, sí es posible pretender el pago de cánones de arrendamiento a través del proceso monitorio, por tratarse

de una obligación determinada de origen contractual (CGP, art. 419).

Con todo, si el arrendador cuenta con un documento que prueba la relación arrendaticia, mejor que acuda a un proceso ejecutivo en el que podrá acceder a mejores medidas cautelares que en el juicio monitorio. Al fin y al cabo, para qué construir un título ejecutivo si ya tiene uno?

4. En el proceso monitorio se dicta sentencia favorable al demandante, si no hay oposición del demandado. Cómo se aplica, entonces, el indicio grave de inexistencia de la obligación por no existir un principio de prueba por escrito?

Respuesta: No se aplica. En este y en otros casos el legislador ha previsto una consecuencia jurídica que excluye la posibilidad de adelantar un ejercicio de valoración probatoria, en el que pueda cobrar relevancia el indicio grave de inexistencia del respectivo negocio jurídico que le sirve de fuente a la obligación (CGP, art. 225, inc. 2).

En efecto, como el Código General del Proceso implementó un proceso monitorio de los llamados “puros”, por cuanto no le impuso al demandante la carga de allegar un soporte documental de la obligación, a menos que lo tenga (CGP, art. 420, num. 6), no podía el legislador, sin incurrir en contradicción, ordenarle al juez que en el momento de dictar sentencia estableciera la relevancia probatoria que pudiera tener la ausencia de prueba documental o de un principio de

prueba por escrito.

Desde luego que si el libelista aportó con su demanda una de tales pruebas, cae en el vacío toda discusión sobre el mencionado indicio que prevé el artículo 225 del CGP. Pero si juró que no existían soportes documentales, igual se abre paso la sentencia estimatoria si el demandado no se opone, porque aquí, para la ley, tiene más valía la conducta silente de éste frente a la pretensión de pago, que la carencia de un documento por parte del acreedor. Al fin y al cabo, hace ya muchos siglos que el silencio del demandado frente a determinadas reclamaciones judiciales de pago, autoriza presumir – por norma- que la deuda es cierta.

De allí que no sea posible deducir un indicio de inexistencia, en los casos en los que la propia ley ha inferido, de una conducta, que la obligación sí existe.

5. Procede la notificación por aviso en el proceso monitorio?

Respuesta: Sí es posible notificar por aviso el requerimiento de pago que se expide en los procesos monitorios.

En efecto, es cierto que el inciso 2º del artículo 421 del CGP establece que dicha providencia “se notificará personalmente al deudor...”; sin embargo, a ello no le sigue que esa sea la única forma de enteramiento, porque si así fuera habría que concluir que en todos los

casos en los que la ley hizo igual previsión, queda descartada la notificación por aviso.

Por ejemplo, el artículo 290 del CGP dispone que “deberán hacerse *personalmente* las siguientes notificaciones: 1. Al demandado o a su representante o apoderado judicial, la del auto admisorio de la demanda y la del mandamiento ejecutivo; 2. A los terceros y a los funcionarios públicos en su carácter de tales, la del auto que ordene citarlos...”, sin que nadie hubiere tenido la osadía interpretativa de afirmar que en esos casos no tiene cabida la notificación por aviso, en la medida en que la ley exige la notificación personal.

Incluso, el legislador habría podido omitir una norma especial que dijera que el requerimiento de pago de notifica personalmente, toda vez que ese mismo artículo 290 del CGP manda hacer de esa manera las notificaciones “que ordene la ley para casos especiales” (CGP, art. 290, num. 3), sin que, se insiste, sea posible sostener que en esos “casos especiales” únicamente es viable la intimación personal.

Sostener que la notificación por aviso no es procedente en el proceso monitorio, implica desconocer, además, que esa forma de enteramiento no es principal sino subsidiaria, por lo que era innecesario que el legislador expresamente la previera en el artículo 421 del CGP. Con otras palabras, no existe ningún caso en el que la providencia de apertura de un proceso puede ser notificada, de forma principal, a través de un aviso; éste, como lo precisa el artículo 292 del

CGP, tiene como presupuesto que “no se pueda hacer la notificación personal”, lo que destaca su carácter subsidiario.

De allí que la última de las normas citadas puntualice que la notificación por aviso se abre paso cuando falla la notificación personal “del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo al demandado, o la del auto que ordena citar a un tercero, o *la de cualquier otra providencia que se deba realizar personalmente...*” (se destaca), entre las que se encuentra, claro está, el requerimiento de pago en los procesos monitorios.

Por consiguiente, afirmar que ese requerimiento sólo puede intimarse al demandado en forma personal, es desconocer abiertamente el concepto de notificación por aviso y el texto del artículo 292 del CGP.

Por cierto que no se puede traer a colación, como argumento de autoridad, que la Corte Constitucional en la sentencia C-726 de 24 de septiembre de 2014, señaló que “El requerimiento de pago... debe ser notificado personalmente, sin que sea posible la notificación por aviso”, no sólo porque se trata de un arquetípico *obiter dictum*, sino también porque la Corte no explicó la razón de tamaña afirmación, quedando así su dicho como un argumento que luce precipitado.

Es que sostener que la notificación sólo puede ser personal, porque la norma así lo refiere, además de pasar por alto la naturaleza de la notificación por aviso, implicaría sostener que en estos juicios tampoco

sería posible la notificación por conducta concluyente regulada en el artículo 301 del CGP. ¿Alguien, acaso, se atrevería a proclamarlo?

6. Para promover un proceso monitorio es necesaria la conciliación prejudicial obligatoria?

Respuesta: Sí, porque no fue excluido de la regla establecida en el artículo 38 de la ley 640 de 2001, modificado por el artículo 621 del CGP.

En efecto, conforme a esa disposición, “si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demanda o sea obligatoria la citación de indeterminados.” Por eso constituye motivo de inadmisión de la demanda, no acreditar que se agotó esa conciliación (CGP, art. 90, inc. 3, num. 7).

Por tanto, si el monitorio es un proceso declarativo –por lo menos así lo catalogó el CGP, más allá de las discusiones doctrinales sobre su naturaleza-; la materia de la que se ocupa es conciliable –pago de una obligación dineraria surgida de un negocio jurídico-; no fue incluido dentro de los casos exceptuados; y en él ni siquiera tiene cabida un emplazamiento, resulta incontestable que el demandante debe acreditar que intentó la referida conciliación prejudicial, para que su

demanda pueda dar lugar a un requerimiento de pago.

Se dirá que el artículo 420 del CGP, que refiere –en norma especial- los requisitos de la demanda en el proceso monitorio, no incluyó esa exigencia, pero no lo es menos que ella tampoco aparece en el artículo 82, que precisa –en norma general- las exigencias formales de todo libelo inicial; más aún, ni siquiera aparece dentro de los anexos relacionados en el artículo 84. Por eso no cabe hacer la exclusión por la vía del contraste de tratamiento con el régimen general, porque si se miran bien las cosas, no hay un trato disímil. Para todo proceso declarativo, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad.

Por supuesto que cabe la posibilidad de acudir directamente ante los jueces en proceso monitorio, sin necesidad de agotar el requisito en cuestión, si el demandante solicita la práctica de una medida cautelar, como lo autoriza el parágrafo 1º del artículo 590 del CGP. Y como en esos juicios pueden practicarse las cautelas previstas para los demás procesos declarativos (CGP, art. 421, par.), de reclamarse una de ellas, no podrán los jueces inadmitir las demandas so pretexto de no haberse acreditado el cumplimiento de la conciliación prejudicial.

7. El proceso monitorio se aplica para obligaciones originadas en un contrato de trabajo?

Respuesta: Para responder esta pregunta debemos resolver dos cuestiones: la primera, si el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social incorpora alguna disposición, por lo mismo especial, que gobierne la construcción de un título ejecutivo, y la respuesta es negativa. La segunda, si el Código General del Proceso es aplicable a los juicios laborales, a lo que respondemos afirmativamente, porque según su artículo 1º, esa codificación regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios”, pero también gobierna *“los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad..., en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.”* (se resalta)

Quiero ello decir que el Código General del Proceso es un estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social, en todo aquello que no esté regulado en el código de esa especialidad de la jurisdicción ordinaria. Más aún, el propio artículo 145 del CPTSS, ordena que, “a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo... se aplicarán las del Código Judicial (léase CGP).

Por consiguiente, si el Código Procesal del Trabajo no reguló la formación de un título ejecutivo, es forzoso aplicar las normas del Código General del Proceso que regulan esa materia, máxime si se considera, ello es medular, que el proceso monitorio sólo tiene cabida respecto de obligaciones dinerarias originadas en un contrato, sin que el artículo 420 del CGP hubiere distinguido en la tipología de negocio jurídico: civil, mercantil, agrario, laboral, etc.

No se desconoce que el Código Procesal del Trabajo tiene previsto un procedimiento ordinario para resolver los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en un contrato de trabajo; empero, el proceso monitorio tiene como una de sus finalidades construir un título ejecutivo, que es un asunto diferente.

Por eso creemos que ese proceso declarativo especial sí tiene aplicabilidad en los pleitos de naturaleza laboral.

8. En la oposición que se formule dentro de un proceso monitorio se puede formular la excepción de prescripción?

Respuesta: Si, porque sólo es posible dictar una sentencia que se convierta en título ejecutivo para recaudar una obligación, si ésta es exigible, por lo que si ella prescribió, se convirtió en una obligación natural que no da derecho a exigir su cumplimiento (CGP, art. 1527).

De allí que el inciso 4º del artículo 421 del CGP no hubiere hecho ninguna distinción en cuanto a la modalidad de defensa del demandado. Simplemente refirió que si contesta la demanda “con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte”, se convocará a una audiencia que definir el conflicto. Y es claro que dentro de esas razones cabe la posibilidad de alegar la prescripción extintiva de la deuda.

9. Puede acudirse a un proceso monitorio respecto de obligaciones declaradas prescritas en sentencia judicial?

Respuesta: No, por los motivos expresados en la respuesta anterior, específicamente que si el proceso monitorio presupone la existencia de una obligación de origen contractual determinada y exigible (CGP, art. 419), no es viable acudir a ese juicio especial para construir un título ejecutivo y obtener el pago de una deuda que perdió su exigibilidad.

El monitorio, en síntesis, no es proceso que permita revivir obligaciones extinguidas.

10. Puede acudirse al proceso monitorio por una obligación de menor cuantía, para obtener un requerimiento de pago parcial?

Respuesta: Sí, porque en asuntos procesales relativos a contratos, lo que determina la cuantía es el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda y no el monto total de las obligaciones acordadas (CGP, art. 26).

Esa la razón por la cual si el valor total de la obligación contraída es de \$500'000.000,00, pero el saldo pendiente de pago es de \$12'000.000,00 (al que se concreta la pretensión), el asunto será de mínima cuantía y no de mayor. Por consiguiente, la mínima cuantía a la que se refiere el artículo 419 del CGP, debe establecerse con

miramiento en las reglas de los artículos 25 y 26 de esa codificación.

11. Puede adelantarse un proceso monitorio contra los herederos del deudor fallecido?

Respuesta: No. Si en el proceso monitorio no es procedente “el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador *ad litem*”, según prohibiciones del párrafo del artículo 421 del CGP, es claro que no es posible adelantar uno de tales juicios contra los herederos del deudor fallecido, haya o no proceso de sucesión en curso, se tenga noticia o no de herederos determinados.

No se olvide que de acuerdo con el artículo 87 del CGP, si el proceso de sucesión no ha sido abierto, es necesario dirigir la demanda contra los herederos indeterminados, a quienes debe “emplazarse en la forma y para los fines previstos en este código” (inc. 1); si se conoce el nombre de algún heredero, en todo caso debe convocarse a aquellos (inc. 1, parte final); y si hay proceso de sucesión en curso, igualmente debe notificarse a los herederos indeterminados (inc. 3). Por tanto, como en tales eventos resulta ineludible la convocatoria edictal de los herederos indeterminados y en procesos monitorios está prohibida esa específica actuación, resulta incontestable que en esos juicios no es posible demandar a los herederos del deudor, cualesquiera que ellos sean: determinados o indeterminados.

Quiero ello decir que, por mandato de la ley, el monitorio es un

proceso que presupone deudor vivo.

12. Si se promueve un proceso monitorio con una demanda que tiene como anexo un título ejecutivo, debe el juez adecuar el trámite al de una ejecución?

Respuesta: Según el artículo 90 del CGP, en el auto admisorio de la demanda el juez debe darle “el trámite que legalmente le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada.”

Se trata de una regla de adecuación oficiosa del trámite que responde al principio de obligatoriedad de los procedimientos, en la medida en que “las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, obligatorio cumplimiento”, sin que puedan ser sustituidas por los jueces o los usuarios del sistema judicial (CGP, art. 13).

Por consiguiente, en el raro caso de que un demandante promueva un proceso monitorio, pese a tener –y aportar- título ejecutivo, le corresponde al juez ajustar la vía procesal a la adecuada, que es la de los procesos de ejecución, lo que significa que la primera providencia que debe proferir es un mandamiento y no un requerimiento de pago.

13. Para la viabilidad del proceso monitorio es suficiente la exigibilidad de la obligación, o es necesario que el deudor esté en mora?

Respuesta: Ante todo precisemos que el proceso monitorio tiene como propósito fundamental construir un título ejecutivo y, parejamente, obtener el pago de la respectiva obligación.

Si nos atuviéramos simplemente a la primera finalidad, nada impediría convocar al deudor para que reconociera que debe, así la obligación no sea exigible. Y que no cause extrañeza la hipótesis, porque suele suceder en los interrogatorios de parte extraprocesales, en los que se busca que el obligado confiese la existencia de su deber de prestación, más allá de la posibilidad actual de pedir el cumplimiento.

Pero examinado el tema desde la perspectiva del segundo propósito, es apenas obvio que no puede impulsarse un proceso monitorio si la obligación no es exigible; al fin y al cabo, es la exigibilidad la que le permite al acreedor demandar del deudor el pago o solución.

Por eso el artículo 419 del CGP incluyó la exigibilidad de la obligación como presupuesto del proceso monitorio, pues en Colombia no es posible sostener que tales juicios únicamente sirven para crear un título de ejecución; suya también es la pretensión de pago.

14. La notificación del requerimiento de pago en los procesos monitorios, también constituye en mora al deudor?

Respuesta: Sí, por mandato del Código General del Proceso, pero también del Código Civil.

En efecto, se sabe que en materia de obligaciones es necesario distinguir entre el mero incumplimiento y la mora, que es un retardo culpable. Por tanto, un deudor incumplido no necesariamente es moroso porque para serlo es indispensable, por regla, que su acreedor lo reconvenga judicialmente (CC, art. 1608, inc. 3). En este orden de ideas, si la demanda en proceso monitorio da lugar a un requerimiento de pago contra el deudor, según lo previsto en el artículo 421 del CGP, ese requerimiento hace las veces de interpelación judicial en la medida en que tiene, precisamente, el propósito de exigirle al deudor demandado que satisfaga su deber de prestación.

Que ello es así lo reconfirma el Código General del Proceso, en el que se preservó aquella regla del Código de Procedimiento Civil conforme a la cual, la notificación del auto admisorio de la demanda “produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin...” (art. 94, inc. 2). Desde luego que la referencia al “auto admisorio de la demanda” es simplemente ejemplificativa, porque la idea del legislador es que el enteramiento personal –o por aviso- al demandado de la providencia que ordena convocarlo a un proceso declarativo, genere la mencionada consecuencia; y como el monitorio es un juicio de esa naturaleza, a él debe aplicársele la referida regla.

PROCESO EJECUTIVO

1. La norma del CGP que le ordena al ejecutante precisar la fecha desde la cual acelera el plazo, derogó o modificó el artículo 19 de la ley 546 de 1999?

Respuesta: Ni lo uno ni lo otro, porque el artículo 19 de la ley 546 de 1999 es una disposición especial, de aplicación preferente sobre el inciso 3º del artículo 431 del CGP.

En efecto, es cierto que esta última norma le impuso al acreedor ejecutante el deber de precisar la fecha desde la cual hace uso de la cláusula aceleratoria del plazo, en los casos en que ella fue pactada; sin embargo, se trata de una regla general que no provocó la derogatoria, ni expresa ni tácita, de la excepción prevista en el artículo 19 de la ley 546 de 1996, conforme a la cual “los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda.”

Por consiguiente, si la ejecución se refiere a uno de dichos créditos, la aceleración del plazo sólo tiene lugar desde el día en que se radica la demanda correspondiente; en los demás casos, el acreedor tiene que puntualizar la fecha de aceleración del plazo.

¿Cuál es la importancia del tema? El cómputo del plazo de

prescripción, que correrá –salvo en créditos de vivienda- desde el día en el que el acreedor decida acelerar el plazo.

