

TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES
Y SENTENCIA EN EL PROCESO
EJECUTIVO DEL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
Presidente

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Vicepresidente

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JOSÉ AGUSTÍN SUÁREZ ALBA
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES
Y SENTENCIA EN EL PROCESO
EJECUTIVO DEL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN: 978-958-8857-77-0

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2017

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONVENCIONES

<i>O_g</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>O_e</i>	<i>Objetivos específicos</i>
<i>a_p</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>a_e</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>b</i>	<i>Bibliografía</i>

CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCIÓN - PREVALENCIA DE LA ORALIDAD	13
UNIDAD 1	
EXCEPCIONES PREVIAS Y BENEFICIO DE EXCUSIÓN	15
1.1. Concepto y proposición de las excepciones previas.....	15
1.2. Beneficio de excusión.....	16
1.3. Trámite de las excepciones previas y del beneficio de excusión.	17
1.4. Recursos contra el auto que decide estos asuntos previos.	21
UNIDAD 2.	
EXCEPCIONES DE MÉRITO.....	25
2.1. Conceptos preliminares.	25
2.2. Algunas clases de excepciones.....	27
2.2.1. Excepciones reales y personales.	27
2.2.2. Excepciones perentorias y dilatorias.	28
2.3. Restricción de excepciones de fondo para ciertos títulos.....	29
2.3.1. Restricciones reconocidas en el CGP.....	29
2.3.2. Restricciones previstas en códigos sustantivos.....	33
2.3.3. Conclusiones.	33
2.4. Oportunidad y proposición de las excepciones de mérito.	34

2.5.	Trámite inicial escrito de las excepciones de mérito.....	36
2.6.	Trámite subsiguiente en audiencia.	36
2.6.1.	Mayor y menor cuantía. Audiencia inicial.....	46
2.6.2.	Audiencia de instrucción y juzgamiento.	50
2.6.3.	Audiencia para ejecutivo de mínima cuantía.	53
UNIDAD 3.		
SENTENCIA		53
3.1.	Conceptos preliminares.....	53
3.2.	Formalidades y contenido de la sentencia.....	53
3.3.	Formas de sentencias en proceso ejecutivo.	56
3.4.	La sentencia de excepciones en el proceso ejecutivo.....	56
3.4.1.	Sentencia favorable al ejecutado.	57
3.4.2.	Sentencia de impulso de la ejecución.	59
3.4.3.	Análisis de las excepciones invocadas, o de oficio.	59
3.5.	Efectos de la sentencia de excepciones.	61
3.6.	Sentencia anticipada.	62
3.6.1.	Por petición de las partes.	62
3.6.2.	Por no haber pruebas por practicar.....	63
3.6.3.	Por estar probada alguna de ciertas excepciones.	63
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....		64

INTRODUCCIÓN - PREVALENCIA DE LA ORALIDAD

En el proceso ejecutivo del Código General del Proceso (CGP), que es el nuevo estatuto de los procedimientos civiles comerciales agrarios y de familia, la formulación y trámite de las excepciones previas y excepciones de mérito, así como la sentencia que se debe dictar, esta última en caso de excepciones de mérito, tienen similitudes con el régimen del anterior Código de Procedimiento Civil (CPC), en particular, luego de haberse instituido el régimen de oralidad y demás reformas de la Ley 1395 de 2010, aunque hay distinciones que se basan, principalmente, conforme a lo anotado en otros apartes, sobre proceso ejecutivo, en los cambios tendientes a la unificación de los procesos de ejecución bajo una misma cuerda, a la simplificación de los trámites con la previsión de menores formalismos, en particular con lo relativo al título ejecutivo, como también un proceso oral y por audiencias, y la posibilidad de un proceso digital.

Y aunque vale recordar que el proceso ejecutivo es en buena parte escrito, también debe atenderse que es con la formulación de excepciones de fondo o de mérito, que tiene lugar la fase de oralidad y por audiencias, aplicación esta que es la que otorga importancia al estudio de estos temas. Eso justifica este estudio de las excepciones y la sentencia, que son los temas donde más tiene aplicación el sistema procesal de la oralidad. Pero desde luego que sin desconocer la parte escrita que corresponde a los actos de introducción procesal, básicamente la demanda y la etapa de litiscontestación, al igual que cuando no se formulan tales excepciones de mérito, aunque en todo caso siempre dentro de los conceptos de unificación y simplificación de los procedimientos.

De acuerdo con el artículo 442 del CGP, en el proceso ejecutivo pueden proponerse excepciones previas, junto a las que se puede formular el beneficio de excusión (artículo 442, numeral 3), y excepciones de mérito, formas de defensa que poseen trámites y decisiones que son diferentes, como se explica.

Unidad 1

EXCEPCIONES PREVIAS Y BENEFICIO DE EXCUSIÓN

1.1. CONCEPTO Y PROPOSICIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

Estas excepciones se relacionan con el procedimiento, porque se refieren a impedimentos o dificultades procesales, pero el beneficio de excusión es, en cambio, asunto de carácter sustantivo, aunque por referirse a la procedibilidad de la persecución de bienes en el proceso ejecutivo, el legislador ha previsto que de formularse se defina de manera anticipada, junto con las excepciones previas. Ambas formas de defensa se pueden proponer, pero únicamente mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago, acorde con la regla tercera (3ª) del artículo 442 del CGP y, por consiguiente, se deciden por auto.

Las excepciones previas están consagradas en el artículo 100 del CGP¹, a cuyo listado restringido deben atenerse las partes y el juez, por lo cual no pueden formularse hechos o temas que estén fuera de esa lista. Cumple recordar que en el régimen del CGP ya no pueden proponerse algunas excepciones de fondo como

1 ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

previas, que eran mal llamadas mixtas², puesto que no fueron reproducidas las reglas del CPC (inciso final del artículo 97) y de la Ley 1395 de 2010 que así lo consagraban.

Debe tenerse presente que el término para proponer las excepciones previas en el proceso ejecutivo es de tres (3) días, porque la vía para hacerlo es el recurso de reposición, lapso de tiempo que está previsto en el precepto 318 del CGP para este medio de impugnación por fuera de audiencia (inciso tercero), esto porque normalmente la notificación del mandamiento ejecutivo se hace como actuación escrita. Así, no puede aplicarse aquí el término de traslado de la demanda, o de la litiscontestación, que consagra el artículo 100 del CGP para la formulación de excepciones previas; y aunque en el proceso ejecutivo no hay término del traslado de la demanda, sino el término de diez (10) días para proponer excepciones de mérito (artículo 442-1 del CGP), tampoco es aplicable este último periodo para las previas, pues se sigue la regla referida del recurso de reposición.

1.2. BENEFICIO DE EXCUSIÓN

En torno al beneficio de excusión, conviene recordar que es una figura prevista en los artículos 2383 y siguientes del Código Civil, como uno de los efectos del contrato de fianza entre el acreedor y el fiador. El beneficio es a favor del fiador, quien una vez reconvenido para el pago puede exigir que antes de cobrarle a él "... se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda", es decir, que antes de seguir la ejecución contra los bienes del fiador, se siga respecto de los bienes del deudor principal que señale aquel.

Tal beneficio es voluntario o potestativo del fiador, porque el acreedor puede demandarlo desde el principio, pero ese fiador tiene el derecho de proponer el beneficio de excusión, con señalamiento de los bienes del deudor principal que pueden perseguirse (bienes excutidos), facultad que, al igual que los hechos que configuran excepciones previas, se debe ejercer mediante reposición contra el mandamiento de pago en el proceso ejecutivo, para dejar a salvo sus bienes hasta tanto se agoten los medios de persecución contra el deudor principal (o fiador).

2 El término mixtas es inapropiado, porque en realidad las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa, son de fondo o mérito, así pudieran proponerse en el sistema anterior como previas, según el artículo 7° de la Ley 1395 de 2010, pues ese trámite no las convertía en previas ni mixtas.

De manera que si el fiador no plantea el beneficio, asume las consecuencias de persecución sobre sus bienes, evento en que opera una especie de renuncia tácita posterior al privilegio comentado.

Se remarca que en el CGP el beneficio de excusión siempre debe alegarse y tramitarse como recurso de reposición contra el mandamiento de pago, de manera que ya no puede darse curso al incidente que para algunas hipótesis contempló el artículo 511 del anterior estatuto procesal civil.