2. Como el inciso 3° del artículo 431 del CGP establece que el ejecutante debe precisar en su demanda desde cuando hace uso de la cláusula aceleratoria, puede el acreedor pedir el pago de intereses moratorios a partir del día en que el deudor dejó de pagar la respectiva cuota de amortización del crédito?

Respuesta: La pregunta presupone que se trata de un crédito que debe pagarse mediante cuotas periódicas, en el que las partes acordaron el vencimiento anticipado del plazo por el no pago de una de ellas o por cualquier otro motivo previsto en la ley o en el contrato.

Con esa premisa, consideramos que mientras el acreedor no haga uso de la cláusula aceleratoria, no puede cobrar intereses de mora sobre el saldo total de la obligación. Suyo, en el entretanto, es el derecho a pedir el pago de esa tipología de réditos, pero únicamente sobre las cuotas dejadas de pagar.

Así se desprende del artículo 69 de la ley 45 de 1990, cuyo texto es el siguiente: “Cuando en las obligaciones mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario. En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo el

acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan sólo intereses.”

La norma no es un derroche de claridad, pero de ella se desprende que cuando el acreedor declare la deuda de plazo vencido, en ejercicio del derecho que le confiere la cláusula aceleratoria, podrá pedir el pago de intereses moratorios sobre el capital acelerado y, claro está, sobre las cuotas no pagadas. Antes de la fecha señalada por aquel, únicamente podrá reclamar la solución de las cuotas insolutas, con réditos de mora. De allí la importancia de la regla fijada en el inciso 3º del artículo 431 del CGP, que le da transparencia a la conducta del acreedor y le permite al deudor conocer, a ciencia cierta, la medida del derecho ejercido por aquel.

3. Si la muerte del deudor se produjo antes de la vigencia del CGP, pueden aplicarse los efectos del artículo 1434 del CC, aunque esté derogado?

Respuesta: No. Derogada la norma en cuestión, que imponía suspender –o no iniciar- las ejecuciones mientras se le notificaban los títulos ejecutivos a los herederos del deudor fallecido, no cabe que algunos de ellos reclamen la aplicación de la norma, so pretexto de que el deceso ocurrió antes de la vigencia del Código General del Proceso.

Cosa distinta es que antes de la vigencia del CGP ya se hubiere suspendido el proceso con esa finalidad, porque en ese evento el artículo 1434 del Código Civil y las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que materializaban ese derecho perviven por aquello de la ultractividad. Pero en los demás casos, ni modo de traer a colación una norma que perdió vigencia, menos aún para impedirle al acreedor el adelantamiento de la ejecución, máxime si la derogatoria de ese artículo implicó levantar una restricción a su derecho de acceso a la justicia y a materializar su derecho sustancial.

4. Cuál es la oportunidad para reformar la demanda en los procesos ejecutivos en los que no se proponen excepciones?

Respuesta: Establecía el inciso 2º del numeral 1º del artículo 89 el Código de Procedimiento Civil que, “en los procesos ejecutivos, la reforma [de la demanda] podrá hacerse a más tardar en los tres días siguientes al vencimiento del término para proponer excepciones.” Lo importante, en esa regla, no era si se planteaban tales defensas, sino al advenimiento del término aludido.

En el Código General del Proceso, la reforma de la demanda en juicios ejecutivos tampoco está supeditada a la conducta procesal que asuma el ejecutado. Ni más faltaba que un derecho del demandante estuviera condicionado a un comportamiento de su demandado. Pero como el código implementó procesos orales y por audiencias, un nuevo hito fue fijado: “antes del señalamiento de la audiencia inicial.” (CGP, art. 93).

El mensaje del legislador fue claro: el pleito debe llegar invariable a la audiencia; antes de ella, bienvenidas son las mutaciones.

Pues bien, en el caso de las ejecuciones en las que el demandado no planteó ningún tipo de defensa, la reforma de la demanda se puede hacer “en cualquier momento, desde su presentación”, como lo precisa el artículo 93 del CGP, hasta antes de proferirse el auto que ordena seguir adelante con la ejecución (CGP, art. 440, inc. 2). Aunque el código no señaló este hito, es evidente que no puede existir otro, por sustracción de materia, dado que ante la ausencia de excepciones no hay lugar a una audiencia. Pero además, si esa providencia marca el cierre de la ejecución impropia para darle paso a la ejecución forzada, se impone colegir que es ese –y no otro- el momento de cierre para que el demandante reforme su demanda, cuando su ejecutado permaneció silente, habida cuenta que en esa fase ulterior no hay espacio para controvertir el derecho.

5. En los procesos ejecutivos en los que únicamente se pretende la efectividad de la garantía real, es procedente la adjudicación al acreedor del bien hipotecado o prendado, cuando se declara desierto el remate?

Respuesta: En un libro que publiqué respondí afirmativamente este cuestionamiento, y nuevamente lo hago recordando que el derecho de adjudicación que tienen los acreedores con garantía real está previsto en la ley sustancial, más concretamente en el Código

Civil, cuyo artículo 2422 precisa que “El acreedor prendario [y lo mismo el hipotecario, según el art. 2448] tendrá *derecho de pedir* que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o *que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.*” (se resalta).

Por tanto, es claro que tales acreedores, hipotecario y prendario, sí tienen derecho a que la cosa prendada o hipotecada se les adjudique cuando la subasta fracasa por falta de postores, sin que se pueda interpretar el Código General del Proceso en el sentido de negar ese derecho, no sólo porque esa conclusión no emerge de su texto, sino también porque la existencia del derecho en cuestión no depende de esa codificación procesal sino de la ley sustancial, a cuya realización está comprometido el nuevo ordenamiento (C. Pol. art. 228 y CGP, arts. 2 y 11).

Más, para abundar en razones, traeré aquí lo que expresé sobre el tema en mis *Ensayos sobre el Código General del Proceso*:

En el artículo 468 del Código General del Proceso no aparece regulado de manera general el ejercicio del derecho de adjudicación que tiene el acreedor con garantía real cuando la licitación se declara desierta por falta de postores, como sí lo

hacían los numerales 3 y 4 del artículo 557 del Código de Procedimiento Civil. Tan solo se precisó, en los incisos finales del numeral 5 de aquella disposición, que la prenda cuyo valor no sea mayor a un salario mínimo mensual puede ser adjudicada directamente al acreedor, sin necesidad de subasta, y que si a pesar del remate o de la adjudicación del bien hipotecado o prendado la obligación no se extingue, el acreedor tiene la posibilidad de perseguir otros bienes del ejecutado, si este también es deudor.

¿Se olvidó regular el derecho a la adjudicación por falta de postores, que es derecho esencial de los acreedores hipotecario y prendario, según lo dispuesto en los artículos 2422 y 2448 del Código Civil? No. Definitivamente la respuesta es negativa ¿Por qué? Porque la adjudicación de la garantía real está regulada en el artículo 467 del Código General del Proceso, circunstancia que hacía innecesario reproducir las reglas correspondientes dentro de un artículo que, como el 468, tiene como único propósito fijar las pautas especiales para el ejercicio del derecho a la venta. La mención a la adjudicación de la prenda de menor valor era obligada para excluirla del remate.

Por consiguiente, si el remate se declara desierto, podrá el acreedor con garantía real pedir la adjudicación, como lo

establece el literal e) del numeral 3 del artículo 467, en cuanto señala que, “si no se presentaren postores, se procederá a la adjudicación en la forma aquí prevista”, es decir, “por un valor equivalente al noventa por ciento (90%) del avalúo” (C. G. P., art. 467, num. 4), a lo que procederá el juez mediante auto.

Se dirá que no existe fundamento para que la adjudicación en subasta se haga por el ciento por ciento del valor del bien, mientras que la que se hace por vía de adjudicación se verifique por el 90 por ciento. Pero si la hay. Si no hubo postores, es comprensible que el acreedor hipotecario o prendario reciba el bien por un precio un poco menor.

Lo que sí no es claro es el momento en el que debe pedirse la adjudicación, luego de frustrada la subasta: el artículo 467 del Código General del Proceso no lo dice porque la petición está formulada desde la demanda. El artículo 468, como quedó visto, no reguló la materia. Con apego a la regla trazada por el artículo 12 de esa codificación, creemos que la solicitud debe hacerse dentro de los cinco días siguientes al remate, por aplicación analógica del penúltimo inciso del numeral 5 del artículo 468, que gobierna la adjudicación de la prenda de poco valor. (Temis-Javeriana, Bogotá, Vol. II, 2014, pp. 116 y 117)

6. En las ejecuciones mixtas que involucran una garantía mobiliaria, también se aplica la restricción de excepciones prevista en la ley 1676 de 2014?

Respuesta: No. La limitación de excepciones que establecen los artículos 61 y 66 de la ley 1676 de 2013, únicamente se aplica a los mecanismos de ejecución judicial y especial regulados en esa normatividad para la efectividad de las garantías mobiliarias.

Por consiguiente, si el acreedor decide ejercitar tanto la acción personal como la derivada de esa garantía, necesariamente se sujeta a las reglas generales del Código General del Proceso, que no imponen restricciones al ejercicio del derecho de defensa por parte del ejecutado, salvo en el caso de aquellas fincadas en providencias judiciales.

Ni modo de expandir a otras hipótesis, lo que constituye una verdadera excepción.

7. Aunque el artículo 430 del CGP establece que el juez no puede reconocer o declarar en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, que el título ejecutivo tiene defectos formales, puede negar esa continuidad porque la obligación no es clara, expresa o carece de exigibilidad?

Respuesta: Veamos: El artículo 430 del CGP sólo se refiere a los requisitos formales del título ejecutivo, no a los requerimientos sustanciales del respectivo negocio jurídico, ni al derecho sustancial propiamente dicho.

Por tanto, esa norma no dice más de lo que dice, ni se le puede ampliar o ensanchar su espectro. Tampoco, desde luego, es posible recortarle sus alcances o hacérsele decir lo que no dice, menos aún contra su texto, porque el intérprete, en todo caso, debe preferir la interpretación que genere un efecto útil para la norma, por sobre aquella otra que se lo niegue.

Por consiguiente, si la obligación no es exigible, no es posible continuar con la ejecución porque, a falta de ella, el acreedor no puede reclamarle a su deudor el cumplimiento del deber de prestación. Así lo impone el derecho sustancial, al que no se puede oponer la interpretación de una norma procesal. Y si el ejecutado no es el deudor, pues tampoco cabe abrirle paso a la ejecución forzada, por más que hubiere guardado silencio. Aquí falla la legitimación en la causa, que es presupuesto de la pretensión, y falla, claro está, la claridad de la obligación, dado que el demandado no es el sujeto pasivo del deber de prestación. Nuevamente la cuestión radica en el derecho sustancial, no en los requisitos formales del título.

Cosa distinta es que, por ejemplo, se hubiere librado mandamiento de pago con fundamento en la quinta copia de la escritura pública que da

cuenta de la obligación. Si el ejecutado se mantuvo silente, no protestó el mandamiento de pago y no planteó ningún tipo de defensa, el juez – ahí sí- debe darle continuidad a la ejecución, sin que se pueda negar a hacerlo so pretexto de que debió acompañarse la primera, porque ese “defecto formal” no puede ser reconocido o declarado por él. En este ejemplo no hay inconveniente con el derecho sustancial; el asunto es de mera exigencia probatoria.

Luego la veda que tiene el juez, en buena hora establecida, es sólo para aquellos casos puntuales de “defectos formales”, pero so capa de esa restricción, no es posible desconocer los mandamientos del derecho sustancial. Y sobraría decirlo, pero hay que hacerlo, la circunstancia de que el juez sí deba pronunciarse oficiosamente sobre asuntos que conciernen al derecho material, no implica que, por esa vía, los jueces terminen incluyendo temas relativos a la mera forma del título de ejecución, respecto de los cuales el legislador implementó el principio de preclusión temática.

Una cosa más. Puede suceder que el título ejecutivo sea defectuoso, aún desde la perspectiva del derecho sustancial. Por ejemplo, que el documento señale que la obligación se pagará en su totalidad el 15 de febrero de 2015, y al mismo tiempo que lo será en 4 cuotas de igual valor que se causan a partir del 15 de enero de 2014. Pero si el ejecutado plantea excepciones y en la audiencia ambas partes admiten que el pago debía hacerse en la primera de las fechas aludidas, no podría el juez negarse a continuar con la ejecución sobre

la base de no ser clara la exigibilidad de la obligación, pues esa incorrección quedó superada con la manifestación conjunta de las partes. Al fin y al cabo, el título ejecutivo no es más que una muy buena prueba que debe ser apreciada en conjunto con las demás que obren en el proceso, como lo ordena el artículo 176 del CGP, sin que en la hora actual y en el momento actual quepa traer a colación viejos paradigmas como el que decía que el título ejecutivo no se podía formar durante el proceso, pues estos son tiempos de prevalencia del derecho sustancial. A igual conclusión se puede arribar cuando el ejecutado guarda silencio, porque si en la demanda el ejecutante señaló una fecha de exigibilidad, la ausencia de contestación hace presumir cierto ese hecho (CGP, art. 97), máxime si, en adición, el legislador ordena proferir, de plano, un auto que ordene seguir adelante la ejecución.

8. En los procesos ejecutivos se puede plantear la excepción de falta de requisitos del título-valor, o ese alegato debe hacerse a través de recurso de reposición contra el mandamiento de pago? En ese caso también cabe la prohibición de examinarlos de oficio?

Respuesta: Sí es posible plantear la excepción de falta de requisitos del título-valor, como también es viable, en determinadas circunstancias, que el juez se pronuncie de oficio sobre la ausencia de formalidades del instrumento negociable.

En efecto, recordemos que contra la acción cambiaria pueden proponerse las excepciones fundadas “en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente” (C. de Co., art. 784, num. 4). Al fin y cabo, las exigencias de los títulos-valores, tanto generales como especiales, son de naturaleza sustancial, por lo que de acuerdo con la regla del rigor cambiario, esos documentos sólo producirán los efectos previstos en la ley, “cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma” (C. de Co., art. 620).

Con otras palabras, si la ausencia de formalidades que le son propias a un título-valor da lugar a su *ineficacia* –sanción material del negocio jurídico prevista en el artículo 897 del estatuto mercantil, que opera de pleno derecho y no requiere declaración judicial-, es claro que no sirve como título ejecutivo un documento que no califica como título-valor por ser ineficaz, esto es, por no reunir los requisitos que la ley establece para considerarlo como tal.

Téngase en cuenta, además, que el artículo 784 del Código de Comercio, relativo a las excepciones de mérito que pueden formularse contra la acción cambiaria, es una norma especial que, por lo mismo, no se entiende derogada tácitamente por el Código General del Proceso so pretexto de haberse previsto en él que “los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo” (art. 430, inc. 2).

No podía ser de otra manera, si se repara en que el tenedor legítimo de un título-valor que no ha sido pagado, lo que ejerce con fundamento en él es una *acción cambiaria* (C. de Co., art. 780), unas veces directa, otras veces de regreso, que es una noción con perfiles diferentes de la *acción ejecutiva*, así aquella se tramite por el procedimiento ejecutivo (C. de Co., art. 793).

Luego es posible que el ejecutado plantee la excepción de falta de requisitos formales en el título-valor que soporta la ejecución, y que el juez, de oficio, se ocupe de ellos cuando resuelva sobre la continuidad de la ejecución.

9. Puede el juez, al momento de resolver sobre la continuidad de la ejecución, examinar oficiosamente los requisitos formales del título ejecutivo, al amparo del control de legalidad?

Respuesta: No, porque el control de legalidad tiene como única finalidad “corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso” (CGP, art. 132).

Con otras palabras, aquella es una figura que autoriza al juez para revisar la regularidad del procedimiento, no para inmiscuirse en el título ejecutivo o para revisar la corrección de una providencia judicial.

Pero además, si el mismo código, en el artículo 430 del CGP, previó que “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”, es imposible interpretar el artículo 132 de esa misma codificación para darle un alcance que le niegue efectos a aquella norma, máxime si una y otra se ocupan de conceptos disímiles. Si se quiere, la pregunta sugiere una interpretación *contra legem*.

10. Puede el juez declarar oficiosamente la falta de requisitos formales del título, con respaldo en el artículo 282 del CGP, que le permite reconocer excepciones de oficio?

Respuesta: No, salvo en el caso de los títulos-valores, por las razones expresadas en respuesta anterior.

Pero además, si excepción de mérito es aquella “herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos” y “apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose”(Corte Suprema de Justicia, cas. civ. de 11 de junio de 2001; exp.; 6343), resulta incontestable que la de ausencia –o falta- de requisitos formales del título ejecutivo no es una verdadera excepción, así se le denomine por el ejecutado, quien no puede, a voluntad, calificar una defensa como tal, pues según reconocido axioma jurisprudencial, en derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son o quieren que sean.

Cosa distinta ocurre en los títulos-valores, por cuanto las formas conciernen a la eficacia material del acto, y no a requerimientos probatorios.

Por consiguiente, tampoco cabe traer a colación el artículo 282 del CGP, para que el juez pueda superar la prohibición que le impuso el inciso 2º del artículo 430 del mismo estatuto.

11. Si el juez niega directamente el mandamiento de pago por no existir título ejecutivo, puede el ejecutante pedir que su demanda se tramite por el proceso verbal o por el proceso monitorio, en aplicación analógica del inciso 3 del artículo 430 del CGP?

Respuesta: Si, porque si se miran bien las cosas, se trata de la misma hipótesis.

En efecto, según el inciso 3º del artículo 430 del CGP, “Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, 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.” Y, ¿cuál es la decisión que adopta el juez cuando revoca la orden de pago? Pues negar el mandamiento ejecutivo, lo que evidencia que la hipótesis que plantea la pregunta es

la misma que trae dicha norma.

Con otras palabras, lo que, en últimas, pretende el legislador con esa disposición, es que el derecho sustancial no resulte sacrificado por cuenta de haberse equivocado el demandante en la escogencia de la vía para ejercerlo. Si la negativa de mandamiento es liminar o sobreviniente, puede aquel pedirle al juez que a su demanda se le dé, entonces, el trámite del proceso verbal o el del monitorio, sin necesidad de un nuevo reparto, porque esta formalidad deviene innecesaria, según lo previsto en la parte final del artículo 11 del CGP.

Por supuesto que si el juez niega directamente el mandamiento de pago y el demandante pide que se impulse uno de tales procesos, el auto admisorio de la demanda o el requerimiento de pago deben notificarse al demandado personalmente o por aviso, pues el enteramiento por estado sólo procede si éste “ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo”, expresión de la ley que reafirma la respuesta afirmativa.

12. Si el ejecutado no propone excepciones de mérito y opta por presentar las liquidaciones del crédito y costas, acompañadas del título de consignación de la suma respectiva a órdenes del juzgado, pero con deducción de unos abonos que el ejecutante – al descorrer el traslado- no acepta, puede el juez pronunciarse sobre los pagos parciales alegados?

Respuesta: No, porque ya precluyó la oportunidad que tenía el demandado para defenderse y discutir el monto de la deuda.

No se olvide que expedida la orden de continuar la ejecución, se abre paso la fase de cumplimiento forzado de la obligación, sin que el ejecutado pueda aprovechar el escenario de la liquidación del crédito para revivir un término vencido, máxime si el estado de cuenta debe presentarse “de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo” y en aquella otra providencia.

Cosa distinta es que el acreedor ejecutante acepte los pagos parciales realizados; pero de no hacerlo, no puede el juez terciar en esa disputa, menos aún si no existe un escenario probatorio.

13.Cuál es la interpretación del numeral 2º del artículo 444 del CGP? Acaso el segundo plazo de tres días simplemente constituye un término menor de traslado si el avalúo no se allega oportunamente?

Respuesta: Veamos lo que establece esa disposición: “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.”

Se trata, pues, de una norma que gobierna la publicidad de los avalúos presentados tempestivamente y el ejercicio del derecho de contradicción, en la medida en que fija, de una parte, un término de traslado de aquellos, y de la otra, autoriza la presentación en ese plazo de otro avalúo que sirva de prueba de refutación, que como es apenas obvio debe ponerse en conocimiento de los demás contendientes.

Luego el trámite de los avalúos en procesos ejecutivos tiene, en lo basilar, dos etapas: (i) presentación por cualquiera de las partes o el acreedor de remanentes: veinte (20) días; (ii) traslado a quienes no lo hubieren allegado: diez (10) días. Y ¿qué puede hacer la parte contra la que se presenta el avalúo dentro de este último plazo? Allegar otro avalúo, del que se dará traslado a la parte que allegó el dictamen objeto de contradicción, por un término de tres (3) días, tras lo cual el juez resolverá la discusión.

14. Cuando el acreedor hipotecario participa en una subasta programada dentro de una ejecución mixta, su postura puede arrancar en el 70% o debe hacerla por el 100% del valor del bien?

Respuesta: Sí puede despuntar en el 70% del avalúo del bien, porque en esa hipótesis no tienen aplicación las reglas especiales sobre subasta previstas en el numeral 5º del artículo 468 del CGP –en el que se ordena la adjudicación por “el precio del bien”–, sino las generales contenidas en los artículos 448, inc. 3º y 451 de esa

codificación.

Aunque en ambos casos el ejecutante ejerce acción real, lo que sugeriría que debe darse el mismo tratamiento, no se puede pasar por alto que en la apellidada acción mixta también se ejercita la acción personal, lo que significa que el acreedor hipotecario o prendario abre la posibilidad de participación de acreedores quirografarios, con quienes debe ser puesto en posición de igualdad durante la subasta.

15. Si en un proceso ejecutivo se proponen excepciones previas por vía de recurso de reposición, las que requieran práctica de pruebas deben resolverse en audiencia o por fuera de ella?

Respuesta: En los procesos ejecutivos no se plantean propiamente excepciones previas, sino que los hechos que las configuren deben ser alegados a través de recurso de reposición contra el mandamiento de pago (CGP, art. 442, num. 2). Por eso no cabe hacer distinción sobre excepciones previas que requieran o no práctica de pruebas, en orden a precisar el momento en el que el juez debe pronunciarse sobre ellas –como sí ocurre en el régimen general (CGP, art. 101, num. 2)-, porque, se insiste, tales defensas no tienen cabida en las ejecuciones.

Por tanto, las alegaciones relativas a hechos que justifican excepciones previas deben resolverse antes de la audiencia respectiva, sin que ésta pueda utilizarse para recaudar pruebas

concernientes a ellos. El juez resolverá la reposición en el sentido que legalmente corresponda, para luego sí convocar a la vista pública, en caso de haberse propuesto excepciones de mérito y surtido el traslado de las mismas (CGP, art. 443, num. 2). En rigor, para decidir el recurso no existe oportunidad probatoria, porque la parte que alegó esos hechos debió aportar con su escrito todas las pruebas que estaban en su poder. Muy excepcionalmente podrían los jueces conceder una oportunidad para probar un determinado hecho, sin que en ningún caso sea un derecho de la parte o pueda ser utilizada por el juzgador para suplir la carga de aportación que tiene el ejecutado.

16. La comisión a notarios, martillos, centros de conciliación, arbitraje y cámaras de comercio para hacer los remates, también está restringida a que el bien se encuentre ubicado dentro de su ámbito de competencia?

Respuesta: Si, porque ese es el presupuesto del artículo 454 del CGP, cuyo párrafo 1º tan sólo se limitó a posibilitar la comisión para hacer el remate a los notarios, los martillos, los centros de conciliación, arbitraje y las cámaras de comercio.

Ni más faltaba que tales comisionados pudieran adelantar subastas de bienes que están ubicados por fuera de su territorio. A ellos igualmente se les aplica la restricción prevista para los jueces, que sólo pueden ser delegados para subastar bienes situados en el lugar de su sede.

17. ¿Cuál es el trámite del proceso ejecutivo cuando se ejercita la acción mixta? O ésta fue eliminada por el CGP?

Respuesta: Una de las virtudes del Código General del Proceso es la unificación de trámites, para evitar que el usuario de la administración de justicia se pierda en los intersticios del procedimiento.

Por eso existe un único procedimiento ejecutivo, útil para ejercer la acción personal, la acción real o la acción mixta, que no ha desaparecido porque se encuentra autorizada en el Código Civil, más concretamente en su artículo 2449, subrogado por el artículo 28 de la ley 95 de 1890, en el que se establece que “El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente, aún respecto de los herederos del deudor difunto; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera.”

Por consiguiente, si el acreedor decide ejercer conjuntamente la acción personal y la hipotecaria o prendaria, el trámite que le corresponde a su demanda es el de toda ejecución, que bajo el Código General del Proceso no mira qué tipo de acción fue la ejercitada.

18. Como el trámite del proceso ejecutivo es uno sólo, cómo saber que el acreedor únicamente ejercita la acción real hipotecaria o prendaria?

Respuesta: Depende de su pretensión, pues si lo que persigue el acreedor es el pago de la deuda con el sólo producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, el juez debe observar las reglas especiales del artículo 468 del CGP.

Desde luego que esa súplica debe estar clara en la demanda (CGP, art. 82, num. 4), sin que pueda deducirse del sólo hecho de haberse solicitado como única medida cautelar el embargo del bien hipotecado o prendado, toda vez que puede suceder que el ejecutante que también ejercitó su acción personal, no haya encontrado aún otros bienes que integren el patrimonio del deudor, pero deja abierta la posibilidad de perseguirlos, una vez detectados.

Por tanto, aunque el trámite del proceso ejecutivo es el mismo para todo tipo de “acciones” (personales, reales o mixtas), la aplicabilidad de las reglas especiales dependerá de las pretensiones de la demanda, que son las que dibujan la modalidad de acción ejercitada.

19. La copia de un contrato presta mérito ejecutivo?

Respuesta: Sí, porque las copias tienen el mismo valor probatorio del original, por mandato del artículo 246 del CGP, a menos que la ley

requiera la exhibición del original (como en los títulos-valores; C. Co., art. 619) o de una determinada copia (la primera, cuando la obligación consta en escritura pública; Dec. 960/70, art. 80, mod. Dec. 2163/70, art. 43).

Por tanto, no es tiempo de manejar escrúpulos probatorios con las copias, como sucedía bajo el Código de Procedimiento Civil. Si el acreedor tiene el original, suyo es el deber de aportarlo (CGP, art. 245, inc. 2), pero si carece de él, que no se sacrifique el derecho sustancial por cuenta de miramientos atávicos.

Se dice que por esa vía quedó habilitada la posibilidad de intentar múltiples ejecuciones con sendas copias del documento; pero ese recelo o prevención, amén de desconocer el claro texto legislativo, presupone la mala fe del acreedor, por lo que esa hipótesis no puede servir de acicate para construir la interpretación de una norma jurídica, y menos aún para privarla de efectos.

20. La presentación de avalúos en un proceso ejecutivo está supeditada a la ejecutoria de la orden de seguir adelante con la ejecución, o sólo a su notificación?

Respuesta: Únicamente a la notificación. Aunque el artículo 444 del CGP menciona los dos conceptos (primero notificación, e inmediatamente después la ejecutoria), es claro que la presentación del avalúo de los bienes que para ese momento ya se encuentren

embargados y secuestrados sólo depende de la notificación de la providencia que le abre paso a la ejecución forzada, porque según el mismo código, el recurso de apelación contra la sentencia se tramita en el efecto devolutivo, lo que significa que pese a la impugnación la providencia puede cumplirse, salvo el remate y la entrega de dineros.

Con otras palabras, si se afirmara que los avalúos sólo pueden radicarse cuando quede en firme la orden de seguir adelante con la ejecución, la interposición del recurso de apelación, en la práctica, se surtiría en el efecto suspensivo, pese a que según la ley debe tramitarse en el devolutivo.

Por consiguiente, como el intérprete debe preferir la interpretación que le dé efecto útil a la norma por sobre aquella que se lo niega, se impone colegir que los avalúos sólo dependen de la notificación del auto o de la sentencia que ordena la continuidad de la ejecución.

PROCESOS LIQUIDATORIOS

SUCESIÓN

1. En los procesos de sucesión, en qué momento se le debe oficiar a la DIAN y qué efecto se genera en el trámite de aquel?

Respuesta: El juez que tramita el proceso de sucesión debe

ordenar que se oficie a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, al terminar la audiencia a la que se refiere el artículo 501 del Código General del Proceso, más concretamente tras la aprobación de los inventarios y avalúos, y el decreto de la partición.

Por tanto, finalizada la audiencia, el proceso de sucesión quedará suspendido hasta por veinte (20) días, mientras la administración de impuestos se hace parte en él.

En efecto, como las sucesiones ilíquidas están sometidas al impuesto sobre la renta y complementarios (ET, art. 7) y, además, los herederos y legatarios responden solidariamente por el pago de los tributos que le correspondan a ella –e incluso por las obligaciones del causante-, a prorrata de sus cuotas hereditarias o legados y sin perjuicio del beneficio de inventario (ET, art. 793), el artículo 844 del Estatuto Tributario estableció que “los funcionarios ante quienes se adelanten o tramitan 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”, y que “si dentro de los veinte (20) días siguientes a la comunicación la Administración no se ha hecho parte, el funcionario podrá continuar con los trámites correspondientes”, estando habilitados los herederos, asignatarios o legatarios para “solicitar acuerdo de pago por las deudas fiscales de la sucesión”, con fundamento en el cual la DIAN, “en la resolución que aprueba el acuerdo..., autorizará al funcionario para que proceda a tramitar la partición de los bienes, sin el requisito del pago total de las

deudas.”

Por consiguiente, como el decreto de partición se hace en la misma audiencia en la que el juez aprueba los inventarios y avalúos (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, arts. 501 y 507), y lo que dispone el Estatuto Tributario es que no se puede “tramitar la partición” sin que previamente se le informe a la DIAN sobre la existencia del proceso, creemos que el juez debe ordenar que se libere el oficio respectivo, al finalizar la audiencia en la que aprueba dichos inventarios y ordena la partición.

Sostener que el oficio debe librarse antes de decretar la partición implicaría suspender la audiencia, para reanudarla luego – transcurridos 20 días- con el único propósito de proferir el auto que disponga dicha actuación (CGP, art. 507), lo que resulta contrario a los principios de eficiencia y economía procesal, e incluso al mismo Estatuto Tributario, pues el propósito de su artículo 844 es que no se tramite la partición mientras no se defina la cuestión fiscal.

Por tanto, como en el nuevo ordenamiento procesal el auto aprobatorio de los inventarios y avalúos, así como el decreto de partición, tienen lugar en una misma audiencia, se impone colegir que el oficio correspondiente debe librarse al terminar esa vista pública. Al fin y al cabo, una cosa es ordenar que se haga la partición y otra tramitarla.

2. Si un asignatario es notificado de la apertura del proceso de sucesión y no comparece, se presume que repudia. Sin embargo, el mismo artículo 492 dice que no puede impugnar la partición con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que la aprueba. Por tanto, si en el curso del proceso prueba que ya había aceptado la herencia antes, expresa o tácitamente, puede ser reconocido como heredero y adjudicársele bienes?

Respuesta: Sí, porque lo que hizo el Código General del Proceso, en un todo de acuerdo con el Código Civil, fue *presumir* que el asignatario había repudiado la herencia, lo que no obsta para que en el curso del proceso de sucesión infirme esa presunción, demostrando que ya había aceptado la herencia.

No olvidemos que según el artículo 1290 del CC, “el asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia”; y como en la nueva codificación procesal el juez de la sucesión debe requerir a todos los herederos para que ejerzan ese derecho de opción, constituyéndolos así en mora (CGP, arts. 94, inc. 3, 490 y 492), bien podía el CGP, en este último artículo, reiterar que “los asignatarios que hubieren sido notificados personalmente o por aviso de la apertura del proceso de sucesión, y no comparezcan, se presumirá que repudian la herencia..., a menos que demuestren que con anterioridad la habían aceptado expresa o tácitamente.”

Por tanto, si los herederos pueden hacerse parte en el proceso de

sucesión hasta antes de la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la última partición o adjudicación de bienes (CGP, art. 491, num. 3), cabe afirmar que, pese a la presunción de repudio, el asignatario puede demostrar –en el momento de comparecer- que había aceptado la herencia antes de ser constituido en mora, lo que da lugar a su reconocimiento como heredero, con todo lo que ello implica.

3. Qué consecuencias tiene la inasistencia de todas las partes a la diligencia de inventarios y avalúos?

Respuesta: La audiencia, aunque se instala, no puede celebrarse por imposibilidad de desarrollar su objeto.

En efecto, que la audiencia debe ser iniciada, “aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes”, es cosa que no se discute, pues lo precisa la regla general para toda vista pública, establecida en el artículo 107 del CGP. Pero como el inventario debe ser presentado por los interesados relacionados en el artículo 1312 del CC, su inasistencia impide cumplir con el objeto de aquella.

El juez, por ende, debe fijar nueva fecha, dándole aplicación al artículo 317, numeral 1º, del CGP, advirtiéndole a los interesados que de no concurrir a la audiencia, se terminará el proceso por desistimiento tácito.

4. Quien resuelve el conflicto de competencia que se presenta cuando se tramitan dos o más sucesiones de un mismo causante?