Los requisitos sustantivos para gozar del beneficio de excusión y demás efectos están consagrados en las citadas normas del Código Civil, entre los cuales cabe destacar que el acreedor (ejecutante) puede contradecir ese beneficio del fiador, que en línea de principio debe ser dentro del traslado del recurso de reposición, y así puede ejercer el derecho previsto en el artículo 2386 del C.C., esto es, pedir que el fiador le anticipe los costos de la excusión, y en caso de ser factible, el juez al decidir el punto debe fijar “la cuantía de la anticipación, y nombrará la persona en cuyo poder se consigne, que podrá ser el acreedor mismo”; no obstante que el fiador puede hacer la excusión por sí mismo.

1.3. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS Y DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN

Ya se dijo que las excepciones previas y el beneficio de excusión deben alegarse por medio de reposición contra el mandamiento de pago, recurso que siendo escrito tiene que interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto (artículo 318 CGP), y resolverse previo traslado a la parte contraria por tres (3) días (artículo 319 *ibídem*), aunque ese traslado es conforme al artículo 110 *idem*, o sea, por fijación dentro de “una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente”.

Cuando no se requiere la práctica de pruebas, o se niegan las pedidas, porque con los medios allegados es suficiente, la decisión de las excepciones previas debe ser por escrito y luego del traslado del recurso de reposición (artículo 101-2 CGP). Si prospera alguna que no conlleve la terminación del proceso, el juez debe adoptar las medidas pertinentes para que siga, o conceder al ejecutante el término de cinco días para subsanar la situación, y de no hacerlo o no poderse hacer, se debe terminar el proceso, con aplicación de lo previsto en el precepto 442-3 del citado estatuto, que es revocar la orden de pago y condenar al ejecutante en costas y perjuicios.

Con todo, a pesar de la forma expedita de alegación de estas defensas, puede haber lugar a debate probatorio, e inclusive, posible decreto y práctica de pruebas, lo cual es puesto en razón, de atender que los hechos base de aquellas formas de contradicción procesal requieren ser probados. Justamente el artículo 101 del CGP prevé que al escrito de excepciones previas deben “acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado” (inciso primero), y que el juez se abstendrá de decretar otras pruebas, excepto cuando se aleguen la falta de competencia por el domicilio de personas naturales o por el lugar donde ocurrieron los hechos, o falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en que pueden practicarse hasta dos testimonios.

Esas pautas sobre pruebas en el trámite de las excepciones previas, son indudablemente aplicables a las mismas en procesos ejecutivos, así como a la alegación del beneficio de excusión, aunque esas defensas se formulen con un recurso de reposición; porque la norma es que las partes tienen la potestad de allegar o solicitar pruebas, y de ser el caso, antes de resolver dicho remedio procesal, el juez debe decretarlas y practicarlas, con las anotadas limitaciones previstas en el artículo 101. Se trata, pues, de casos excepcionales en que antes de resolverse un recurso de reposición, debe el juez pronunciarse sobre la petición de pruebas.

Y por cierto que si en las excepciones previas hay que practicar pruebas, ante la ausencia de reglas especiales para el proceso ejecutivo en este aspecto, el juez debe citar a la audiencia inicial o única, donde deben evacuarse las pruebas de esas excepciones, previo decreto en el auto de citación, y luego decidirse, conforme a los arts. 101-2 y 372-5, o el 392 del CGP (caso de mínima cuantía), bajo cuyos textos en la audiencia inicial (o única) se deben practicar las pruebas de las excepciones previas que lo requieran, y luego de ese cometido estas últimas serán decididas allí. Tales reglas son viables en el proceso ejecutivo por la remisión que contempla el artículo 443 a los últimos citados (arts. 372 y 392), y también por razonabilidad. Esto es cabalmente hacedero cuando al mismo tiempo se proponen excepciones de mérito, que deben tramitarse y decidirse en audiencia.

Por contraste, puede haber dudas cuando no se formulan excepciones de mérito, es decir, que solo se proponen las previas, y hay que practicar pruebas respecto de las mismas. En esos eventos, como se trata de las pruebas cuya práctica permite el citado artículo 101 para algunas excepciones previas, es natural que deban practicarse en una audiencia específica para esos efectos, luego de la cual se

decidirán tales excepciones procesales, con auto escrito, que es como corresponde resolver un recurso de reposición que se formula y tramita por fuera de audiencia (por escrito). De ahí que no parece apropiado citar para la audiencia inicial del artículo 372, ni la del artículo 392, que son propias del proceso verbal, porque la citación para estas audiencias tiene cabida en los procesos ejecutivos, como se contempla en el artículo 443 del CGP, tan solo cuando se formulan excepciones de mérito.

Por demás, debe tenerse presente, de acuerdo con el artículo 440 del CGP, que si el ejecutado no propone excepciones de mérito, el juez ordenará impulsar la ejecución por auto que no tiene recursos, y debe recordarse que esa actuación es escrita.

Ahora bien, es posible que en estos casos de solo excepciones previas con práctica de pruebas, alguien considere que debe efectuarse audiencia para dicha práctica probatoria y decisión de aquellas. Y aunque sea discutible ese criterio de decidirse las solas excepciones previas en audiencia, por lo menos debe citarse a esta con la advertencia de que únicamente es para efecto de practicar las pruebas sobre las excepciones previas y decidir las, porque en todo caso no se podrá seguir el trámite propio de la audiencia con oposición que culmina con sentencia, y deberá disponerse la continuación de la ejecución por auto escrito.

Por otra parte, sobre la decisión del beneficio de excusión es posible criticar que carece de una regulación apropiada en el nuevo estatuto procesal, porque no establece el camino que debe adoptar el juez si prospera, a diferencia del anterior código que consagró unas buenas reglas en su artículo 511, según la cual de prosperar, se debía decretar el desembargo de los bienes del fiador, y el acreedor podía pedir que se extendiera la ejecución al deudor principal. Ahora el CGP se limita a prever que si prospera alguna excepción previa “que no implique terminación del proceso, el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios” (artículo 442-3).

Ante el silencio del CGP alrededor del beneficio de excusión, si este florece, es razonable entender dentro del contexto del citado precepto 442-3, en concordancia con las normas del Código Civil sobre el particular, que se decrete el desembargo de los bienes del fiador, y que el juez le otorgue al ejecutante el término de cinco

(5) días para que, si no hubiese demandado al deudor principal, lo haga, so pena de que se revoque la orden pago y se imponga la condena en costas y perjuicios. Y así tiene que ser conforme al artículo procesal en mención, porque al asimilarse el trámite del beneficio de excusión al de las excepciones previas, en cuanto a lo procesal, su prosperidad también debe tener similares consecuencias a cuando una de ellas se declara probada.

Empero, es conveniente tener presente que el otorgamiento del beneficio de excusión es delimitado, así progrese no es definitivo, porque la libertad del fiador está supeditada a que se cubra la obligación con los bienes del deudor principal, esto es, que solo en la medida en que con los bienes del deudor principal que se señalen se pague la obligación, queda libre el fiador. Si a la postre la excusión de los bienes del deudor principal que se señalan no tiene efecto, o no bastan para el pago, ya el fiador no podrá señalar otros, salvo que se hayan adquirido con posterioridad por el deudor principal, a voces del artículo 2388 del CC. Por esa razón, en el evento de no tener efecto la ejecución sobre los bienes señalados, total o parcialmente, puede volver el acreedor contra los bienes del fiador, por todo o por el saldo insoluto, pues ha de recordarse que la obligación subsidiaria del último se mantiene así hubiese prosperado el beneficio de excusión.

El trámite de las excepciones previas o del beneficio de excusión, mediante recurso de reposición, puede mostrar cierta perplejidad, pues al corto término en que pueden formularse, tres días, se suman ciertas dificultades para practicar pruebas cuando proceden, además de haber duda en cómo se debe resolver el recurso aludido en estos eventos probatorios, si en audiencia o por escrito, como se anotó.

No obstante, debe atenderse que lo ordenado por el legislador es mantener una vía sencilla, ya explicada, para resolver sobre los impedimentos procesales en los procesos ejecutivos, sencillez que, por cierto, sí garantiza el debido proceso con el trámite de la reposición. Amén de que como dijo la Corte Constitucional al declarar exequible tal forma defensiva del anterior estatuto procesal, en doctrina constitucional que se aviene con el nuevo régimen, “al demandado en el proceso ejecutivo no se le desconoce ni disminuye el derecho de defensa, por la circunstancia de haber previsto el legislador que los hechos constitutivos de excepciones previas solo puedan ser alegados mediante la interposición del recurso de reposición. En definitiva, lo que esto significa, es que ellas no serán tramitadas como un incidente de previo y especial pronunciamiento, en el que, además, la

providencia que lo resolvía era susceptible de impugnación con el recurso de apelación. De esta suerte, si los hechos constitutivos de excepciones previas de todas maneras pueden ser alegados, resulta evidente que no le asiste la razón a la actora sobre la supuesta violación del derecho de defensa como sucedería si se le impidiera por completo su alegación”³.

1.4. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE DECIDE ESTOS ASUNTOS PREVIOS

Ante la decisión de las excepciones previas y del beneficio de excusión por vía de recurso de reposición contra el mandamiento de pago, cabe considerar que, en línea de principio, son invariables nuevos recursos, aunque con las precisiones que siguen.

No puede haber sitio para el recurso de reposición contra el auto decisorio del beneficio de excusión y las excepciones previas, porque se trataría de reposición de reposición, duplicación que es restringida por el artículo 318 del CGP, inciso cuarto, que es rotundo al prescribir: “El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos”.

Es que cualquiera que sea la decisión, negativa o positiva de esas defensas de previo pronunciamiento, no puede considerarse punto nuevo, porque fue el punto debatido con la reposición y frente al cual la parte contraria tuvo la oportunidad de replicar en el traslado respectivo, bien sea que la providencia recurrida se confirme, modifique o revoque.

Suele creerse que cuando el juez por vía de reposición revoca o modifica la decisión recurrida, trae un punto nuevo, pero no puede aceptarse tal tesis así no más, porque tales determinaciones son puntos que conciernen con los planteamientos del recurso de reposición frente al auto anterior, que precisamente persigue eso: que se modifique o revoque esa decisión anterior, planteamientos frente a los cuales la parte contraria tuvo la oportunidad de pronunciarse dentro del traslado correspondiente, de suerte que no hay un punto desconocido o extraño, que se vea por primera vez. La modificación o revocatoria son puntos nuevos cuando no han sido planteados por el recurrente, ni han podido ser replicados por la parte contraria, de tal manera que se sorprenda a las partes con una decisión que no es fruto de la reposición y su réplica. Así, si lo planteado es el beneficio

3 Sentencia C-1193 de 22 de noviembre de 2005.

de excusión y el juez declara probada una excepción previa, por ejemplo, falta de competencia, habría un punto nuevo, o si se plantea una excepción previa y se declara probada otra. De lo contrario, estimar que cualquier modificación o revocación por el juez cuando resuelve la reposición, es punto nuevo, conllevaría a que pueda interponerse nueva reposición siempre que prospere la reposición, y si el juez vuelve y cambia la decisión, habría otra vez punto nuevo, y así sucesivamente, situación que infringe el designio legislativo de evitar discusiones interminables sobre cada punto o tema que se debate con la reposición.

Además, la consagración de la reposición para plantear el beneficio de excusión y las excepciones previas en el proceso ejecutivo, busca que en este tales asuntos tengan un trámite más simple y expedito, esto es, que no se siga el trámite especial que para esas defensas se prevé en el precepto 101 del CGP.

En tratándose del recurso de apelación, las situaciones pueden ser distintas. En una primera hipótesis, cuando se deniega la reposición, es decir, que confirma el mandamiento de pago, tampoco tiene acogida la apelación, porque ahí cabe la misma regla perentoria que contempla el citado segmento del artículo 318 del CGP, referente a que el auto que decide la reposición no admite “ningún recurso”, salvo que contenga puntos nuevos no decididos en el anterior, “caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos”. Ya se explicó por qué en condiciones normales, al decidirse la reposición en sí misma, no puede haber puntos nuevos, a excepción de que el juez resuelva sobre aspectos no planteados en dicho recurso.

Sin embargo, en una segunda hipótesis, si al resolverse la reposición sobre excepciones previas y beneficio de excusión, se revoca total o parcialmente el mandamiento de pago, es racional considerar que sí tiene cabida la apelación directa del ejecutante contra esa decisión, si el asunto es de primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 322, cuyo ordinal segundo dispone: “2. La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso”.

De ese modo, como la negativa total o parcial del mandamiento de pago, y su revocatoria por vía de reposición, son decisiones apelables, a términos de los preceptos 321-4 y 438 del CGP, el último de los cuales reitera ese remedio procesal y precisa que es en el efecto suspensivo, aflora de manera diamantina

que la revocatoria de dicho auto de apremio por causa de las excepciones previas propuestas por vía de reposición, es susceptible de apelación.

Por el resto, no revocándose total o parcialmente el mandamiento ejecutivo, no debe considerarse apelable esa decisión, según la regla general de improcedencia de recursos contra el auto que resuelve una reposición, además de que el mandamiento de pago no es apelable.

Visto quedó que las excepciones previas en el proceso ejecutivo solo pueden postularse por vía de reposición, y no dan lugar al trámite especial previsto en el artículo 101 del CGP.

Unidad 2

EXCEPCIONES DE MÉRITO

2.1. CONCEPTOS PRELIMINARES

En el tópico de las excepciones de mérito, también denominadas excepciones de fondo, que pertenecen al cuestionamiento de las pretensiones por aspectos sustanciales, no procedimentales, es acaso uno de los puntos donde más puede sentirse la reforma del CGP al proceso ejecutivo, porque impone el sistema procesal oral y por audiencias para el trámite de las mismas.

Dentro de la estructura lógica del proceso ejecutivo, el mismo arranca con base en un derecho que, en esencia, es tenido por cierto o reconocido, directamente por el ejecutado o ya por la fuerza ejecutiva de algunos documentos que consagra la ley, que en últimas es el título ejecutivo.

Es así que el proceso ejecutivo se inicia con una orden de pago, pues la pretensión es cierta o se presume cierta (expresa, clara y exigible), basada en un derecho estructurado, aunque por estar insatisfecho se invoca la intervención del juez para su cumplimiento. Por esa certeza o presunción de certeza, en el proceso ejecutivo no tiene lugar propiamente la contestación de la demanda en que puede haber una oposición simple (simple desconocimiento del derecho o de los hechos que le sirven de base), sino que el equivalente de la contestación de la demanda consiste en que el demandado, aparte de las excepciones procesales o previas, en cuanto a lo sustancial tiene uno de dos caminos: no proponer excepciones de mérito, o proponerlas, y en tal caso expresar los hechos en que ellas se fundan. Inclusive, es aceptable que el ejecutado diga “contestar la demanda” si en el respectivo escrito plantea hechos que funden excepciones, en cuya eventualidad deben tramitarse estas. Si no las propone, la ejecución debe seguir adelante con base en el derecho cierto contenido en el título ejecutivo, orden que actualmente se expide por auto, salvo que el título se caiga por excepciones procesales (previas), ya vistas; si propone las excepciones de fondo contra el derecho recogido en el título ejecutivo, entonces el proceso debe pasar por una fase declarativa para tramitar esas defensas, etapa que, al cabo, es para verificar si están o no probados los hechos en que se fundan las mismas.

Eso explica que la dinámica del proceso ejecutivo es distinta a la de los procesos declarativos, ya que en estos la incertidumbre, duda o falta de reconocimiento del derecho invocado en la pretensión, permite que la oposición pueda ser simple, de mera negación del derecho o los hechos, pero también puede ser calificada, con proposición de excepciones, para que en la sentencia se efectúe un estudio analítico de los hechos y la pretensión con miras a verificar si esta logra estructurarse, y solo después de verificada, puede estudiar las excepciones, si se formularon, porque si la pretensión no se edifica, carece de motivo analizar las excepciones. Con razón ha sostenido la Corte, que “antes de estudiar un medio exceptivo contra lo pretendido por el demandante, primero debe preguntarse si a éste le asiste la razón. Cuando esa cuestión es respondida negativamente, dice la Corte, la ‘absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen’”⁴.

En cambio, en los procesos ejecutivos no resulta viable tal proceder, porque en estos el juez ordena impulsar de plano la ejecución ante la ausencia de excepciones de fondo; y si se presentan estas, en la sentencia se aplica al análisis directo de las excepciones, porque ya la pretensión está estructurada desde el comienzo (ab initio) con el derecho representado en el título ejecutivo, aunque insatisfecha.

Las excepciones de mérito, también denominadas de fondo, son las que conllevan a que el proceso ejecutivo, normalmente tramitado por el sistema escrito, pase transitoriamente por el sistema del proceso oral y por audiencias, para esa fase declarativa que tiene lugar por esa particular forma de oposición a la pretensión ejecutiva.