Respuesta: A diferencia del Código de Procedimiento Civil, en el General del Proceso quedó establecido que cuando se adelanten dos o más juicios de sucesión de un mismo causante, prevalecerá el que se haya inscrito primero en el registro nacional de apertura de procesos de sucesión (CGP, art. 522), lo que descarta la posibilidad de un conflicto de competencia.

Por eso el artículo 522 del CGP puntualizó que, en esa hipótesis de multiplicidad de causas mortuorias, “cualquiera de los interesados podrá solicitar que se decrete la nulidad del proceso inscrito con posterioridad” en el aludido registro nacional, acompañando “prueba del interés del solicitante, los certificados sobre la existencia de los procesos y el estado en que se encuentren”, petición de la que conocerá el juez que tramita actualmente el proceso cuya invalidez se alega (incluso el Tribunal, si se encuentra, por ejemplo, en sede de apelación de la sentencia aprobatoria de la partición), quien tramitará un incidente al que se deben remitir los demás expedientes.

5. Es posible presentar inventarios y avalúos adicionales con posterioridad a la terminación del proceso de sucesión, con el único propósito de incluir un pasivo?

Respuesta: No, porque si ya se repartieron los bienes, no existe modo de materializar el pago dentro de la sucesión, ni el hecho de incluir un nuevo pasivo puede afectar la distribución que se hizo a través de un trabajo aprobado mediante sentencia ejecutoriada. Pero además, esa actuación, con esa única finalidad parece banal, si se considera que, en todo caso, el acreedor puede perseguir a los herederos del causante deudor, sin miramiento en la adjudicación.

Aunque el artículo 502 del CGP no hace distinción alguna, porque en él simplemente se precisó que “Cuando se hubieren dejado de inventariar bienes o *deudas*, podrá presentarse inventario y avalúo adicionales” (se resalta), es necesario entender que la inclusión de nuevos pasivos –y sólo de pasivos- únicamente se justifica cuanto no ha quedado en firme la partición, para que pueda tener lugar el pago de deudas, en los términos del artículo 503 del CGP.

Cosa distinta es que después de terminado el proceso de sucesión hubieren aparecido nuevos activos y nuevos pasivos, caso en el cual tienen cabida los inventarios y avalúos adicionales, con esa doble finalidad.

JURISDICCION VOLUNTARIA

1. En los procesos de divorcio por mutuo acuerdo, en los que no hay medios probatorios que practicar, la sentencia debe dictarse en audiencia o se puede proferir de plano y por escrito?

Respuesta: Lo normal en los procesos de jurisdicción voluntaria a través de los cuales se tramita un divorcio por mutuo consentimiento, es que no sea necesario recaudar y practicar pruebas distintas de las aportadas con la demanda.

Por consiguiente, es claro que en esa hipótesis se configura la causal prevista en el numeral 2º del inciso 3º del artículo 278 del CGP, por lo que el juez deberá dictar sentencia anticipada, lo que necesariamente excluye la realización de una audiencia, pues el inciso final del artículo 120 de dicho estatuto le ordena al juez que, en esos casos, dicte “inmediatamente” la providencia respectiva.

Téngase en cuenta que la sentencia anticipada no es una opción, sino un *deber* del juez, y que según la regla de informalidad, los jueces también deben abstenerse de cumplir formalidades (aquí la audiencia) que se tornen innecesarias (CGP, art. 11).

2. En los procesos de interdicción por discapacidad mental, el dictamen pericial debe ser judicial o debe ser de parte?

Respuesta: Para solucionar este interrogante es necesario recordar que en el Código General del Proceso son las partes las que, por regla, deben aportar la prueba pericial (CGP, art. 227); sólo excepcionalmente se autoriza al juez para proveerla, cuando procede de oficio o media amparo de pobreza (CGP, arts. 229, num. 2, y 231).

De igual manera, destaquemos que el Código General derogó tácitamente el artículo 28 de la ley 1306 de 2009, en el que se establecía que “en todo proceso de interdicción definitiva se contará con un dictamen completo y técnico sobre la persona con discapacidad mental absoluta realizado por un equipo interdisciplinario” –equipo que dicha ley dijo integrar pero que no integró-, toda vez que esa específica materia fue regulada por los numerales 3º y 4º del artículo 586 del CGP, en los que se dispuso que en el auto admisorio de la demanda “se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente”, el cual debe reunir cumplir ciertos requisitos.

Por consiguiente, también en los procesos de interdicción por discapacidad mental la peritación debe ser aportada por el demandante, sin que se pueda afirmar que debe ser provista por el juez porque tiene que decretarla en el auto admisorio de la demanda, dado que este ordenamiento lo único que hizo fue establecer que se trata de una prueba obligatoria, a lo que no le sigue que el dictamen deba ser judicial.

3. En los procesos de jurisdicción voluntaria, qué decisión debe adoptarse si ninguna de los interesados asiste a la audiencia y no justifican?

Respuesta: Como ocurre con toda audiencia, el juez debe instalarla por mandato del inciso 3º del numeral 1º del artículo 107 del

CGP. Y como las pruebas fueron previamente decretadas en el auto que la convocó, bien puede el juez practicarlas y dictar sentencia, aunque los interesados no asistan, pues a estos procesos no puede aplicárseles el numeral 4º, inciso 2º, del artículo 372, no sólo porque se trata de juicios de naturaleza diversa –los verbales son contenciosos y con partes propiamente dichas, no así los de jurisdicción voluntaria-, sino también porque la eventual terminación del proceso si no se presenta justificación por la inasistencia, afectaría sensiblemente el propósito tuitivo que tiene la intervención judicial en los asuntos tramitados a través de dichos procesos.

De manera pues que si el legislador no previó expresamente un efecto específico para la hipótesis de inasistencia de los interesados a la audiencia que le es propia a los procesos de jurisdicción voluntaria, no puede el juez deducirla, menos aún con efectos sancionatorios, sin que pueda acudir –por analogía- al artículo 372 del CGP, porque esta norma gobierna juicios de naturaleza diferente. La única opción admisible es desarrollar la vista pública.

OTROS PROCESOS

1. En que se aplica el CGP a las acciones populares y de grupo?

Respuesta: En todo lo que no esté expresamente regulado en la

ley 472 de 1998 o en leyes especiales.

Así lo establece el artículo 1º del CGP, en el que se precisa que esta codificación se aplicará a todos los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios y, además, “a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad... en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

Por tanto, las acciones populares y de grupo tienen como fuentes normativas la ley 472 de 1998, las leyes especiales que la complementen y, en lo no previsto *expresamente* en ellas, el Código General del Proceso.

Por ejemplo, para determinar qué autos son apelables en acciones populares, debe acudirse al régimen particular de dicha ley, pero el trámite –incluidas las cargas procesales– que le corresponde a ese recurso, es el señalado en el Código General del Proceso.

PROVIDENCIAS DEL JUEZ

1. Si en un Tribunal se anuncia el sentido del fallo, también deben anunciarse las aclaraciones y salvamentos de voto? O sólo es procedente hacerlo al proferirse el fallo escrito? Y si lo primero, podrían retirarse los anuncios de aclaración y salvamento?

Respuesta: Establece el inciso 3º del artículo 279 del CGP, que “las aclaraciones y salvamentos de voto se anunciarán en la audiencia y se harán constar por escrito dentro de los tres (3) días siguientes, si el fallo fue oral. Cuando la providencia sea escrita, se consignarán dentro del mismo plazo, contado a partir de su notificación.”

Luego la respuesta es afirmativa en cuanto al momento en el que debe anunciarse el salvamento o la aclaración: siempre debe hacerse en la audiencia. Lo que no se puede hacer es expresar las razones del uno o de la otra en forma oral, porque en la vista pública sólo puede quedar la impresión de la sentencia o del fallo oral; al llegar la hora de definir el conflicto jurídico, sólo la voz del Magistrado Sustanciador puede ser escuchada; nada de visibilizar oralmente las disidencias, ni de suscitar controversias entre los integrantes de la Sala. Aquí vale más la imagen de la justicia que el orgullo o vanidad de alguno de sus miembros, así tenga la razón.

Ahora bien, como el sentido del fallo impone –en cualquier caso- una breve motivación, difícilmente podrá retirarse una aclaración de voto si alguno de los Magistrados anunció su discrepancia con alguna de las razones expresadas de viva voz por el Magistrado Sustanciador. Lo hecho, hecho está. Por el contrario, en el caso de un salvamento de voto, nada impide que al momento de proferir la sentencia escrita el Magistrado que lo anunció se pliegue a la decisión, porque, al fin y al cabo, lo suyo es una mera opinión. A diferencia del sentido del fallo, que sí obliga y es inmodificable por la Sala, en el caso de los votos

disidentes anunciados sí es posible retirarlos porque son meras constancias de discrepancia. Desde luego que cuando ello ocurra, deberá el Magistrado respectivo dejar la constancia necesaria.

2. La sentencia anticipada se debe proferir en audiencia y en forma oral, o puede emitirse por escrito?

Respuesta: Depende del escenario procesal en el que se encuentre el juez: si está desplegando actuaciones en audiencia, su fallo anticipado podrá ser oral, pero si no está presidiendo una vista pública, bien puede hacerlo por escrito.

Aunque el artículo 278 del CGP no dijo expresamente que la sentencia anticipada podía ser escrita, a ello no le sigue que necesariamente deba ser oral y proferirse en audiencia, so capa de lo dispuesto en el artículo 3º del mismo código, porque si se miran bien las cosas, el Código General del Proceso, ello es medular, no impuso la sentencia oral; por el contrario, expresamente autorizó “emitir la decisión escrita”, como lo precisa el inciso 3º del numeral 5 de su artículo 373.

Expresado con otras palabras, ***el Código General del Proceso autoriza, como regla general, sentencias orales o escritas. Es del juez –y sólo de él- la decisión de proferir su fallo de una u otra manera.*** Claro que el legislador le dice que en principio prefiera la sentencia oral (“En la misma audiencia el juez proferirá sentencia en forma oral...”), pero no lo ata, no lo obliga, no lo determina; le otorga

una posibilidad: que anuncie el sentido del fallo, y luego, días después, emita la decisión en forma escrita (“Si no fuere posible dicar sentencia en forma oral, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informas 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...; CGP, art. 373, num. 5). Lo único que sí es obligatorio para el juez, cuando escoge la forma escrita para el fallo, es anunciar el sentido del mismo y justificarlo, lo que presupone que aquel actúa en audiencia. Pero en cuanto a la modalidad de la sentencia, oral o escrita, es necesario reconocer que la ley le concedió una facultad al juzgador, por cuyo ejercicio no puede ser reprochado y mucho menos censurada la validez del acto procesal.

A lo dicho se agrega que en múltiples disposiciones el Código hizo explícita esa voluntad, sin que ellas puedan considerarse normas típicamente especiales porque, se insiste, en ese estatuto la regla general es que le corresponde al juez definir la forma de la sentencia. Veamos:

a. El inciso final del artículo 390 del CGP establece que “Cuando se trate de procesos verbales sumarios, el juez podrá dictar sentencia escrita vencido el traslado de la demanda y sin necesidad de convocar a la audiencia de que trata el artículo 392, si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para

resolver de fondo el litigio y no hubiese más pruebas por decretar y practicar.”

b. En la investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad, cuando se presenta uno de los eventos a los que se refiere el numeral 4º del artículo 386 del CGP, la sentencia anticipada se debe dictar “de plano”, esto es, sin más actuaciones, lo que descarta la convocatoria de una audiencia.

c. En los juicios de pertenencia, el juez, también “de plano”, declarará “la terminación anticipada del proceso”, cuando advierta que el bien al que se refiere la pretensión es imprescriptible. Y “de plano” es “de plano”, por lo que necio sería supeditar la finalización del proceso a que se convoque una vista pública, con todo lo que ello implica en materia de agenda del juez.

d. En muchos casos el Código autoriza dictar sentencia estimatoria de las pretensiones cuando no existe oposición, como por ejemplo en las restituciones de inmueble arrendado o en la entrega material de la cosa por el tradente al adquirente. En esas hipótesis, dice el inciso final del artículo 120 del CGP que “Cuando en disposición especial se autorice decidir de fondo por ausencia de oposición del demandado, el juez deberá dictar inmediatamente la providencia respectiva.” Repetimos, “inmediatamente”, mandamiento que excluye la citación a una audiencia con esa finalidad.

Pero digamos algo más. Si aceptáramos, en gracia de la discusión, que la sentencia anticipada debe tener forma oral, en qué quedaría ese fabuloso mandamiento del legislador según el cual, “El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias” (CGP, art. 11). Luego que el juez sea pragmático; esa es la invitación del legislador; nada de ritología ni del respeto a las formas por las formas. ¿Para que una audiencia en la que el juez, tras la instalación, le dice a las partes “mi sentencia es esta”? Si ya la decisión fue tomada – incluso, habrá un escrito-, ¿qué valía tiene la audiencia? Ninguna. Luego de ser necesaria, que se prescinda de ella.

3. Para decretar sentencia anticipada es necesario que, previamente, se decreten las pruebas del proceso? Si así no fuera, en qué momento se formularía tacha contra los documentos presentados en la contestación de la demanda?

Respuesta: Depende de la hipótesis que da lugar a la sentencia anticipada, porque si las partes –de consuno- le solicitan al juez que proceda de ese modo, no es necesario un decreto de pruebas; al fin y al cabo, se trata de un fallo anticipado. De igual manera, cuando la ley le abra paso a una sentencia de plano, como en los procesos de filiación, tampoco será indispensable ese pronunciamiento

Pero si el evento es el previsto en el numeral 2º del inciso 3º del artículo 278 del CGP, esto es, “cuando no hubiere pruebas por practicar”, creemos que sí es necesario el decreto de las pruebas porque solo las que sean tenidas en cuenta por el juez podrán ser

apreciadas en la sentencia. Así lo impone el artículo 173 del CGP, en el que, además, se precisa que “En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado.” Al fin y al cabo, cuando un documento es allegado con la contestación de la demanda o en alguno otro acto procesal diferente a ésta, la tacha de falsedad o el desconocimiento deben plantearse “en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba” (CGP, art. 269), si es que el decreto se expidió en el marco de la prevista en el artículo 372 del CGP.

Obsérvese que en este punto el Código fue armónico, porque, para citar otro ejemplo, en el inciso final del artículo 390 del CGP habilitó ese tipo de fallo una vez “vencido el termino de traslado de la demanda y sin necesidad de convocar a la audiencia..., si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para resolver de fondo el litigio y *no hubiese más pruebas por decretar y practicar*” (se resalta), lo que significa que si bien se excusa la audiencia, no sucede lo propio con el decreto de pruebas.

Por supuesto que esta exigencia no puede ser traída a cuento para afirmar que el fallo anticipado siempre debe emitirse en audiencia, toda vez que el mismo código precisa que el decreto probatorio también puede ser proferido por fuera de ella.

4. Para proferir sentencia anticipada debe previamente otorgarse oportunidad para alegar de conclusión?

Respuesta: No, porque se trata de un fallo anticipado. Si fuera necesario que las partes previamente presentaran sus alegaciones finales, la sentencia ya no sería anticipada, sino regular.

Escucho decir que los alegatos de conclusión son necesarios porque, de una parte, se incurriría en causal de nulidad (CGP, art. 133, num. 6), y de la otra, así lo impone el numeral 9º del artículo 372 de esa codificación. Sin embargo, el primero de tales argumentos pasa por alto que ese motivo de invalidez presupone el trámite de todo el proceso, por lo que si el propio legislador autorizó al juez para que anticipara su decisión, no podría al mismo tiempo sancionar con nulidad la actuación en la que procedió del modo que se le permite. Y en cuanto al segundo de aquellos, basta decir que la hipótesis de ese numeral no corresponde a una típica sentencia anticipada, porque el juez, en todo caso, debe surtir las fases del proceso, solo que aprovecha la audiencia inicial para hacerlo, en la medida en que no es necesario practicar pruebas; se trata, en síntesis, de una hipótesis de prescindencia total de la fase probatoria.

5. El auto de corrección de una sentencia por errores aritméticos, su aclaración y complementación, deben proferirse en audiencia o pueden emitirse por escrito?

Respuesta: Depende. Si la sentencia se profirió en audiencia, en ella misma deben resolverse las solicitudes de adición y aclaración, porque éstas deben formularse inmediatamente después de la emisión del fallo, esto es, antes de su ejecutoria, según lo establecido en los artículos 285, 287 y 302 del CGP.

Pero si la sentencia se expidió por escrito, como las peticiones de aclaración y complementación se plantean por fuera de audiencia, también al margen de ella se pronunciará el juez.

Y en lo que atañe a la corrección de errores aritméticos, es viable hacerlo en audiencia o por fuera de ella; todo depende del momento en el que se advierta el yerro. Más aún, si el proceso ya terminó, esa decisión habrá de proferirse sin necesidad de vista pública, al punto que el propio código previo que el auto respectivo debía notificarse por aviso (CGP, art. 286).

6. Qué clase de providencia debe emitir el juez para decretar la terminación anticipada de un proceso de pertenencia, cuando advierte que el predio objeto de usucapión es imprescriptible?

Respuesta: Si esa decisión la adopta para rechazar de plano la demanda, el juez debe proferir un auto; al fin y al cabo, se trata de un motivo especial que autoriza devolver liminarmente el libelo. Pero si el proceso está en curso y la parte demandada ya se notificó, ese pronunciamiento corresponde a una sentencia anticipada.

La distinción obedece a que los jueces no pueden emitir sentencias si la parte demandada no ha sido escuchada en el proceso. Por eso el numeral 4º del artículo 375 del CGP distinguió entre rechazo de plano de la demanda y terminación anticipada del proceso.

7. El sentido del fallo anunciado en la audiencia, es vinculante para el juez cuando profiere la sentencia escrita?

Respuesta: Sí, porque ya es el fallo, anunciado públicamente y con una breve motivación, como lo establece el inciso 3º del numeral 5º del artículo 373 del CGP. No se olvide que según el artículo 285 de ese mismo estatuto, “la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”, de suerte que si la decisión fue pronunciada en la audiencia, no puede luego el juzgador, so pretexto de habersele permitido la sentencia escrita, modificar su propio fallo.

Se trata, como lo ha precisado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de un acto complejo, porque el anuncio del sentido del fallo y la sentencia escrita constituyen una unidad inescindible.

Pero además, de permitirse el cambio de fallo de fallo por los jueces, se afectarían sensiblemente los principios de transparencia, seguridad jurídica y confianza legítima, todos ellos de raigambre constitucional. ¡Cómo así –diría la parte- que me dices en la cara que he sido el ganador del pleito, y luego, a través de una epístola, me comunicas

que soy yo el perdedor! Bien maltrecha quedaría la administración de justicia.

Se dice que el juez pudo equivocarse al anunciar el sentido del fallo, y que no puede perseverar en un error sin menoscabo de la justicia y del derecho. Pero es que esa probabilidad, siempre latente en procesos orales o escritos, se reduce sensiblemente cuando el juez prepara cabalmente la audiencia, está atento a lo que en ella sucede y hace un uso adecuado de los tiempos de receso.

Por lo demás, ¿quién dice que si el juez cambia de decisión, el nuevo fallo siempre será el acertado? ¿No será este nuevo pronunciamiento el que incorpore la equivocación?

8. Los abogados requieren autorización expresa de su poderdante para solicitar sentencia anticipada?

Respuesta: No, por cuanto el apoderado, por virtud de la ley, se considera facultado para “adelantar todo el trámite” del respectivo proceso, lo que equivale a decir que puede ejercer todos los actos procesales que sean necesarios para la defensa de los intereses de su cliente (CGP, art. 77).

Si la sentencia anticipada hace parte del trámite del proceso, en cuanto acto posible, cabe, entonces, dentro de aquellos que el abogado puede ejercitar, a menos que exista estipulación en contrario.

PRUEBAS

1. Si el juez distribuye la carga de la prueba, qué efecto se genera si la parte a la que se le asignó la carga de probar determinado hecho, se abstiene de hacerlo?

Respuesta: El concepto de carga en derecho procesal implica que una parte debe asumir una específica conducta si aspira a que se produzca un determinado resultado. Nadie la fuerza a hacerlo, pero si no atiende la carga, la consecuencia que provocará su omisión será exactamente la contraria a la que hubiera obtenido de atenderla. En el caso de la carga probatoria, cada parte debe “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (CGP, art. 177). Si no lo hace, como el hecho alegado carecerá de prueba, el juez no podrá deducir la consecuencia establecida en la ley.

Ahora bien, el inciso 2º del artículo 167 del CGP estableció que, “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, *exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*”, lo que significa que al proceder de ese modo el juez no se limita simplemente a ordenarle a uno de los contendientes que aporte el medio probatorio, que ciertamente lo

hace, sino que le asigna la carga de “probar determinado hecho”, en atención a la regla de facilidad probatoria.

Obsérvese, entonces, que al distribuir la carga de la prueba el juez genera varios efectos: (i) el primero, que la parte que tenía la carga de probar queda excusada de hacerlo, porque otro contendiente lo hará por él; no es que la carga desaparezca; simplemente *se traslada la responsabilidad de cumplirla*; (ii) la segunda, que será otra parte la que tenga la carga de aportación, esto es, de allegar las pruebas o evidencias que respalden el hecho respectivo; algo así como *tu alegas y yo pruebo*; y (iii) la tercera, que será la conducta de la parte a la que se le asignó la carga de probar, la que determine el ejercicio probatorio que deberá hacer el juez al momento de fallar, porque si se aporta la prueba requerida, el hecho quedará probado, pero si no se hace, el juzgador, a partir de esa omisión, podrá presumir cierto el hecho respectivo.

Un ejemplo ilustra la figura: en un proceso verbal en el que se discute la responsabilidad civil de una clínica, el demandante alega que se le practicó una transfusión de sangre contagiada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). La clínica reconoce que se le hizo la transfusión, pero niega que la sangre transfundida estuviera contagiada con dicho virus. Pues bien, dados los perfiles del caso y conforme a la regla de apariencia de prueba, el juez podría distribuir la carga probatoria para exigirle a la clínica que allegue los estudios de calificación biológica de la sangre que se utilizó para la transfusión al

demandante, incluidos los análisis de inmunohematología e inmunoserología, con el fin de establecer la calidad de aquella. ¿Por qué distribuir la carga? Porque, en el caso, la clínica debe tener en su poder esos estudios o le queda más fácil obtenerlos.

Por tanto, si la clínica aporta esos documentos y de ellos se extrae que la sangre transvasada no tenía dicho virus, volverá al demandante la carga de probar que, pese a lo que refieren esos documentos, sí hubo contagio (p. ej.: había un período de ventana). Por supuesto que si tales papeles reflejan que la sangre sí tenía el virus, la suerte del litigio habrá sido sentenciada. Y si la clínica no allega los estudios en cuestión, el juez, salvo que existan otras pruebas, dará por probado que la sangre sí estaba contagiada del VIH.

2. En el Código General del Proceso existen pronunciamientos sobre pruebas en el auto admisorio de la demanda o en el que tiene en cuenta su contestación?

Respuesta: Por regla general no. Sólo en ciertos procesos el juez tiene el deber de decretar algunas pruebas en el mismo auto admisorio de la demanda, como sucede en los juicios de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad –en los que debe ordenarse la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN (CGP, art. 386, num. 2)-, o en los de interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta –pues debe

decretarse el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente (CGP, art. 586, num. 3)-.

Las pruebas, entonces, deben decretarse –por regla- luego de surtido el traslado de la demanda a la parte demandada, usualmente en la audiencia inicial (CGP, art. 372, num. 10), o en el auto que la convoca, cuando el juez decide que también agotará en ella el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento (CGP, arts. 372, par., y 392).

Cosa distinta es que el Código General del Proceso haya dispuesto que en el auto admisorio de la demanda o en el que tiene en cuenta su contestación, el juez debe adoptar e impulsar ciertas medidas preparatorias del ulterior debate probatorio. Así sucede, por ejemplo, cuando el demandante o el demandado, en sus respectivos escritos de demanda o de réplica, anuncian que aportarán un dictamen pericial, caso en el cual el juez, en el auto que los admite, tiene que concederles un plazo para allegarlo, sin que pueda esperar al decreto de pruebas (CGP, art. 227). Lo propio acontece cuando en la demanda se solicitan documentos que el demandado tiene en su poder (CGP, art. 82, num. 6), porque en esa hipótesis el juez, al admitirla, debe ordenarle al demandado que los aporte durante el traslado (CGP, arts. 90, inc. 1, y 96, inc. 2).

Luego una cosa es el decreto de pruebas propiamente dicho, que debe proferirse una vez integrada la relación procesal, y otra muy

distinta la adopción de medidas que preparen –y faciliten- la actividad probatoria.

DECLARACIÓN DE PARTE

1. Es posible pedir la declaración de la propia parte o sólo de la contraria?

Respuesta: Sí, por varias razones que ya expuse en el mis *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, volumen III, relativo a medios probatorios. Son ellas:

a. La primera, porque es un derecho humano. En palabras de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...” (art. 10). Lo precisa también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (art. 14). Lo reconoce también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), relativa a Garantías Judiciales,

conforme a la cual “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8, num. 1). E igualmente lo explicita nuestra Constitución Política, al afirmar que toda persona tiene derecho a la defensa, una de cuyas expresiones es el derecho a ser escuchado.

b. La segunda, porque así lo impone el proceso oral y por audiencias en el que campea, por regla, el principio de inmediación, de suerte que si las partes deben concurrir a una vista pública en la que su conflicto será dirimido, es apenas elemental que sus versiones puedan ser escuchadas previamente por el juez, sin que ello dependa de que la parte contraria lo solicite a conveniencia.

c. La tercera, porque en la hora actual es el juez el que valora las pruebas, con sujeción a las reglas de la sana crítica, sin que exista una tarifa legal que determine esa apreciación.

Por consiguiente, ya no es posible sostener, como se hacía antes, que “nadie tiene el privilegio de hacer con su sólo dicho prueba de lo que dice”. Semejante mandato presume que la parte no obra de buena fe –contra la presunción establecida en el artículo 83 de la Constitución Política- y que su declaración sobre los hechos no es

creíble, por el sólo de provenir de un interesado.

Será el juez, en el momento de dictar sentencia, el que le otorgue o descarte valor probatorio a la declaración de la propia parte.

d. La cuarta, porque el Código General del Proceso eliminó las inhabilidades por credibilidad.

Por sospechosa que sea una declaración, el juez debe recibirla. Nada de impedir su recaudo so pretexto de un juicio anticipado sobre una versión que no se conoce.

e. La quinta, porque el Código General del Proceso estableció que la declaración de las partes es una prueba oficiosa y obligatoria, como lo precisa el numeral 7º del artículo 372, al señalar que “El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso.”

Esa previsión normativa tiene el confesado propósito de permitir que el juez, en forma liminar, se forme una idea del litigio a partir del propio dicho de los contendientes. Y si ello es así, como según el artículo 170 del CGP, las pruebas decretadas de oficio están sujetas a la contradicción de las partes, se imponía habilitarlas para que, a través de sus abogados, se interrogaran a sí mismas y a su contraria.

Desde luego que no es posible sostener que las partes ya dieron su versión de los hechos en sus escritos de demanda y contestación, no sólo porque lo afirmado o negado por sus abogados es versión indirecta, sino también porque, en estricto, es versión técnica que, además, no es espontánea.

Llegó, entonces, la hora de cambiar de paradigmas. Que las partes sean oídas y que puedan ser interrogadas por su propio abogado y por la parte contraria. Por eso el Código General del Proceso, a diferencia de su antecesor, precisó que “La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas” (art. 191, inc. 2); por eso también dispuso que “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el propio.” (art. 198). Ya no es sólo a ruego de la parte contraria, sino de cualquiera de ellas, como debe ser.

2. Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, cuál es el régimen de recaudo: el del interrogatorio o el del testimonio?

Respuesta: El del testimonio, porque todo el que rinde una declaración sobre los hechos que le constan es un testigo, sin miramiento a la condición que tenga en el proceso.

Que la ley, para efectos simplemente técnicos, hubiere distinguido entre “declaración de parte” y “declaración de terceros”, no significa

que la parte no sea testigo. Por supuesto que lo es; tal vez sea el mejor de los testigos. Otra cosa es su valoración.

Pero sea lo que fuere, téngase en cuenta que, en líneas generales, las reglas del interrogatorio de parte y del testimonio son similares. Existen unas puntuales diferencias, como el límite de preguntas, la posibilidad de presentar pliegos abiertos y cerrados con anterioridad a la audiencia, o la habilitación de preguntas sugestivas, en la modalidad asertiva, durante el interrogatorio directo, para destacar algunos aspectos que los separan. Por consiguiente, creemos que únicamente en los casos de interrogatorio a una de las partes por citación de la contraria, son aplicables esas reglas especiales; en los demás casos, específicamente cuando la parte declara por iniciativa propia, deben atenderse las pautas que son inherentes a la prueba testimonial.

3. Cómo se recauda una declaración de parte cuando se actúa en causa propia?

Respuesta: Cuando la parte actúa en causa propia y pide que se reciba su declaración, simplemente rendirá su versión en forma espontánea y no provocada, salvo los casos de preguntas formuladas por el juez y su contraparte.

4. Si la parte no pidió el interrogatorio de su cliente ni el de su contraria, puede, en todo caso, interrogarlos en la audiencia en que lo haga el juez?

Respuesta: Sí, porque del derecho a la prueba es el derecho a la contradicción de las mismas (C. Pol. art. 29). Por tanto, si a una parte se le desconoce el derecho a interrogar durante la práctica de una declaración, la prueba será nula de pleno derecho (CGP, art. 14).

Pero además, no se olvide que según el inciso 2º del artículo 170 del CGP, las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes, y como el interrogatorio de los contendientes es medio probatorio que el juez debe practicar de oficio y en forma obligatoria (CGP, art. 372, num. 7), se impone colegir que las partes pueden formularle preguntas a su cliente y a su contraria, aunque no hubieren hecho la petición en sus escritos de demanda y de contestación.

5. Las personas jurídicas pueden otorgarle poder a su propio abogado para absolver una declaración de parte y confesar?

Respuesta: No. La declaración de parte debe ser rendida por el representante legal o mandatario general de la persona jurídica, como se desprende del inciso 3º del artículo 198 del CGP, norma según la cual, “Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales, cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no está facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones.” Al fin y al cabo, el legislador

ha querido que se escuche la versión de la propia parte, no de un intermediario.

Por tanto, a menos que quien funja como abogado de la persona moral sea su representante legal o mandatario general, los abogados que obren con poder especial no pueden concurrir a absolver un interrogatorio de parte, así hubieren sido habilitados para hacerlo, pues esta facultad contraría el citado artículo 198 del CGP, que es norma imperativa.

Ahora bien. Se dirá que la declaración de parte sí puede rendirla el abogado porque el artículo 193 del CGP le da validez a la confesión “cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante...” Empero, se trata de una interpretación que entremezcla dos medios probatorios distintos y que no repara en que esa norma hace alusión a la confesión espontánea, no a la provocada, que es la que se pretende obtener a través de un interrogatorio a la parte requerido por la contraria. Por eso el inciso 3º del artículo 77 del CGP hizo la correspondiente precisión, al señalar que “el poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para... confesar espontáneamente.”

6. Puede el juez abstenerse de practicar el interrogatorio a las partes durante la audiencia inicial o la única que convoque, alegando que es innecesaria o que se hará en la audiencia de instrucción y juzgamiento?

Respuesta: No. En el Código General del Proceso la declaración de las partes es un medio de prueba obligatorio, cuando sea indispensable practicar la audiencia inicial prevista en el artículo 372 del CGP, o la única habilitada por su parágrafo, o para los procesos verbales sumarios (CGP, art. 392). Más aún, esa declaración debe recaudarse en la audiencia inicial, sin que pueda diferirse para la de instrucción y juzgamiento, salvo que alguna de las partes hubiere dejado de asistir –con justa causa- a la primera, porque sólo en esa hipótesis se autorizó su recaudo en la segunda (CGP, art. 373, num. 2)

No se olvide que si el juez omite la práctica de una prueba que, según la ley, es obligatoria, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 133 del CGP, lo que realza aún más la imposibilidad para los jueces de abstenerse recaudar la declaración de las partes, so pretexto de ser innecesaria.

Por supuesto que en aquellos casos en los que el propio código autoriza dictar sentencia anticipada, de plano o inmediatamente, no es necesario practicar el interrogatorio a las partes, porque en esas puntuales hipótesis es el propio legislador el que, al permitir –e incluso imponer- el fallo adelantado, excusa el recaudo de la prueba.

7. Cuando se recibe la declaración de una parte, debe retirarse de la audiencia la contraria?

Respuesta: Jamás. Esa forma de proceder de algunos jueces viola flagrantemente la garantía constitucional a un debido proceso, y da lugar a que la prueba sea nula de pleno derecho (C. Pol., art. 29 y CGP, art. 14).

Es que los jueces no pueden reunirse en privado con uno de los litigantes, so pretexto de interrogarlo, y mucho menos impedirle a la parte contraria que esté presente durante esa actuación. No hay pruebas secretas, y del derecho a la prueba es, por esencia, el derecho a contradecir todo medio probatorio. Por eso el Código General del Proceso, para que no quedara duda, precisó que “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código” (CGP, art. 14), y que incluso las pruebas ordenadas de oficio “estarán sujetas a la contradicción de las partes” (CGP, art. 170, inc. 2).