Esas excepciones atacan la pretensión por asuntos propios del derecho sustancial, pues según su concepto técnico-jurídico en la teoría general del proceso, en síntesis, son una forma de defensa calificada que ataca la pretensión con hechos distintos o nuevos que se traen al debate, que unas veces desconocen la existencia misma del derecho o relación jurídica reclamados en la pretensión, pero otras veces, sin desconocer esa existencia, pretenden impedir su exigibilidad actual o buscar su aniquilación definitiva. En otros términos, en el proceso ejecutivo las excepciones son formas de oposición que persiguen desconocer el nacimiento o la validez de las obligaciones reclamadas, o su exigibilidad actual o su extinción.

4 Casación civil de 15 de julio de 2008, Ref. C-1100131030061998-00579-01. Allí se cita la Sentencia 109 de 11 de junio de 2001, Exp. 6343, reiterando XLVI-623 y XCI-830.

El profesor Hernando Morales, al tratar el tema de las excepciones en el proceso ejecutivo, escribió que consisten “en todo hecho que pueda desconocer la existencia de la obligación o declararla extinguida si alguna vez existió y afectan el fondo mismo del asunto, es decir, constituyen excepciones de mérito, por lo cual quedan comprendidas las que algunos expositores denominan temporales (petición de modo indebido, petición antes de tiempo, de contrato no cumplido, etc.) y perpetuas, con su división consistente en las que desconocen la existencia de la obligación (nulidad, dolo, error, fuerza, simulación, etc.) y las que la declaran extinguida si alguna vez existió (pago, remisión, compensación, transacción, etc.)”⁵.

2.2. ALGUNAS CLASES DE EXCEPCIONES

Las excepciones de mérito o de fondo, salvo las del artículo 784 del Código de Comercio frente al cobro de títulos-valores, no tienen una enumeración sistemática, ni un tratamiento jurídico integral dentro de los códigos sustantivos. Suelen haber clasificaciones, de las cuales, sin pretender agotar el tema, basta destacar las siguientes:

3.2.1. Excepciones reales y personales

Siguiendo los conceptos del Código Civil en estos tópicos, cuyo tratamiento es un tanto aislado para algunas formas obligacionales, al tratar el tema de las “obligaciones solidarias”, permite comprender que las excepciones reales son todas “que resulten de la naturaleza de la obligación” (artículo 1577), criterio que reitera en el contrato de fianza, al regular que “el fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada...”, y agrega “son excepciones reales las inherentes a la obligación principal” (2380); de donde dimana que se trata de medios defensivos que puede alegar cualquiera que haya sido demandado, porque se basan en hechos o situaciones fácticas objetivas que cualquier obligado puede hacer valer para sí, o para todos los demás, y otras que constan en el documento, que por eso son reales.

A su turno, respecto de las excepciones personales, que el citado estatuto sustantivo también regula en normas aisladas, como los artículos 1577 (obligaciones solidarias), 1964 (cesión de créditos personales), 2380 y 2404 (fianza), son las que atañen a situaciones personales de cada obligado, cual acontece con la incapacidad

5 MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil, parte especial (tomo segundo); Bogotá: Editorial ABC, 1986, p. 218.

para obligarse, la compensación, que solo pueden alegarse por las personas afectadas por los hechos o situaciones que las originan y que, en un primer momento, benefician a quien las alega, y por eso son personales.

El profesor Guillermo Ospina Fernández explica que las excepciones reales son relativas a la fuente de la obligación, como la falta de objeto o el objeto ilícito, o que también provienen de ciertos modos de extinción absoluta de las obligaciones, como el pago, la novación, la confusión, la pérdida de la cosa debida y la prescripción, que también se denominan comunes, porque pueden ser alegadas por cualquiera de los obligados. Y sobre las excepciones personales, anota que algunas pueden fundarse en vicios de la fuente, como la incapacidad o el consentimiento insano, y solo pueden alegarse por el beneficiario de la nulidad respectiva; otras pueden originarse en modos de extinción, aunque solo pueden alegarse por el beneficiado, cual ocurre con la condonación de la deuda (artículo 1575 C.C.)⁶.

3.2.2. Excepciones perentorias y dilatorias

Acorde con la doctrina procesal, las excepciones perentorias atacan la pretensión con hechos o situaciones que buscan demostrar que el derecho o la relación jurídica objeto de la pretensión: a) no ha existido válidamente, *verbi gratia*, la inexistencia o nulidad; b) o que de haber existido se terminó por cualquiera de los modos de extinción, como la prescripción, el pago total u otras; c) o que es diferente o modificada respecto de lo pedido, por ejemplo, el pago parcial.

Por su lado, las excepciones dilatorias atacan la pretensión por el tema de su efectividad o exigibilidad actual, como la petición antes de tiempo, falta de cumplimiento del plazo o de la condición, y su nombre proviene de conllevar un aplazamiento para la pretensión.

Ambas clases de excepciones, perentorias y dilatorias, son de mérito, porque atacan el fondo del proceso, que es lo pretendido. En tiempos anteriores solían confundirse las excepciones dilatorias con las que actualmente se denominan previas, debido a que se consideraba que estas, concernientes al procedimiento, dilataban el proceso, pero modernamente quedó clarificado que las últimas no son para dilatar, sino para impedir o corregir el proceso.

6 Régimen general de las obligaciones; edición dirigida por Eduardo Ospina Acosta. Bogotá: Editorial Temis, 2008, pp. 250, 251 y 407.

2.3. RESTRICCIÓN DE EXCEPCIONES DE FONDO PARA CIERTOS TÍTULOS

El Código General del Proceso, siguiendo la tradición del procedimiento civil, reconoce ciertas restricciones o limitaciones procesales para la proposición de excepciones respecto de algunos títulos ejecutivos; pero deja incólume otras restricciones del derecho sustancial, como las relativas a títulos-valores.

2.3.1. Restricciones reconocidas en el CGP

Estas limitaciones para excepciones que contempla el CGP recaen sobre dos clases de títulos ejecutivos.

a) El primero se refiere al cobro de cauciones judiciales, bancarias u otorgadas por compañía de seguros, que prevé el artículo 441 del mismo estatuto, donde no se consagra la posibilidad de oposición al cobro con la formulación de excepciones, pues se dispone que si quien otorgó la caución o el garante no depositan el valor ordenado por el juez dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, que se notificará por aviso y es “apelable en el efecto diferido, se decretará el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes que el interesado denuncie como de propiedad de quien la otorgó o de su garante, sin necesidad de prestar caución. Además se le impondrá multa al garante, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la caución, que en ningún caso sea inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes (10 SMLMV)”. En esta ejecución no es admisible la acumulación de proceso, ni pueden acudir otros acreedores, aunque sí pueden citarse los acreedores hipotecarios.

Vale la pena criticar la falta de previsión expresa del CGP sobre la restricción de excepciones en estas ejecuciones de cauciones judiciales, pues el anterior Código de Procedimiento Civil consagró expresamente en el artículo 508 que esta ejecución “se adelantará independientemente del proceso y en ella no podrá alegarse excepción alguna”.

Sin embargo, tiene que entenderse la regulación del CGP en el sentido de que no procede excepción alguna para estas ejecuciones, primero, porque de todas maneras el artículo 441 no prevé la posibilidad de esa defensa, pues sencillamente previene que el juez ordene hacer el depósito del valor correspondiente con base en la caución, y de no hacerse esto en el término de diez días, debe proceder de inmediato al embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes del garante, además de

imponerle una multa; y, segundo, porque la caución judicial tiene que ser una garantía seria que no puede cuestionarse ni retraerse, so pena de romperse la seguridad que con la misma se buscó por disposición expresa del legislador. La única defensa allí contemplada es el recurso de apelación, que es excepcional y para ese caso concreto, porque la regla es que el mandamiento o la orden de pago, no es apelable.

b) El segundo título ejecutivo que no permite la proposición libre de excepciones está consagrado en el precepto 442-2, referido a que cuando se cobren “obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida”.

Es claro que por hechos anteriores a los actos fuente de las obligaciones cobradas (providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerce función jurisdiccional) no pueden formularse excepciones, pues trátase de una limitación fundada en la necesidad de respetar la cosa juzgada y consecuente seguridad jurídica que emana de esos actos, pues si ya en los escenarios donde se produjeron se puso fin a las controversias ciertas o eventuales que hubiesen podido tener las partes, no luce razonable que luego puedan volverse a plantear. Es más, las únicas excepciones o defensas permitidas son:

1) Las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre y cuando se basen en hechos posteriores a la providencia respectiva o la aprobación de la conciliación o transacción, esto es, por hechos nuevos y sin volver a situaciones anteriores.