Se quiere traer a colación, para justificar la postura contraria, que los testigos no pueden escuchar las declaraciones de quienes les precedan (CGP, art. 220). Pero esa regla es inaplicable a las partes porque éstas, a diferencia de aquellos, integran la relación procesal como demandante o demandado. Y aunque todos rinden testimonio, el testigo propiamente dicho es ajeno al proceso, por lo que el legislador cuida su declaración de toda posible sugestión, entre otras medidas impidiendo que el que no ha dado versión, escuche la que da otro testigo.

Por tanto, no pueden los jueces ordenarle a una de las partes que se retire mientras la otra es interrogada. Suyo es el derecho a permanecer en la audiencia en la que se tramitan actuaciones relativas a un proceso en el que es parte.

8. Puede ordenarse la declaración de parte del representante legal de una entidad pública?

Respuesta: Sí, porque la confesión y la declaración de parte son medios de prueba diferenciados. Que no valga la confesión del representante legal de una entidad pública (CGP, art. 195), no significa que no pueda rendir una declaración, mejor dicho, una versión.

Tan cierto es ello que si una entidad pública es parte en un proceso, el juez, en todo caso, está obligado a interrogar a su representante en forma oficiosa y exhaustiva (CGP, art. 372, num. 7). Más aún, es posible pedirle un informe, en los términos del inciso 2º del artículo 195 del CGP, por lo que no es posible sostener que tales representantes pueden excusarse de rendir una versión ante los jueces, so pretexto de no ser válida la confesión, porque, insistimos, se trata de medios probatorios diferenciados.

CONFESIÓN

1. En el CGP el abogado se entiende facultado para confesar espontáneamente y es ineficaz la cláusula en contrario. Quiere ello decir que en preguntas asertivo afirmativas o asertivo negativas, el que pregunta confiesa?

Respuesta: Sí, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de octubre de 1932, al señalar que “La jurisprudencia tiene de antiguo decidido que valen como confesión las aseveraciones contenidas en las preguntas de las posiciones” (G.J. XL, No. 1890, p. 603).

Desde luego que debe tratarse de preguntas asertivas, más concretamente asertivo afirmativas o asertivo negativas, porque unas y otras incorporan una versión del hecho que el interrogador plantea en su pregunta con el propósito de que el interrogado asienta en él.

2. Si una de las partes es menor de edad, no va a la audiencia y no justifica la inasistencia, se deduce confesión ficta?

Respuesta: No, porque fallaría el requisito de validez de la confesión establecido en el numeral 1º del artículo 191 del CGP, consistente en que el confesante debe tener capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

Por tanto, salvo que se trate de un pleito vinculado al peculio profesional del adolescente, como este y los niños y niñas no tienen capacidad de ejercicio ni pueden disponer de sus derechos, no cabe deducir respecto de ellos una confesión presunta.

DECLARACIÓN DE TERCEROS

1. Como el inciso final del artículo 218 del CGP le permite al testigo justificar su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, debe el juez suspenderla para conceder esa oportunidad?

Respuesta: No, por las siguientes razones:

a. La primera, porque esa postura rompe la regla general según la cual, si el testigo no va a la audiencia se prescindirá de su declaración (CGP, art. 218, num. 1).

b. La segunda, porque tal suerte de entendimiento desconoce el principio de concentración y, por ende, el parámetro legislativo que impide suspender una audiencia por motivos distintos a los expresamente previstos en la ley, siendo claro que en el caso de testigos, la única causa de suspensión de la vista pública por inasistencia de uno de ellos, tiene lugar cuando su declaración es fundamental (CGP, arts. 5 y 218, num. 3).

c. La tercera, porque ese criterio pasa por alto que uno de los deberes de las partes es el de traer los testigos a la audiencia. Son ellas –y no el juez o sus colaboradores- las responsables de citar a los declarantes, como lo establece el inciso 2º del numeral 11 del artículo 78 del CGP. Ya el régimen no es como en el Código de Procedimiento Civil, pues el sistema probatorio es de cogestión.

d. La cuarta, porque esa interpretación provoca el desconocimiento de otra regla: la que ordena proferir el fallo en la misma audiencia.

En efecto, como se sabe, el juez tiene la opción de convocar una o dos audiencias: la inicial y la de instrucción y juzgamiento; no existen otras opciones de vista pública en los procesos contenciosos. Si se convoca primero la inicial, no pueden –por regla- practicarse más pruebas que los interrogatorios de parte; en la de instrucción y juzgamiento se hará lo faltante: pruebas, alegatos y fallo. Y si el juez decide conjuntar las dos audiencias, entonces tiene que hacerlo todo en ella; no puede fracturarla porque él mismo le habrá advertido a los contendientes que en una sola audiencia –y una sola es una sola- se dirimirá el conflicto. Más aún, si el juzgador convoca a una audiencia inicial y en el curso de la misma decide hacer una sola porque considera que el pleito puede ser fallado sin tardanza, pues debe ser coherente con esa determinación y no suspenderla, máxime si se considera que esa hipótesis presupone que todas las partes estén presentes para que el juez pueda darle continuidad a la vista pública.

2. Puede aportarse la declaración de un testigo mediante grabación de la misma?

Respuesta: Sí, por autorización del artículo 188 del CGP, en el que se establece que “Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia *en el documento que contenga la declaración*”, “*documento*” que, “en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221”. (se resalta)

Por consiguiente, si cualquier tipo o modalidad de grabación constituye un documento (CGP, art. 243), bien puede una de las partes –o ambas- valerse de ella para registrar la declaración extraprocetal que le reciba a un testigo, con apego a las formalidades del artículo 221 del CGP, relativas a la práctica del interrogatorio.

Que los abogados, entonces, citen a los testigos a sus oficinas y les reciban testimonio, ojalá –aunque no es necesario- con la asistencia de la futura parte contraria. Y que graben la declaración, para luego aportarla, como anexo, a su demanda o contestación. No se olvide que al proceder de ese modo surgirá un documento declarativo emanado de tercero, que el juez podrá apreciar sin necesidad de ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite (CGP, art. 262).

JURAMENTO

1. Para imponer la sanción por juramento estimatorio excesivo, basta un juicio objetivo o es necesario examinar si hubo culpa?

Respuesta: En mi criterio, es necesario examinar si hubo culpa de la parte que juró, porque en el derecho colombiano, por regla general, la responsabilidad es subjetiva, no objetiva.

Al respecto es útil traer a colación un caso similar, el de la sanción a quien propone en vano una tacha (CGP, art. 274), en torno al cual señaló la Corte Suprema de Justicia –en vigencia del estatuto procesal anterior- que, “No obstante la aserción imperativa de la norma, viene al caso una mirada sistemática del Código de Procedimiento Civil, tras lo cual emerge que las sanciones no pueden aplicarse de cualquier modo, y que siempre que se trata de imposición de castigos por el juez, debe examinarse si medió algún grado de culpa, obrar negligente, mala fe, deslealtad o dolo de la parte”, máxime si las reglas sobre deberes y responsabilidades de las partes “exigen para la aplicación de las sanciones auscultar acerca de la temeridad y la mala fe.” (sentencia de 14 de diciembre de 2006, exp.: 11001-3103-029-1995-20893-01).

Y no se diga que el examen de la culpa probada sólo se exige para la hipótesis de absolución prevista en el parágrafo del artículo 206 del CGP, porque donde existe una misma razón de hecho debe existir una

misma disposición en derecho. Que la Corte Constitucional, antes de la expedición de la ley 1743 de 2014, hubiere hecho tal precisión al ocuparse de dicho apartado, obedece exclusivamente a que ese fue el marco específico de su pronunciamiento.

Pero además, si el propio Código General del Proceso exige la prueba de la conducta temeraria o de mala fe para que el juez pueda deducir responsabilidad patrimonial de las partes (art. 80), no es posible hacer una excepción a este mandato so pretexto de que el artículo 206 de esa codificación no reiteró esa exigencia.

2. Debe hacerse juramento estimatorio cuando es la ley la que cuantifica la indemnización por el daño causado?

Respuesta: No, precisamente porque ya la ley fijó –previamente– el monto de la compensación a la que tiene derecho la víctima, o los parámetros para establecerla.

Así sucede, por vía de ejemplo, en el contrato de transporte terrestre de cosas, porque según el artículo 1031 del Código de Comercio, “En caso de pérdida total..., el monto de la indemnización a cargo del transportador será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada”, o en el contrato de transporte marítimo de bienes, habida cuenta que la responsabilidad del transportador la determina el valor de las mercancías transportadas que figure en el conocimiento de embarque (C. de Co., art. 1643), o en los seguros de valor

estimado, dado que el asegurador debe pagar, en principio, el importe que hubiere acordado expresamente con el asegurado (C. de Co., art. 1089, inc. 2).

PRUEBA PERICIAL

1. El artículo 226 del CGP enlista una serie de contenidos mínimos que debe cumplir el dictamen pericial ¿Cuál sería el efecto procesal por no cumplir alguno de tales requisitos?

Respuesta: El cumplimiento o no de los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP, específicamente de las declaraciones e informaciones a las que se refiere su inciso 6º, es asunto que concierne a la valoración de la prueba pericial y no a su admisibilidad.

En este punto destacamos que el Código General del Proceso no estableció que el dictamen debía ser rechazado si faltaba alguna de esas declaraciones o informaciones, por lo que no pueden los jueces crear lo que, sin duda, constituiría una restricción al derecho a la prueba. Y no se previó tamaña sanción, porque si se miran bien las cosas, cabe la posibilidad de que algunas de esas exigencias no puedan ser atendidas, si se trata, por ejemplo, del primer dictamen que rinde el perito, o si no tiene publicaciones, o no empleó colaboradores, etc.

Pero lo que es más importante es que la mayoría de esas exigencias

tienen como propósito apuntalar la peritación y acreditar al experto, esto es, consolidar el concepto y certificar a quien lo rinde, para hacerlo más creíble. Al fin y al cabo, la apreciación del dictamen no sólo pasa por la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, sino también por la idoneidad del perito (CGP, art. 232).

Será, entonces, durante la contradicción del dictamen, si es que el perito es llamado a la audiencia, o en el momento de su valoración, que el juez determine el alcance que puede tener la inclusión o no en el concepto de las declaraciones y afirmaciones a las que se refieren los numerales del inciso 6º del artículo 226 del CGP.

2. Como rinde su concepto el asiste social de los juzgados de familia y de qué manera se contradice esa prueba?

Respuesta: El asistente social de los jueces de familia debe rendir su concepto por escrito, como es propio de toda peritación. Su contradicción, por ende, está sujeta a las reglas de ésta, por lo que dependerá del juez o de las partes que deba concurrir o no a la audiencia respectiva, para ser interrogado en la forma establecida en el artículo 228 del CGP.

No es posible sostener que el concepto de ese colaborador configura una “prueba por informe”, dado que ésta tiene como presupuesto que se trate de “hechos, actuaciones, cifras o demás datos *que resulten de*

los archivos o registros de quien rinde el informe” (CGP, art. 275), hipótesis que no se configura en el caso de los asistentes sociales de los jueces de familia.

3. Es posible formular objeción por error grave contra un dictamen pericial, así no reciba trámite?

Respuesta: En mi opinión, objetar un dictamen pericial no quita ni pone ley. De allí que el inciso 4º del artículo 228 del CGP precise que “en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.”

Por consiguiente, si una objeción al dictamen no da lugar a ningún tipo de respuesta judicial, pues no impone procedimiento, ni descarta la peritación, ni determina una especial valoración de la misma, resulta anodino plantearla. Quien sostenga que sí es procedente porque lo que prohibió el legislador fue implementar un trámite, se verá en calzas prietas a la hora de justificar la importancia de hacerlo.

Objetar un dictamen es, en la hora actual, asunto totalmente innecesario. Quien esté en desacuerdo con una peritación, que pida convocar al experto a la audiencia para desnudar los errores de su concepto.

4. En los procesos en los que la contradicción de la prueba pericial se hace por fuera de audiencia, como en la filiación, tiene

cabida la objeción por error grave?

Respuesta: No. En ningún caso está permitida la objeción al dictamen pericial, ni hay lugar a trámite especial por error grave (CGP, art. 228, inc. 4).

Lo que una parte puede solicitar en las hipótesis en que se permitió que un dictamen fuera sometido a contradicción por fuera de audiencia, fue la aclaración, la complementación o la práctica de una nueva peritación, siempre que esta última haya sido requerida con indicación de los errores que se le achacan al concepto cuestionado (CGP, arts. 228, par., inc. 2, y 382, num. 2, inc. 2).

Se dirá que la última opción traduce, en la práctica, una objeción por error grave. Pero pese a que, sin duda, el contenido es el mismo, el haber planteado las cosas de este otro modo evita, precisamente, que se entienda que existe una posibilidad excepcional de trámite especial, con todo lo que ello implica en materia de tiempos procesales.

El mensaje del legislador es claro: si el concepto cuestionado tiene errores, que el interesado, a su costa, allegue otra peritación, pues el dictamen –aún en esos casos- es de parte.

5. Si el perito es convocado a la audiencia y deja de asistir sin justificación alguna, puede el juez darle una oportunidad a la parte interesada para traer otro dictamen? ¿Y si el perito falleció?

Respuesta: La ley fue clara al señalar que “si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor” (CGP, art. 228, inc. 1).

Luego no pueden los jueces, sin quebrantar el derecho a la igualdad, permitirle a la parte interesada que aporte otro dictamen, pues para ese momento las oportunidades probatorias estarán clausuradas. Cosa distinta es que el juez proceda de oficio, si las particularidades del caso lo imponen, siendo claro que el ejercicio de ese deber no traduce, en modo alguno, relevar a la parte en el cumplimiento de su carga probatoria.

Otra es la hipótesis del perito que fallece antes de la audiencia a la que fue citado, pues en este caso se trata de un evento de fuerza mayor o caso fortuito cuyas consecuencias no tiene porqué soportar la parte interesada. Es deber del juez permitirle a dicho litigante que aporte una nueva peritación, por mandato de los artículos 4 y 42, numeral 2º, del CGP.

INSPECCIÓN JUDICIAL

1. Puede negarse una inspección judicial extraprocesal porque el objeto de la prueba se puede agotar con otra, como una peritación o una videograbación?

Respuesta: Creemos que sí, porque a la inspección judicial como prueba extraprocesal también es aplicable lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 236 del CGP, en el que se precisa que, “salvo disposición en contrario, sólo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videgrabaciones, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.”

Aunque el artículo 189 del CGP no hace ninguna precisión, es claro que ese medio probatorio está gobernado por unas mismas reglas, sea que se solicite antes o a propósito de un proceso. Ni más faltaba que las partes pudieran acudir a la inspección judicial sin condicionamiento alguno, cuando se anticipan al juicio, pero que ya en él fuera posible negar el medio probatorio, invocando su carácter subordinado.

DOCUMENTOS

1. La presunción de autenticidad exige huella de origen (letra, firma)?

Respuesta: No, porque en el Código General del Proceso no sólo son auténticos los documentos elaborados, manuscritos o firmados, sino también aquellos respecto de los cuales “exista certeza respecto

de la persona a quien se atribuya el documento”, como lo precisa el artículo 244 del CGP.

Por consiguiente, basta que la autoría de un documento sea atribuida a una de las partes para que se presuma auténtico. La existencia o no de huella de origen solamente determinará la forma de impugnación, porque si la tiene (suscrito, manuscrito, reproducción de la voz o de la imagen) procede la tacha de falsedad (CGP, art. 269), pero si carece de ella, será suficiente el desconocimiento (CGP, art. 272)

2. La tacha o el desconocimiento de un documento en audiencia provocan la suspensión de la misma?

Respuesta: Si, porque tanto la tacha como el desconocimiento de un documento que se ordenó tener en cuenta en el curso de una audiencia (CGP, art. 269), abren la posibilidad de actividad probatoria, específicamente “el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones”, los cuales deben “producirse en la oportunidad para practicar las [pruebas] del proceso o incidente en el cual se adujo el documento” (CGP, art. 270, inc. 5).

Aunque de la tacha o del desconocimiento debe darse traslado a las demás partes en la misma audiencia para que pidan o presenten pruebas (CGP, art. 270, inc. 4), no se puede perder de vista que la peritación –que es la prueba medular- debe ser aportada por el interesado, a quien debe dársele una oportunidad para allegarla al

proceso (CGP, art. 227). Lo mismo sucede cuando el documento tachado o desconocido es una copia, porque el juez puede ordenar que se presente el original (CGP, art. 270, inc. 2).