Esta limitación significa que las referidas excepciones, de por sí restringidas, deben fundarse en hechos que sean posteriores a la providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, porque si tales hechos ocurrieron con anterioridad, es lógico que podían alegarse en esos trámites anteriores, y así el deudor, si las alegó y fue vencido allí con decisión que tiene fuerza de cosa juzgada, ya no puede volver a plantearlas, como tampoco si no lo hizo y renunció a la invocación de tales situaciones extintivas. De lo contrario, se desconocería el efecto de la cosa juzgada de tales providencias o negocios jurídicos.

Pero es necesario precisar que tales restricciones solamente operan cuando se relacionen con el mismo título u obligación, vale decir, con la misma relación jurídica que dio origen a la providencia judicial, conciliación o transacción aprobada por autoridad jurisdiccional, o que de fundarse en situación distinta, podía alegarse en el trámite anterior. Así, las limitaciones no pueden operar de manera absoluta e inexorable para toda ejecución que se base en providencia, conciliación o transacción aprobada por autoridad jurisdiccional, puesto que si los hechos exceptivos no tienen relación con el título cobrado, o no pudieron aducirse en el respectivo trámite origen del título, o se impidió hacerlo, es razonable interpretar que sí puedan proponerse en la ejecución referida. De lo contrario, al ejecutado se le sometería a una situación imposible, cual sería impedirle aducir unos hechos que le puede dar la razón, y que además no podía alegar en el trámite anterior, debe recordarse que nadie está obligado a lo imposible (*ab imposibilia nemo tenetur*).

La restricción es mucho más clara cuando los hechos exceptivos se refieran a la misma obligación, aunque también es aplicable cuando estos se funden en una relación jurídica distinta, pero en uno u otro caso, lo importante es que la situación fáctica de oposición se hubiese consumado con anterioridad y se hubiese podido alegar en el trámite judicial en que se emitió la providencia objeto de ejecución. Por ejemplo, A y B contienden por un contrato de compraventa, se decide que el demandado B incumplió y debe pagar perjuicios; en la ejecución seguida a continuación no puede invocarse pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, porque es tema cuya oportunidad de invocación, ya pasó; pero sí pueden invocarse por hechos subsiguientes. En el mismo caso, si entre esas partes hubo otro proceso por una obligación distinta (contractual o extracontractual), y donde al contrario, el condenado fue A, se impone la misma restricción de excepciones, siempre y cuando la decisión de este segundo proceso se hubiese podido alegar como compensación en el primer proceso, porque si esa segunda condena fue luego de no poderse aducir, es lógico que, así se trate de hechos posteriores, pueda invocarse la compensación en la ejecución del primero, porque se basa en un título y situación distintos.

2) La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, que se basa en hechos anteriores a la providencia objeto de ejecución, puede plantearse como excepción en el proceso ejecutivo que se promueva. Esta regla del artículo 442-2 del CGP tiene que compaginarse con el artículo 134 del CGP, que permite alegar la nulidad por las referidas causas, “en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o

mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades” (inciso segundo); e inclusive en el proceso ejecutivo puede alegarse con “con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal”.

Pero debe tomarse en cuenta que esa nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo puede beneficiar a quien la haya invocado, como precisa la parte final del citado artículo 134.

3) La pérdida de la cosa debida, que a términos del artículo 1625, numeral 7 del Código Civil es una forma de extinción de las obligaciones, debido a una imposibilidad. No sobra recordar que esta especial forma extintiva se refiere a bienes de especie o cuerpo cierto, no de género, porque este no perece (genera non pereunt) y su pérdida no extingue la obligación, como reza el artículo 1567 del C.C.; aunque puede haber excepción cuando se trata de géneros que se determinan o concretan por su precio, peso o medida, según ejemplifica el precepto 1877, inciso segundo, del mismo código.

Empero, hay casos en que pese a pérdida de la cosa debida, como la pérdida imputable al deudor, la obligación subsiste, pero se transforma y podrán pedirse los perjuicios que correspondan, conforme a los arts. 1729 y siguientes del citado estatuto civil, así como las reglas del proceso ejecutivo por obligación de dar un bien mueble, todas las cuales son aplicables aquí.

Desde el punto de vista procedimental, parece lógico entender que estas restricciones imponen al juez el deber de rechazar de plano, desde el comienzo (ab initio), las excepciones de mérito distintas de las permitidas, porque se trata de defensas inviables, esto es, que la ley procesal deja sin posibilidad en normas que son de orden público (artículo 13 CGP), para evitar que se tramiten las mismas, y luego se deba decidir en la sentencia que no proceden, pérdida de tiempo y de actividad que perjudican la economía procesal y simplificación buscadas por el legislador. Es una improcedencia legal desde el procedimiento, para resguardar la seguridad y certeza de los actos jurisdiccionales y de las garantías constituidas para su ejercicio (cauciones), que luego de quedar en firme o hacer tránsito a cosa juzgada, para su ejecución no deben tener nuevas controversias. La posibilidad de estas se abriría de permitirse una formulación de cualesquiera excepciones, de suerte que hay una carencia inmediata de procedibilidad para estas.

2.3.2. Restricciones previstas en códigos sustantivos

Hay otras restricciones para la formulación de excepciones de fondo que consagran los códigos sustantivos. Entre esas pueden recordarse las ya anotadas del Código Civil, cuando prevé algunas regulaciones aisladas de las excepciones reales y personales, y establece que en algunos casos las últimas solo pueden alegarse por los afectados, punto ya analizado cuando se explicaron algunas clasificaciones de las excepciones.

También vale recordar la limitación más clara que sobre estos puntos estipula el artículo 784 del Código de Comercio, al disponer que contra la acción cambiaria “sólo podrán oponerse las siguientes excepciones...” y establece una enumeración acorde con la naturaleza especial de los títulos-valores. A pesar de eso, en los ordinales 12 y 13, el artículo en cita prevé la posibilidad de proponer excepciones distintas de cuestiones cambiarias, como son las derivadas del negocio jurídico que dio origen al título o su transferencia, siempre que el demandante haya sido parte en dicho negocio o que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, o que se trate de excepciones personales que el demandado pueda oponer contra el demandante.

Frente a estas otras restricciones de derecho sustantivo para la excepciones, estimase que con diferencia de las previstas en la ley procesal, sí deben tramitarse y decidirse en la sentencia, por cuanto versan sobre aspectos de mérito cuya valoración se tiene que hacer luego de la controversia fáctica y jurídica correspondiente, que permita ver si en realidad se acreditan los supuestos de hecho invocados como fundamento de la oposición. No se trata de problemas por cuestiones procedimentales que desde el principio (ab initio) dejan ver la improcedencia de trámite; por el contrario, son temas propios del derecho de fondo de las obligaciones que ameritan un análisis en sentencia.

2.3.3. Conclusiones

Total que hay unas restricciones a la formulación de excepciones que están consagradas en las mismas normas del CGP, en tratándose de ejecuciones basadas en cauciones judiciales para los procesos y en providencias o actos jurisdiccionales aprobatorios de conciliación o transacción, ya vistas, que de proponerse deben rechazarse de plano, como se explicó.

También hay otras restricciones en los códigos sustantivos para la proposición de excepciones que, inversamente, sí deben tramitarse y decidirse en la sentencia,

por cuanto se refieren a puros aspectos de fondo que requieren ser tamizadas luego de la controversia fáctica y jurídica que sea pertinente, pues no conciernen a aspectos meramente procedimentales.

2.4. OPORTUNIDAD Y PROPOSICIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

En armonía con el artículo 442-1 del CGP, el demandado puede proponer excepciones de mérito, también denominadas de fondo, dentro de los diez días siguientes a su notificación del mandamiento ejecutivo, con expresión de “los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas”.

Debe anotarse que, cual fue instruido en su momento por el artículo 509 del anterior Código de Procedimiento Civil y sus reformas (por ejemplo, Ley 1395 de 2010), esta preceptiva del CGP establece que el ejecutado “deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones”, frase que envuelve el cumplimiento de una carga procesal consistente en tener que revelar o exponer los hechos que sirven de base a los referidos medios enervantes, o mejor, medios que buscan enervar la pretensión ejecutiva. Y es una razonable exigencia procedimental, porque si las excepciones buscan dejar sin efecto o debilitar el título ejecutivo que sirve de alimento a la pretensión, con base en hechos nuevos que se postulan, cual ya se explicó, es lógico que estos tengan que explicitarse, pues de no hacerse así, carecería de fundamento la defensa.