Así las cosas, en los casos de tacha o desconocimiento de un documento, el juez debe adelantar toda la actividad posible en la audiencia respectiva (p. ej.: recaudar las demás pruebas, si se trata de la audiencia única o la de instrucción y juzgamiento), para suspenderla antes de las fases de alegaciones y fallo, en orden a permitirle a las partes que cumplan con la carga probatoria que su impugnación determina.

3. ¿Cuál es el efecto procesal de no cumplir con el requerimiento de expresar la causa justificativa para no aportar el original del documento y no informar el lugar donde este se encuentra?

Respuesta: En principio ninguno, porque si bien es cierto que el legislador dispuso que, por regla, las partes deben aportar el original del documento cuando lo tengan en su poder, salvo causa justificada, y precisó que, de allegarse una copia, debían referir en dónde se encontraba aquel, si tuvieran conocimiento de ello (CGP, art. 245), no estableció una consecuencia por el incumplimiento de uno y otro deber, sin que el intérprete pueda deducir una que incida en el ejercicio del derecho a la prueba.

Claro está que nada obsta para que el juez, en el curso de la audiencia, si ella tiene lugar, requiera al aportante al momento de decretar pruebas para que exprese las razones por las cuales no aportó el original y precise en qué lugar se encuentra.

4. Los documentos electrónicos se presumen auténticos aunque carezcan de la firma digital prevista en la ley 527 de 1999?

Respuesta: Todo documento, aún aquellos en forma de mensaje de datos, se presume auténtico aunque –en el caso de éstos- carezca de firma digital. Así lo establece el inciso 5º del artículo 244 del CGP.

Téngase en cuenta, además, que el Código General del Proceso hizo excepción a las reglas establecidas en la ley 527 de 1999, al señalar que, pese a lo dispuesto en ella, “se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso” (art. 103, par. 2); que “las demandas [caben también aquí las contestaciones] que se presenten en mensaje de datos no requerirán de la firma digital definida por la ley 527 de 1999” (art. 82, par. 2); que “los memoriales podrán presentarse y las comunicaciones transmitirse por cualquier medio idóneo” (art. 109, inc. 2), y que, ello es medular, “la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos” (art. 247, inc. 2).

Por consiguiente, no es posible dejar de aplicar la presunción de autenticidad de un documento, so pretexto de carecer de una determinada tipología de firma.

PRUEBA POR INFORME

1. La contradicción de la prueba por informe debe hacerse antes de la audiencia?

Respuesta: Según el artículo 277 del CGP, una vez rendido el informe, el juez “dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados.” Por tanto, cuando el juez decrete las pruebas del proceso, bien sea en la audiencia inicial o en el auto que la convoca, cuando es única, en esa misma providencia ordenará el informe y fijará un plazo para rendirlo (CGP, art. 276), por manera que una vez presentado dispondrá –por fuera de audiencia- el traslado respectivo para que las partes ejerzan su derecho de contradicción.

Como es apenas obvio, si el juez, en virtud del principio de concentración, debe proferir la sentencia en la audiencia única o en la de instrucción y juzgamiento, según el caso, resulta incontestable que la contradicción del informe debe hacerse antes de la audiencia para que pueda ser valorado en el momento de emitir el fallo.

TÉRMINOS

1. En que eventos se restituye el plazo de duración del proceso? La nulidad, por ejemplo?

Respuesta: Aunque el artículo 121 del CGP no reguló expresamente la hipótesis de restitución del plazo de duración del proceso, esto es, devolver el término hasta el momento en el que comenzó a correr, es claro que habrá lugar a ello cuando se decrete una nulidad que comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, toda vez que el cómputo de aquel depende de dicho enteramiento.

Pero además, siguiendo el lineamiento trazado en los artículos 90, inc. 6, y 95, numeral 5, del CGP, creemos que la restitución del plazo de duración del proceso por causa de una nulidad que afecta la intimación de aquellas providencias, sólo tiene cabida cuando el motivo de invalidez es atribuido al demandante, porque si la nulidad fue provocada por el propio juzgador, no puede él invocar su propia culpa para excusar la infracción del plazo en cuestión, que concierne a un derecho fundamental.

Es que como dijo la Corte Constitucional en su sentencia C-227 de 30 de marzo de 2009, a propósito de la ineficacia de la interrupción de la prescripción, “la implícita inclusión del demandante diligente en el ámbito de los destinatarios del precepto acusado vulnera varios de los

elementos que estructuran la dimensión material del contenido múltiple y complejo, que conforme a la jurisprudencia, se adscribe al derecho de acceso a la justicia. Se vulnera su derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el derecho a que ese despliegue de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo y el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones.” Por tanto, cambiando lo que se debe cambiar, restituir el plazo de duración del proceso por el sólo hecho de la nulidad, sin parar mientes en quién fue el causante de la invalidez, puede menoscabar sensiblemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su expresión de derecho a un debido proceso de duración razonable.

2. Si en un proceso ejecutivo no se proponen excepciones de mérito, cuál es el plazo que tiene el juez para proferir el auto que ordena seguir adelante con la ejecución?

Respuesta: Cuando el ejecutado no plantea excepciones de mérito, el juez debe proferir *inmediatamente* el auto que ordena seguir adelante con la ejecución, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 120 del CGP.

En efecto, aunque los jueces y magistrados cuentan con diez (10) días para dictar los autos, en aquellos eventos en los que una disposición especial autoriza decidir de fondo por ausencia de oposición del demandado, el código previó que la providencia respectiva debía ser

emitida *inmediatamente*, hipótesis que se configura en los procesos ejecutivos en los que el ejecutado no propone excepciones oportunamente (CGP, art. 440, inc. 2).

3. Cuál es el plazo para resolver una apelación de auto?

Respuesta: Seis (6) meses, porque el artículo 121 del CGP no se refirió a las sentencias, sino a la duración de “la segunda instancia”.

Hubo aquí una sustancial modificación a lo que tenía previsto la ley 1395 de 2010, cuyo artículo 9º, que había adicionado el artículo 124 del CPC, se concretaba a un plazo para dictar sentencias de primera y de segunda instancia, por lo que se presentaba un vacío en lo que se refiere a la impugnación de autos.

Por eso el Código General del Proceso hizo referencia genérica al “plazo para resolver la segunda instancia”, quedando así comprendidas las apelaciones de auto y de sentencias.

4. Si en un proceso ejecutivo se proponen excepciones previas por vía de recurso de reposición, no se cuenta el plazo para contestar la demanda. Por tanto, si tales defensas deben resolverse en audiencia cuando requieren la práctica de pruebas, a partir de qué momento se computa el término para excepcionar?

Respuesta: La pregunta parte de un presupuesto equivocado, porque si en los procesos ejecutivos no es posible plantear excepciones previas propiamente dichas, sino alegar –por vía de reposición- los hechos que las configuran, no cabe hacer la distinción de trámite entre las que requieren práctica de pruebas y las que no lo exigen.

Por consiguiente, en todas las ejecuciones los planteamientos relativos a hechos que constituyen una excepción previa, deben ser objeto de pronunciamiento judicial por fuera de audiencia. Mejor aún, el juez debe resolver íntegramente y por escrito la respectiva cuestión formal, antes de convocar a la audiencia inicial o a la única autorizada por la ley, máxime si se considera que sólo tras la definición del recurso de reposición, correrá el término para proponer excepciones (CGP, arts. 118, inc. 4 y 442, num. 1).

5. Cuando el demandado plantea un llamamiento en garantía, pero no se obtiene la notificación del llamado en el plazo de seis (6) meses previsto en la ley, desde cuando se comienza a contar el plazo de duración del proceso?

Respuesta: Como lo precisa el artículo 124 del CGP, el plazo de duración de la primera o única instancia corre a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Este –y no otro- es el detonante del término de un (1) año.

Con todo, la misma norma hace salvedad de los eventos de interrupción y suspensión del juicio por causa legal, porque un plazo no puede correr si el juez está imposibilitado temporalmente y por motivo de ley para tramitarlo y definirlo. Por consiguiente, si el llamamiento en garantía impide la continuación del trámite hasta tanto se notifique al llamado o venza el plazo de seis (6) meses previsto en el artículo 66 del CGP, se impone colegir que mientras no se notifique al llamado o, en su caso, no venza el término que el llamante tiene para convocarlo, no se computará el plazo de duración del proceso.

Con otras palabras, aunque el plazo de un (1) año comenzó a correr con la vinculación del demandado o ejecutado al proceso, tras la admisión del llamamiento quedó suspendido. Oportunamente se reanudará.

6. El plazo de duración del proceso se vuelve a contar cuando existe cambio de juez o de Magistrado? Debe hacerse alguna distinción entre vacantes temporales y definitivas?

Respuesta: No, porque el plazo de duración del proceso es institucional y no personal. Con otras palabras, es un término que tiene el sistema de justicia de un país para resolver el conflicto jurídico sometido a su conocimiento, siendo claro que la materialización de ese derecho fundamental a un debido proceso de duración razonable no puede quedar supeditado a los cambios de titular del juzgado.

Por eso el Código General del Proceso no reprodujo aquella regla del Código de Procedimiento Civil conforme a la cual, en caso de cambio de juez o magistrado, “los términos correrán de nuevo a partir de su posesión.” (art. 121).

Se dirá que a un juez no le puede correr un plazo si no tenía a su cargo el expediente. Pero esa postura que sólo mira al funcionario y no repara en el usuario, pasa por alto que, ello es medular, el término de duración está referido a la instancia y tiene como obligado al Estado. Una interpretación contraria daría lugar a múltiples eventos en los que el término de duración no sería ya de un (1) año, sino de dos (2), o tres (3), o cuatro (4), tal vez cinco (5), dependiendo del número de personas que ocupen la silla del juez.

7. Cuando se interpone un recurso contra el auto que rechaza la demanda, si al resolverlo se ordena su admisión, habiendo transcurrido ya el plazo previsto en el artículo 90 del CGP, desde qué momento corre el plazo de duración del proceso?

Respuesta: Desde la notificación del auto admisorio al demandado, como lo establece el artículo 121 del CGP, sin que pueda invocarse la aplicación del inciso 6º del artículo 90 del mismo código, por cuanto el juez, en su momento, se pronunció tempestivamente sobre la admisibilidad del libelo.

En efecto, conforme a esta última disposición, el juez debe notificar al demandante o ejecutante el auto admisorio de la demanda o el mandamiento de pago, según el caso, o el que rechace la demanda, dentro de los treinta (30) días siguientes a su presentación, en defecto de lo cual el plazo de duración del proceso –de un (1) año- se contará desde el día siguiente a la radicación de dicho escrito. Se trata, sin duda, de una norma que tiene el confesado propósito de provocar respuestas oportunas sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda, por manera que sólo cuando el juez procede extemporáneamente tiene lugar la referida consecuencia jurídica. Con otras palabras, la anticipación del día en el que despunta el término previsto en el artículo 121 del CGP, presupone la culpa del juzgador.

Por consiguiente, si el juez le notificó oportunamente al demandante o ejecutante que su demanda había sido rechazada, la circunstancia de haberse planteado recursos contra esa determinación no quita ni pone ley en lo tocante al plazo de duración del proceso, dado que el juez hizo lo suyo, así después revoque su determinación.

8. Si se adiciona un mandamiento de pago por fuera del plazo de 30 días previsto en el artículo 90 del CGP, desde cuando se cuenta el plazo de duración del proceso?

Respuesta: Al igual que en el caso anterior, si el juez le notificó el mandamiento de pago al ejecutante dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la demanda, el plazo de duración del

proceso sólo comenzará a correr a partir de la notificación de esa providencia al ejecutado (CGP, art. 121).

Las actuaciones ulteriores que de una u otra manera incidan en el mandamiento de pago, como su aclaración, corrección o adición, no alteran el hito del que despunta el término en cuestión, por más que el juez sea tardío en la definición de las solicitudes que se planteen con uno de tales propósitos.

9. Desde cuando se computa el plazo de duración del proceso en los casos en que se ha suscitado un conflicto de competencia?

Respuesta: Si el juez rechazó tempestivamente la demanda por falta de competencia, esto es, dentro de los treinta (30) días siguientes a su presentación, el plazo de duración del proceso –en caso de asignársele el conocimiento tras la definición del conflicto- comenzará a contarse dependiendo de la tempestividad del nuevo pronunciamiento.

En efecto, si el juez le notifica al demandante o ejecutante el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de notificación del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, el término en cuestión correrá con apego a la regla prevista en el artículo 121 del CGP. Pero si el juez sobrepasó esos treinta (30) días, el plazo de

duración del proceso computará desde cuando el expediente arribó de nuevo al juzgado (CGP, art. 90).

Ello es así, porque el rechazo por competencia constituye una decisión que no comporta devolución del libelo, de suerte que si el juez carecía de razón, no puede menos que retomarse la aplicación del inciso 6º del artículo 90 del CGP, en la medida en que suyo es el deber legal de pronunciarse tempestivamente sobre la demanda.

10. El juez que profirió la sentencia dentro del plazo de duración del proceso o de su prórroga, conserva competencia para resolver las solicitudes de aclaración o adición del fallo, aunque ese término hubiere vencido? O debe pasar el expediente al juez o Magistrado que sigue en turno?

Respuesta: El juez de la aclaración y de la complementación de un fallo debe ser, por regla, el juez que lo profirió. Salvo que medie cambio de juez o que se configure la hipótesis prevista en el artículo 287 del CGP, quien debe resolver las solicitudes de aclarar conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda o peticiones de pronunciamiento sobre alguna pretensión o excepción que se omitió resolver, es el juzgador que pronunció la sentencia respectiva.

Por consiguiente, un juez no puede declararse incompetente para aclarar o complementar un fallo, so pretexto de haberse vencido el plazo de duración del proceso, porque si se miran bien las cosas, la

sentencia –en el supuesto de la pregunta- se emitió tempestivamente (CGP, art. 121). Cosa distinta es que sea necesario verificar si debe ser aclarada o complementada. Pero aunque la respuesta sea afirmativa, específicamente en el evento de adición, no puede perderse de vista que fallo hay, incluso oportuno, al punto que si no lo hubiera no podría adicionarse.

11. Si un juez pierde competencia por vencimiento del plazo de duración del proceso y remite el expediente a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior para que lo envíe a otro juez por no existir otro en el lugar de su sede, puede el Tribunal negarse a hacerlo porque, en su criterio, no procedía la pérdida de competencia?

Respuesta: No, dado que en esos casos la Sala de Gobierno del Tribunal Superior del respectivo distrito judicial no cumple una función jurisdiccional. La suya es una tarea simplemente administrativa, que consiste en determinar a qué juez le debe ser repartido el proceso en el que se perdió competencia.

Por supuesto que si existe un error protuberante del juez, como por ejemplo, enviar un proceso sin que hubiere vencido el plazo de un año de duración del proceso (típico error de cómputo, no de criterio), puede el Tribunal devolverle el expediente al juez para que, si lo considera, reexamine el asunto. Al fin y al cabo, un error no puede conducir a otro error. Pero si el juzgador insiste porque, por ejemplo, la devolución del Tribunal obedeció a la aplicación de un criterio disímil,

le corresponde a la Sala de Gobierno cumplir su tarea administrativa y asignar el respectivo funcionario que debe seguir conociendo del asunto.

Y ello es así porque si los Tribunales, aunque nominadores de los jueces, no pueden imponerle a éstos un criterio de interpretación en sede judicial, menos aún pueden hacerlo en sede administrativa.

12. La facultad de prorrogar el plazo de duración del proceso también puede ser ejercida por el juez que asume competencia tras la pérdida automática del que venía conociendo de él?

Respuesta: No, como se desprende del texto del inciso 5º del artículo 121 del CGP, en el que se establece que “excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término *para resolver la instancia respectiva*, hasta por seis (6) meses más...”

Por tanto, si el plazo de duración de la primera o única instancia es de un (1) año y el de la segunda de seis (6) meses, es claro que de presentarse una pérdida de competencia, no es posible que el juez que recibe el expediente amplíe esos términos porque ya el término respectivo venció.

Pero además, como el plazo de duración del proceso concierne a un derecho fundamental, no caben interpretaciones que de una u otra manera impidan o dilaten su materialización. Afirmar, entonces, que el

nuevo juzgador puede ampliar el término que tiene para proferir la decisión respectiva, equivale a sostener que puede mantenerse por un tiempo más la vulneración del derecho a un debido proceso de duración razonable.

13. En caso de pérdida de competencia, el juez que recibe el expediente debe proferir la providencia correspondiente dentro de un término máximo de seis (6) meses. De no hacerlo, también pierde competencia?

Respuesta: No, la pérdida automática de competencia sólo tiene lugar para el juez que dejó vencer el plazo de duración de la respectiva instancia, como lo precisa el artículo 121 del CGP, en el que no se previó una nueva pérdida de competencia para el nuevo juzgador que definirá el litigio.