De incumplirse esa carga, vale decir, de no expresarse los hechos fundantes de las excepciones, el juez no puede tramitarlas, aserto que no es puro formalismo, sino también por la protección del derecho de defensa del ejecutante, quien no tendría cómo defenderse de unas excepciones respecto de las cuales no sabe en qué hechos se fundan, a más de que el juez carecería de elementos de hecho sobre los cuales resolver en la sentencia y podría incurrir en incongruencia fáctica (artículo 281 CGP). Por eso, ante el incumplimiento de la carga referida, esto es, expresión de los hechos en que se basan las excepciones, el juez debe rechazarlas de plano, mediante auto que es susceptible de reposición y apelación, este último según el artículo 321-4 del estatuto procesal civil.

Es apropiado anotar que si bien el segmento normativo aludido (442-1) establece que el ejecutado al proponer las excepciones tenga que “acompañar las pruebas relacionadas con ellas”, no significa que solamente pueda allegar o adjuntar

dichas pruebas, porque el verbo acompañar en ese evento tiene que entenderse dentro de una concepción amplia del derecho de defensa en cuanto a que debe traer o adjuntar las pruebas que tenga en su poder, pero también puede pedir que se practiquen las que no pueda allegar, *verbi gratia*, declaración de parte, testimonios y demás que la ley procesal permita solicitar sin dilación para el sistema oral.

El numeral 2º de ese artículo 442 del CGP consagra una restricción de excepciones cuando la ejecución se base en “obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional”, caso en que solo pueden formularse “las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida”.

Las restricciones a la formulación de excepciones de mérito en estos casos, así como en otros, fueron analizadas en renglones precedentes, donde también se concluyó que en esta puntual limitación del precepto 442-2, el juez debe rechazar de plano y negarse a tramitar excepciones distintas de las allí permitidas, pues si ya las discusiones se superaron en el respectivo proceso, las excepciones de fondo solo pueden basarse en hechos posteriores o nuevos, salvo situaciones que impidieron la alegación de esos medios defensivos en la actuación que dio origen a la providencia que es motivo de ejecución.

2.5. TRÁMITE INICIAL ESCRITO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Conforme al artículo 443 del CGP, una vez formuladas las excepciones con los requisitos aludidos, el trámite comienza con un traslado de ellas al ejecutante por el término de diez (10) días, traslado que dicha norma ordena se haga por auto que debe notificarse por estado, y no por la simple fijación en lista, con lo cual se busca una mayor oportunidad para que el ejecutante pueda ejercer el derecho de defensa frente al cuestionamiento de su pretensión ejecutiva. En ese término, el ejecutante puede pronunciarse sobre las excepciones, así como adjuntar o pedir las pruebas que pretenda hacer valer.

En esta eventualidad, para el ejecutante es una carga procesal, esto es, una facultad que puede o no cumplir, sin que por su omisión se le pueda deducir una consecuencia especial, salvo la pérdida de una oportunidad para controvertir los hechos y aducir pruebas.

2.6. TRÁMITE SUBSIGUIENTE EN AUDIENCIA

Surtido el traslado de las excepciones de mérito al ejecutante, por mandato del artículo 443, regla 2, del CGP, ante la controversia u oposición que ellas plantean el proceso ejecutivo debe pasar por el trámite de oralidad, por lo cual el juez debe convocar para audiencia, que será la prevista en el artículo 392 si es proceso ejecutivo de mínima cuantía; o la audiencia inicial del artículo 372, y de ser necesario la de instrucción y juzgamiento del artículo 373, si se trata de asunto de menor y mayor cuantía.

Para empezar con asuntos de mayor o menor cuantía, pueden adelantarse las dos audiencias, es decir, la inicial y la de instrucción y juzgamiento, o una sola que junte las dos, para cuyo propósito debe desarrollarse un itinerario que puede resumirse a continuación.

2.6.1. Mayor y menor cuantía. Audiencia inicial

A manera de exordio para el tema de las audiencias en el sistema procesal oral, es cardinal tomar en cuenta que para los asuntos a tramitar por esa vía tiene que haber una apropiada planificación y preparación por parte del juez, en cuanto al tiempo que necesitará, el estudio previo del proceso, con inclusión de los hechos y pruebas, las pretensiones y defensas, así como la determinación de los problemas jurídicos que de allí surgen y el itinerario que cumplirá, de tal forma que se programen las audiencias para que se desarrollen en forma organizada y continua hasta agotar todo su objeto.

Vale insistir que esa debida planeación tiene que ser desde antes de la audiencia inicial y luego en esta, para lo cual debe preverse que tales diligencias pueden necesitar de unos pocos minutos, de una o varias horas, y a veces de uno o varios días, pues todo dependerá de las particularidades de cada asunto, sin olvidar que las audiencias no pueden aplazarse ni suspenderse, porque al contrario, deben tener un desarrollo concentrado y continuo hasta el final (artículo 5 del CGP), salvo las eventualidades en que son permitidos o forzosos los recesos, por ejemplo, para dictar sentencia o terminación de la jornada laboral. En resumen, el juez debe preparar y planificar la programación de las audiencias para que luego de la travesía que corresponda a la misma, el proceso llegue a puerto seguro, que no es otro distinto de la solución del conflicto que enfrenta a las partes, sea por sentencia u otra forma razonable de terminación, por ejemplo, la conciliación. Recuérdese

que el objetivo de todo proceso judicial es poner fin a la zozobra o incertidumbre que ha generado el conflicto entre las partes.

Todos los pasos de la audiencia que se explican a continuación son aplicables a los procesos ejecutivos cuando se proponen excepciones de fondo, cuyo trámite debe seguirse en esa diligencia, conforme al artículo 443 y normas concordantes.

- a) Convocación a audiencia. De acuerdo con las normas generales, superada la etapa de la litiscontestación (vencido el traslado de la demanda, de la reconvencción, del llamamiento en garantía o de las excepciones de mérito), y resueltas las excepciones previas que deban decidirse antes de la audiencia, el juez señala fecha y hora para la audiencia inicial, en auto que no tiene recursos y donde previene a las partes de las consecuencias de su inasistencia, los cita para que concurran personalmente a absolver interrogatorio de parte, para conciliación y los demás asuntos relacionados con la audiencia (artículo 372, regla 1^a).
- b) Iniciación de la audiencia. Abierta la audiencia, el juez revisa la asistencia (hace una lista de chequeo: check list), para efectos de aplicación de las consecuencias a quien no asista, e informa de los trámites a seguir (artículo 372, reglas 2, 3 y 4).

Deben concurrir las partes y sus apoderados; y la diligencia se realiza así no concurra alguna de las partes o sus apoderados, o aunque no concurran estos últimos. Si una de las partes no asiste, la audiencia se realiza con su apoderado, quien tendrá facultades para confesar, conciliar, transigir, desistir y disponer del derecho en litigio (regla 2).

- c) Justificación de la inasistencia. Este tópico de la audiencia no tiene una regulación clara, o cuando menos no se muestra apropiada, porque contempla dos formas de excusas que son la “justa causa” y la “fuerza mayor o caso fortuito” de acuerdo con la oportunidad en que se presente la excusa, pero puede generar discusiones, porque muestra demasiada estrictez, y no se define qué es la justa causa, que queda al prudente criterio del juez, aunque la fuerza mayor sí tiene definición legal⁷, además de contemplar

7 El artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1^o de la Ley 95 de 1890, consagra: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

una estrecha oportunidad para la justa causa. Efectivamente, la ausencia de las partes o apoderados, por hechos anteriores a la audiencia, solo puede justificarse con prueba siquiera sumaria de una justa causa, y solo si se excusan antes, se fijará nueva fecha y hora, mediante auto que no tiene recursos, para dentro de los diez días siguientes, sin que en ningún caso pueda haber nuevo aplazamiento (regla 3ª, incisos 1 y 2).

Conforme a esta regla, luego de esa primera justificación no puede volverse a aplazar la audiencia “en ningún caso”, lo que significa que no importa la nueva justificación, es inviable fijar otro aplazamiento. Empero, no se prevé la posibilidad de acreditar esa justa causa después de la audiencia, sin contemplación alguna, porque en esa ocasión posterior solo puede haber excusa por fuerza mayor o caso fortuito. Obsérvese lo que establece la regla que se comenta:

“3. Inasistencia. La inasistencia de las partes o de sus apoderados a esta audiencia, por hechos anteriores a la misma, solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

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

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

“En este caso, si el juez acepta la excusa presentada, prevendrá a quien la haya presentado para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio”.

La norma es bastante estricta, y cabría preguntar qué pasa cuando, por ejemplo, la causa es atribuible a la administración de justicia, o cuando es ajena a la voluntad del juez y de las partes, y aunque de todas maneras deben observarse los términos procesales, habrá que evaluar esos casos de difícil tipificación que no

puedan acreditarse antes de la audiencia, como ocurre con los paros sindicales, situaciones adversas de salud o accidentales que son repentinas y acaso inidóneas para tipificar fuerza mayor o caso fortuito, u otras situaciones que por casuismo son de imposible consagración legal. De ahí que para cada evento se requerirá de una ponderación del juez sobre la situación en particular para decidir lo que considere pertinente.

Si las partes o sus apoderados presentan las justificaciones después de la audiencia, debe ser dentro de los tres (3) días siguientes para poderse apreciar, siempre que se funden en fuerza mayor o caso fortuito, y solo se tendrán en cuenta para exonerarlos “de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia”, y prevendrá a quienes las presentaron para que concurran a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio (últimos dos incisos de la regla 3ª).

Ahí la regla deja ver que luego de la audiencia no puede acreditarse la justa causa, que es diferente a la fuerza mayor o caso fortuito, y que no puede volverse sobre la audiencia inicial. Sobre lo primero, cabe criticar que no se muestra razonable aceptar la excusa posterior a la audiencia únicamente con fuerza mayor o caso fortuito, porque pueden ocurrir hechos constitutivos de justa causa que por contingencias inexplicables no puedan acreditarse antes de la audiencia, cual se anotó. Y respecto de lo segundo, en cambio, sí es lógico que no pueda fijarse nueva fecha para la audiencia inicial, porque dicha diligencia ya estaría realizada.

- d) Consecuencias de inasistencia sin justificación. Acorde con la regla 4ª del citado artículo 372, la inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos de las excepciones del demandado, susceptibles de confesión; y para el demandado hará presumir ciertos los hechos de la demanda que sean susceptibles de confesión.

En tratándose de proceso ejecutivo se aplican las mismas consecuencias, a favor del ejecutante o del ejecutado. No se consagró que para la inasistencia del ejecutado se declaren desiertas las excepciones, que era una solución de normas anteriores (artículo 103 de la Ley 446 de 1998, derogado artículo 627 CGP), pero la confesión ficta o presunción de certeza de los hechos de la demanda, es una secuela muy fuerte, y debe evaluarse como una forma de tener por ciertos los hechos sobre el título ejecutivo y que desvirtúen las excepciones. Aunque todas estas consecuencias, recuérdese, son salvo prueba en contrario, porque en eso consiste la confesión ficta.

Si ninguna de las partes concurre, la audiencia no podrá celebrarse, y vencido el término sin que se justifique, que es de tres (3) días, conforme a la regla anterior (3ª), el juez debe terminar el proceso por auto. Ese auto tiene que ser por escrito, y como la norma no lo impide, es susceptible de los recursos de reposición y apelación, conforme a los artículos 318 y 321-7 del CGP. Es muy importante atender que la decisión que finiquite de este modo el proceso, no puede ser en la audiencia inicial misma, y sí luego de vencerse el término que tienen las partes para justificar su inasistencia, sin hacerlo.

Las consecuencias de esa regla 4ª, son aplicables, en lo pertinente, a la demanda de reconvencción y de intervención de terceros principales; pero en tratándose de litisconsortes necesarios, las consecuencias solo se aplican por inasistencia injustificada de todos, y en caso de litisconsortes facultativos solo se aplican al ausente. Aunque se precisa que estas pautas, en línea de principio, no pueden aplicarse a los procesos ejecutivos, donde no hay demanda de reconvencción ni formas de intervención que son propias de los procesos declarativos.

También se consagra una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la parte o el apoderado que no concurra.

- e) Excepciones previas (regla 5ª). Luego de iniciada la audiencia y verificada la asistencia de las partes y sus apoderados, o algunos de estos, si no hay aplazamiento por excusa anterior, el juez, con las limitaciones del artículo 101 del mismo CGP, debe practicar las pruebas necesarias para decidir las excepciones previas que falten, que solo podrán ser hasta dos testimonios.

En el punto es pertinente recordar que según el citado artículo 101, incisos primero y segundo, con el escrito de excepciones previas deben allegarse las pruebas que se pretendan hacer valer y que obren en poder del demandado; y solamente cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o el lugar de ocurrencia de los hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, el juez puede decretar hasta dos testimonios.

Estas preceptivas de práctica de pruebas al comienzo de la audiencia inicial, o única, para decidir las excepciones previas, son aplicables al proceso ejecutivo cuando se formulan estas, que son mediante reposición, como se anotó al explicar el trámite de las mismas.

- f) Conciliación. Prevé la regla 6ª que desde el inicio o en cualquier etapa de la audiencia, el juez debe exhortar a las partes para que concilien, y proponerles fórmulas de arreglo, sin que eso signifique prejuizgamiento. Es apropiado que sea al principio, por economía procesal, para ahorrar las actuaciones subsiguientes, pero la norma prevé también que “en cualquier etapa” de la audiencia, porque en cada caso y conforme a las actuaciones surtidas, el juez reflexionará en torno a cuál es el momento más propicio para acercar a las partes hacia un arreglo amigable.

Si alguno de los integrantes de las partes fuere incapaz, debe concurrir con su representante legal, y en tal caso, el auto que apruebe la conciliación implicará autorización a dicho representante para celebrarla, si lo exige la ley. El curador ad litem de alguna de las partes debe concurrir a la audiencia para fines distintos de la conciliación y de admisión de hechos perjudiciales, y si no asiste, se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, salvo prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Quizás sea injusta esta regla, en cuanto permite imponer al curador una multa que puede ser más alta que para la partes o sus apoderados, que solo es de cinco salarios mínimos, y lo peor, pese a no ganar nada por su actuación (artículo 48-7 del CGP), motivo por el que debe el juez actuar en estas eventualidades de manera especialmente meditada.

- g) Interrogatorio de las partes y otras pruebas (regla 7ª). En seguida el juez de oficio y obligatoriamente “interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso”, y podrá ordenar el careo, previo juramento de no faltar a la verdad, conforme a los arts. 198 y siguientes del CGP.

Resáltase que el interrogatorio “de modo exhaustivo” debe entenderse de manera razonable, y no necesariamente conllevará en todos los procesos a muchas preguntas, ya que según las circunstancias pueden ser pocas, o hasta una sola, y casos pueden haber en que no sea necesario interrogar a las partes ni practicar otras pruebas, cual acontece si únicamente se ha invocado prueba documental y esta es suficiente para decidir, como por ejemplo, cuando solo se propuso la excepción de caducidad, que inclusive puede decidirse en sentencia anticipada (artículo 278 del CGP). La otra expresión empleada allí “sobre el objeto del proceso”, debe comprenderse como lo relativo a los hechos y las pretensiones de la demanda, así como la posición adoptada por el demandado, sea de oposición o no; aclaración que se hace porque en el derecho procesal el objeto del proceso se refiere al concepto

de pretensión, que aquí debe entenderse en forma amplia, con inclusión de sus fundamentos, así como la posición contraria al respecto.

En esa audiencia inicial el juez puede decretar y practicar las demás pruebas que sean posibles, pero siempre y cuando las partes estén presentes. Significa que en consonancia con la regla que se comenta, el decreto y práctica de otras pruebas en la audiencia inicial, solo puede hacerse cuando estén presentes las partes, no cuando las dos o una de ellas están ausentes. De ocurrir esta ausencia, y faltando pruebas que practicar, debe seguirse el rumbo hacia la segunda audiencia de instrucción y juzgamiento.

- h) Fijación del litigio. La misma regla 7ª impone que a continuación el juez requiera a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que están de acuerdo y sean susceptibles de confesión, y fijará el objeto del litigio, con precisión de los hechos que considere demostrados y los que requieran pruebas.

La fijación del litigio es la determinación o precisión de los hechos y de las pretensiones, así como los planteamientos de la defensa, aunque sin duda el mayor énfasis está en los hechos de la demanda y los motivos de la defensa, que también puede contener otros hechos, v. g., los de las excepciones. En principio, debe ser una actuación concertada entre las partes con la participación del juez, pero si no hay acuerdo debe producirse en última decisión del juez en el tema, quien precisará “los hechos que considera demostrados y los que no requieran ser probados”.