Desde luego que no puede hacerse aplicación analógica o extensiva de ese efecto a esta otra hipótesis, dada la naturaleza sancionatoria de aquel. Si el legislador no contempló dicha consecuencia, no puede hacerlo el intérprete.

Pero además, no era viable que la ley edificara un nuevo motivo de pérdida de la competencia, por cuanto, en rigor, carece de presupuesto, en la medida en que no fue al nuevo juez al que se le venció el plazo de duración del proceso. A él, ese término le llegó vencido.

14. Como se cuenta el plazo de duración del proceso en los divisorios: Con referencia al auto que decreta la división o a la sentencia aprobatoria?

Respuesta: Con referencia al auto que decreta la división, porque es esa providencia la que define el conflicto relativo a su procedencia y la forma de materializarla (CGP, art. 409). Tras su ejecutoria lo que sobreviene es el trámite de la división, o lo que es igual, el cumplimiento forzado de lo que en ese auto se dispuso: la venta o la partición.

15. Cómo se maneja el plazo de duración del proceso en los asuntos de jurisdicción voluntaria?

Respuesta: El plazo de duración del proceso regulado en el Código General no tiene aplicación en los procesos de jurisdicción voluntaria, por cuanto en ellos, como es apenas obvio, no existe un demandado que resista la pretensión.

En rigor, el artículo 121 del CGP previó un término de duración de los procesos contenciosos, sin mencionar otra tipología de juicios, lo que no quiere decir que los de jurisdicción voluntaria no deban ser resueltos tempestivamente, porque la garantía constitucional a un debido proceso de duración razonable es aplicable a todo tipo de procesos. Se trata, sin duda, de una omisión legislativa.

16. Cómo se maneja el plazo de duración del proceso en las sucesiones?

Respuesta: El plazo de duración del proceso sólo se aplica a los juicios contenciosos, y no a los que tienen naturaleza liquidatoria. Por eso el artículo 121 del CGP fijó como detonante del plazo “la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada”, eventos que, en estricto, no se configuran en los procesos de sucesión, que despuntan con un auto de apertura y en los que no existen propiamente demandados.

TRASLADOS

1. Cuando deban correrse varios traslados secretariales, de aquellos previstos en el artículo 110 del CGP, es viable hacerlo en forma simultánea, o deben hacerse en forma sucesiva? P. ej.: cuando en un proceso verbal se proponen excepciones previas y de mérito.

Respuesta: Bien pueden hacerse en forma simultánea, porque no existe norma que ordene hacerlo de manera gradual, o uno tras de otro.

Si varios demandados se notifican al mismo tiempo del auto admisorio de la demanda y pueden correr parejamente los traslados respectivos, con mayor razón pueden surtirse en forma simultánea los traslados que deben verificarse de la manera establecida en el inciso 2º del artículo 110 del CGP.

TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

1. Qué diferencia existe entre el desistimiento tácito regulado en el numeral 1º del artículo 317 del CGP, y el previsto en el numeral 2º de la misma disposición?

Respuesta: El Código General del Proceso estableció dos modalidades de desistimiento tácito: uno subjetivo y otro objetivo.

El primero de ellos, que es al que se refiere el numeral 1º del artículo 317 del CGP, tiene como presupuesto que el trámite de una actuación procesal dependa del cumplimiento de una carga o de un acto procesal de la parte que la promovió. Por ejemplo, lograr una notificación, hacer un emplazamiento o materializar una medida cautelar. Con otras palabras, el impulso de la respectiva actuación (no necesariamente de todo el proceso) depende de una conducta (que puede tener o no alcance de carga) que debe asumir su promotor. De allí que el juez, tras advertir la omisión, hace un requerimiento a través del cual le ordena cumplirlo en un plazo de treinta (30) días, so pena

de decretar el desistimiento tácito del proceso o la actuación correspondiente.

Obsérvese que en esa hipótesis el desistimiento tácito se decreta porque la parte requerida, pese a la amonestación, perseveró en su omisión. El proceso o la actuación llegan, entonces, a su fin por causa imputable a quien lo promovió. De allí que en esta modalidad exista – implícitamente- una imputación- y un juicio de reproche. Por eso se afirma que es de naturaleza subjetiva.

La segunda de las formas de desistimiento tácito es objetiva, porque basta el simple transcurso del tiempo y la permanencia del proceso en secretaría sin actividad alguna, para que el juez ordene la terminación del proceso. A ella se refiere el numeral 2º del artículo 317 del CGP.

Aquí no cabe preguntarse por qué el proceso estaba inactivo, ni quien debía impulsarlo: si el juez o las partes. Es suficiente la inercia del expediente en la secretaría del juzgado durante el plazo de un (1) año, si el proceso no cuenta con sentencia ejecutoriada o auto que ordene seguir adelante la ejecución, o de dos (2) si ya la tiene. Esos dos presupuestos son bastantes para que el juez finiquite el pleito o la respectiva actuación.

Cualquier otro ejercicio desborda las exigencias legales. Por ejemplo, afirmar que un proceso ejecutivo en fase de ejecución forzosa, que tiene cinco (5) o diez (10) años de inactividad, no puede terminar por

desistimiento tácito objetivo porque es al deudor ejecutado al que le corresponde hacer el pago, implica mutar el presupuesto de la norma en cuestión, la cual, se insiste, no repara en la culpabilidad.

Téngase en cuenta que esta especial modalidad de desistimiento tácito está soportada en una visión económica del derecho y en una perspectiva constitucional, (i) porque el ejercicio del derecho de acción supone el derecho a la terminación del proceso, sea en forma normal o anormal; (ii) porque en Colombia no existen obligaciones imprescriptibles, de suerte que si pasados los años el acreedor no pudo hacer efectivo su crédito, bien pueden los jueces retornarle una demanda que resultó ineficaz; de allí el derecho al olvido, de raigambre constitucional; (iii) porque tratándose de procesos ejecutivos, la imposibilidad de recaudo evidenciada con los años también exhibe la responsabilidad del acreedor en la colocación del crédito; con otras palabras, prestó mal, y (iv) la Rama Judicial no está obligada a soportar la carga de administración de expedientes inertes e ineficaces.

De manera pues que, una vez más, les corresponde a los jueces y abogados cambiar de paradigmas, pues el Código de Procedimiento Civil dejó de existir, y con él figuras como la perención, acompañada de una jurisprudencia que también perdió vigencia.

2. El acto procesal que, según el literal c) del inciso 2º del artículo 317 del CGP, interrumpe los plazos previstos en esa

disposición, debe tener alguna incidencia en el proceso (p. ej. generar impulso,)?

Respuesta: Si, porque si se miran bien las cosas, lo que la norma exige es una “*actuación*” que puede ser generada de oficio o a petición de parte, pero “*actuación*” al fin y al cabo, lo que necesariamente implica que el acto del juez o del interviniente en el proceso no puede ser neutro, sino que debe repercutir –de una u otra manera- en el trámite, sin que, eso sí, pueda repararse en la naturaleza de esa actuación.

Destaquemos, además, que la norma no impone un pronunciamiento o una respuesta del juez; es suficiente una actuación dentro del proceso, así sea de orden secretarial.

3. El desistimiento tácito regulado en el numeral 1º del art. 317, es procedente en los procesos ejecutivos que tienen orden de seguir adelante con la ejecución?

Respuesta: Claro que sí, porque la norma no hace distinción en cuanto a las fases del proceso ejecutivo. Traigamos a colación su presupuesto: “Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente *o de cualquier otra actuación promovida a instancia de parte*, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos...” (se resalta)

Y ahora citemos un caso: si en un proceso ejecutivo en el que se profirió –en auto o sentencia- la orden de seguir adelante con la ejecución, el demandante pide y obtiene el embargo de un vehículo, cuya aprehensión materializan las autoridades de policía, y decretado el secuestro aquel demora su diligenciamiento porque un tercero –al que se le retuvo el vehículo- que alega posesión material, ha concurrido al proceso para hacer valer su derecho, obteniendo como respuesta que su oposición debe ser planteada cuando se consume la segunda de dichas cautelas, no es acaso viable que el juzgador requiera al interesado para que cumpla con un acto que es propio de la parte que promovió la actuación cautelar, específicamente que tramite el despacho comisorio o, si fuere el caso, facilite el traslado del juez al sitio en el que debe practicarse la diligencia? Por supuesto que sí, por manera que de no hacerlo dentro de los treinta (30) días siguientes, el juez levantará la medida cautelar.

Sostener que el desistimiento tácito subjetivo no tiene cabida en los procesos ejecutivos en los que media orden de seguir adelante con la ejecución, implica pasar por alto que en el Código General todos los actos que le son propios a la fase de ejecución forzosa (liquidación del crédito, avalúo y remate) deben ser impulsados por las partes, por lo que es perfectamente posible que el juez las requiera en los términos previstos en el numeral 1º del artículo 317 del CGP. Si así no fuera, las ejecuciones podrían quedar paralizadas, en desmedro del principio de celeridad.

4. La interrupción de los términos previstos en el artículo 317 del CGP, por cualquier actuación oficiosa o de parte y de cualquier naturaleza, también se aplica al plazo de 30 días previsto en el numeral 1º?

Respuesta: No. Aunque la norma pareciera sugerirlo, lo cierto es que únicamente se refiere al desistimiento tácito, en la modalidad objetiva.

En efecto, según el inciso 2º del artículo 317 del CGP, “El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas...a), b), c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo”, lo que implicaría que la norma se aplica a los plazos de 30 días, uno (1) y dos (2) años, establecidos en los numerales 1º y 2º del inciso 1º del artículo en cuestión. Sin embargo, las cosas no son como parecen, porque esa regla no encaja dentro de la hipótesis consagrada en el numeral 1º, relativa al desistimiento tácito subjetivo, en la medida en que ella presupone un requerimiento a la parte que tiene que cumplir con una carga procesal de la que depende la continuidad de un específico trámite, a través del cual “el juez *le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes...*” (se resalta).

Con otras palabras, si la parte requerida debe cumplir -sí o sí- con la carga procesal que tiene dentro del plazo mencionado, no es posible sostener que ese término puede ser truncado con “cualquier

actuación..., de cualquier naturaleza”, porque ello implicaría que la parte manejaría el plazo a voluntad, y que la importancia de cumplir con la carga –al punto de haber motivado un requerimiento- es fácilmente superable con un acto irrelevante para la continuidad del juicio. Interpretar la norma en cuestión con apego a su tenor literal da lugar a una contradicción, porque de una parte, le diría al juez que para cumplir con el principio de celeridad amoneste al litigante del que depende la continuidad del trámite, para que éste no se paralice, y de la otra, le permitiría al requerido hacerle el quite al requerimiento con cualquier gestión, administrativa o judicial, relacionada o no con la carga que debe cumplir.

Si la ley debe interpretarse de manera coherente, es necesario aceptar que el literal c) del inciso 2º del artículo 317 del CGP, sólo se aplica al desistimiento tácito objetivo y, por ende, a los plazos de uno (1) y dos (2) años previstos para su operatividad, según el caso, porque en esas hipótesis no se trata de cumplir con carga procesal alguna. Simplemente el expediente ha permanecido inactivo en la secretaría, lo que justifica, ahí sí, que cualquier actuación, de cualquier naturaleza, trunque los plazos referidos.

5. Se puede requerir al llamante en garantía para que notifique a su llamado, so pena de desistimiento tácito, antes de vencerse el plazo de seis (6) meses previsto en el artículo 66, pese a que el proceso está suspendido por ministerio de la ley?

Respuesta: Claro que sí, porque si para hacer el requerimiento al que se refiere el numeral 1º del artículo 317 del CGP, el juez tuviera que esperar los seis (6) meses a que se refiere el artículo 66 del estatuto procesal, dicha intimación sería extemporánea, en la medida en que según esta misma norma, pasado dicho plazo el llamamiento será ineficaz. Expliquémoslo en otros términos.

Como se sabe, el desistimiento tácito, en la modalidad subjetiva, tiene lugar “cuando para continuar el trámite... del llamamiento en garantía..., se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte...” que lo haya promovido (CGP, art. 317, num. 1) ¿Y cuál es ese acto –con alcance de carga- de la parte promotora del llamamiento, del que depende su continuidad? Pues la notificación del llamado; ¿qué otro podría ser?

Que el artículo 66 del CGP hubiere establecido que “si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz”, no significa que antes de vencer ese plazo el juez no pueda impulsar esa específica actuación. Tal suerte de entendimiento le haría perder el efecto útil al artículo 317 del CGP.

Pero además, no es que el llamante tenga seis (6) meses para notificar a su llamado y que, por ende, pueda manejar a su arbitrio dicho plazo; lo que establece la norma es que si la notificación no se logra “dentro” de ese plazo, la convocatoria perderá efectos procesales. Por algo el artículo 317 del CGP incluyó expresamente la

hipótesis del llamamiento en garantía.

Finalmente, la suspensión del proceso como secuela del llamamiento en garantía no implica la parálisis total del trámite; simplemente implica que el proceso no puede continuar a las fases subsiguientes hasta tanto se verifique la notificación del llamado, o venza el referido plazo de seis meses. En el entretanto, le corresponde al convocante adelantar las gestiones que sean necesarias para cumplir con dicha carga procesal, lo que justifica el requerimiento al que se refiere el artículo 317 del CGP.

6. Qué efecto procesal se genera cuando, pese al decreto de desistimiento tácito, la nueva demanda se presenta antes de cumplirse el plazo de seis (6) meses previsto en el literal f) del artículo 317 del CGP?

Respuesta: Conforme a esa disposición, “el decreto de desistimiento tácito no impedirá que se presente nuevamente la demanda transcurridos seis (6) meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto o desde la notificación del auto de obediencia de lo resuelto por el superior...”

Quiere ello decir que si el demandante cuyo proceso fue terminado por desistimiento tácito, acude una vez más ante los jueces antes de vencer el plazo aludido, su demanda puede ser rechazada por existir un impedimento legal para formularla. Si así no fuera, esto es, si a

dicho escrito tuviera que dársele trámite regular, la sanción en comento sería burlada y se le quitaría el efecto útil a la norma transcrita.

Se dirá que el inciso 2º del artículo 90 del CGP sólo autoriza rechazar de plano una demanda por falta de jurisdicción o de competencia, o cuando esté vencido el término de caducidad para la instancia. Sin embargo, esos motivos generales de rechazo no excluyen causas especiales como las previstas, a título de ejemplo, para la demanda de revisión –que puede ser devuelta sin más trámite “cuando no se presente en el término legal, o haya sido formulada por quien carece de legitimación para hacerlo” (CGP, art. 358, inc. 3)-, o la de pertenencia –si el juez advierte liminarmente que el bien al que ella se refiere es imprescriptible (CGP, art. 375, num. 4)-, o la de exequátur –cuando no se satisfacen ciertas exigencias (CGP, art. 607, inc. 3, num. 2).

Por consiguiente, si al presentarse una demanda el juez advierte de alguna manera que un libelo igual había dado lugar a un proceso que terminó por desistimiento tácito, sin que hubieren transcurrido cuando menos seis (6) meses desde que esa terminación quedó firme, suyo es el deber de rechazarla por estar vigente la sanción que le impide al demandante ejercer –temporalmente- su derecho de acción.

7. El desistimiento tácito regulado en el numeral 1º del artículo 317 del CGP, le impone a la parte requerida una obligación de medio o de resultado?

Respuesta: Cuando el juez requiere a la parte respectiva en los términos de esa disposición, ella debe cumplir efectivamente con la carga procesal o el acto necesario para continuar el trámite de la actuación que promovió. Se trata, entonces, de una arquetípica obligación procesal de resultado, puesto que no basta con hacer un esfuerzo, más o menos diligente, para lograr el cometido, sino que es necesario que la carga se cumpla.

Por eso el texto de la norma no deja espacio para la duda: “Cuando para continuar el trámite... se requiera *el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte...* el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes...” (se resalta). Por tanto, lo que debe hacer la parte requerida es cumplir, esto es, “llevar a efecto algo”, como lo precisa el DRAE, o lo que es igual, hacer o realizar la conducta correspondiente. Un esfuerzo, entonces, es insuficiente.

Por supuesto que el juez debe reconocer cuál es, en concreto, la carga que debe cumplir el interesado y hasta dónde su cumplimiento depende de él. Por ejemplo, la de notificar personalmente o por aviso al demandado, que en la hora actual son actuaciones del resorte del demandante; pero si tras el envío del citatorio respectivo se hace necesario el emplazamiento de aquel, no podría decretarse el

desistimiento tácito so pretexto de no haberse logrado la intimación en el término de treinta (30) días, si hubo demoras en la emisión del auto que autorizaba la convocatoria o designaba el curador *ad litem*, para citar sólo dos casos.