Es que la fijación del litigio es un mecanismo de dirección temprana por parte del juez, tendiente a que se precise el fundamento de lo pedido y de la oposición, sin que haya lugar a reformar la demanda y la réplica, y sobre todo a que se determinen los hechos que se estiman probados y los no probados, para los posteriores momentos de decreto y práctica de pruebas, con beneficio para la economía procesal y consiguiente rapidez de la actuación.

- i) Control de legalidad. Establece la regla 8ª del artículo 372 que el juez ejercerá el control de legalidad, en pos de sanear los vicios que puedan acarrear nulidad “u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Además deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario”.

Esta pauta debe aplicarse en concordancia con el artículo 132 del estatuto procesal civil, que ordena al juez el control de legalidad, en general, una vez se

agote cada etapa de los procesos, para los mismos fines, sin perjuicio de los recursos de revisión y casación.

Con todo, para ambas normas es adecuado registrar que el decirse allí que luego del control de legalidad no se puedan alegar los vicios anteriores, es un precepto válido pero solo para los saneables, porque si los defectos son insaneables, sí pueden alegarse con posterioridad.

Adicionalmente, tales reglas no eran necesarias ante el artículo 25 de la Ley estatutaria 1285 de 2009 (que adicionó la Ley 270 de 1996) que regía para todos los procesos y fue derogado por el artículo 626 del Código General del Proceso, pues aunque se aduzca tan genérico nombre de este, la verdad es que no es un código General para todos los asuntos, como quiera que, luego de no haberse aceptado su gestación para lo contencioso administrativo y lo laboral, su aplicación es restringida para los procesos de las áreas civiles (agrario, civil, comercial y familia), porque para las otras especialidades o jurisdicciones su aplicación es subsidiaria o residual (artículo 1), cosa que, por demás, siempre se ha predicado de las normas del procedimiento civil y del antiguo código judicial.

- j) Posibilidades de sentencia en la audiencia inicial. Hay varias posibilidades de dictarse sentencia en la audiencia inicial. El ordinal 9 consagra una de esas oportunidades al preceptuar que, salvo en los casos en que se necesite la práctica de otras pruebas, a continuación se debe dar traslado a las partes para alegaciones, y luego del juez debe dictar sentencia. Los alegatos son limitados hasta veinte (20) minutos, pero a solicitud de alguna de las partes, el juez puede autorizar un tiempo superior, en atención a las condiciones del caso, y contra lo que decida sobre el punto, no caben recursos; regla que repite lo consagrado en el artículo 107, ordinal 3, del mismo CGP. Esta ampliación se justifica, por ejemplo, para un asunto de bastante dificultad jurídica o probatoria, o la carencia de medios técnicos que impidan la grabación, y se considere que debe consignarse un resumen del alegato en el acta escrita (artículo 107-6, inciso segundo).

Alrededor de la sentencia, anótase que la expedición de esta sería algo súbito y excepcional, porque sería en la audiencia inicial, que se programa cuando según el plan del funcionario va a surtirse también una segunda audiencia, que es la de instrucción y juzgamiento. De ese modo, si pese a ese plan de dos audiencias, se avizora la posibilidad de dictar sentencia, debe tratarse de situaciones en que con lo actuado en la audiencia inicial sea suficiente y no haya más pruebas que practicar

porque, por ejemplo, con la prueba documental, los interrogatorios de parte oficiosos y exhaustivos, así como la fijación del litigio, quedaron suficientemente esclarecidos los hechos debatidos, pues así tiene que considerarse frente a la expresión “salvo que se requiera la práctica de otras pruebas”.

Ahora bien, si se decretaron y practicaron “otras pruebas”, las “demás” que eran posibles, conforme a la ya comentada regla 7ª del precepto 372, es menester recordar que eso es factible “siempre y cuando estén presentes las partes”, tópico que ya fue explicado en el análisis de la citada regla.

En resolución, las reglas en comentario deben ser comprendidas en cuanto a que si el juez cita para la audiencia inicial, es porque prevé que habrá la segunda audiencia de instrucción y juzgamiento, plan que puede variarse para que se dicte sentencia sin necesidad de ir a esa segunda audiencia, de acuerdo con los supuestos previstos en las glosadas reglas 7ª y 9ª del artículo 372.

Y esa posibilidad de sentencia en la audiencia inicial es diferente a otra, que se abre camino cuando así se ha concebido y planeado por el juzgador, con estudio reflexivo de los temas requeridos, caso en que cita deliberadamente para que en la audiencia inicial se desarrolle todo el debate y se profiera sentencia, como prevé el párrafo del artículo 372 al consagrar que si se advierte “que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373”.

Puede repararse cómo el párrafo transcrito dispone pautas que el juez debe exteriorizar desde el auto que cita para una única audiencia, donde se fusionarán la inicial y la instrucción y juzgamiento, escenario que le impone decretar las pruebas en el auto que hace la convocatoria con el fin de agotar el objeto de ambas audiencias, hasta proferir sentencia de conformidad con el ordinal 5 del artículo 373, que luego se comenta.

Esas posibilidades de sentencia en la audiencia inicial, que contempla el artículo 372, son plenamente aplicables al proceso ejecutivo de mayor y menor cuantía cuando se proponen excepciones de mérito.

Es más, en afinidad con esto, las normas sobre trámite de excepciones en el proceso ejecutivo reiteran la viabilidad para que el juez determine si es posible desarrollar una sola audiencia, esto es, concentrar y fusionar las actividades dispuestas en los artículos 372 y 373 del CGP, acoplamiento de las dos audiencias que reitera el inciso segundo del citado 443-2 *ibídem*, que prevé: “Cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373”.

En esa perspectiva, itérase, para concentrar el trámite oral en una sola audiencia, el juez debe decretar las pruebas desde el auto que cita para ella, para agotar allí las etapas de la audiencia inicial y la de instrucción y juzgamiento, incluyendo la emisión de la sentencia, así como la decisión de apelaciones.

La tercera posibilidad de sentencia en la audiencia inicial es la sentencia anticipada, que a voces del artículo 278, inciso tercero, del CGP puede ser en cualquier estado del proceso, que se explica en otra parte.

k) Decreto de pruebas. A términos de la regla 10ª del 372, de no dictarse sentencia en la audiencia inicial, el juez tiene que decretar las pruebas pedidas por las partes, y las que de oficio considere necesarias para esclarecer los hechos, dentro de las limitaciones previstas en el artículo 168 del mismo estatuto procesal civil, esto es, con rechazo motivado de “las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”; y prescindiendo de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados en la fijación del litigio, puesto que la economía procesal en tal sentido es uno de los fines de esa fijación, cual se explicó.

Esta regla 10 también hace dos previsiones para que la futura audiencia de instrucción y juzgamiento sea expedita:

1) Que si se decreta dictamen, debe señalarse el término para que se presente “con no menos de diez (10) días de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento”, pues debe facilitarse la preparación para controversia de ese medio probatorio, que se hace en audiencia, salvo los casos exceptuados (arts. 226 y ss.).

2) Que cuando sea obligatoria la prueba de inspección judicial, debe fijarse “fecha y hora para practicarla antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento”, desde luego que se trataría de una especie de prolongación de la audiencia inicial para dicha práctica; regla que se anota para la inspección judicial “obligatoria”, pero que también debe aplicarse cuando esa prueba no es obligatoria pero se decreta desde un principio o antes de la audiencia de juzgamiento. En cambio, tal previsión no podría utilizarse cuando el juez de oficio decreta la inspección estando en curso de la audiencia de juzgamiento, porque ya sería de imposible aplicación.

La prescindencia de las pruebas equivale a negativa de decreto, o de su práctica si ya se habían decretado, decisión que es susceptible del recurso de apelación (artículo 321-3 del CGP), salvo que sea negativa de inspección judicial por innecesaria, porque tal proveído no tiene recurso alguno (artículo 236, inciso final).

- 1) Fijación de audiencia de instrucción y juzgamiento (regla 11). La audiencia inicial se cierra con la programación de la siguiente, que es de instrucción y juzgamiento, porque “antes de finalizar la audiencia” el juez debe fijar fecha y hora para la última, “...y dispondrá todo lo necesario para que en ella se practiquen las pruebas”.

2.6.2. Audiencia de instrucción y juzgamiento

- a) Disposición para la audiencia. El precepto 373 empieza recordando que debe disponerse del tiempo suficiente para que se practiquen todas las pruebas decretadas, se oigan los alegatos y se profiera sentencia (regla 1ª).

Como ya se advirtió, el desarrollo apropiado de las audiencias hasta su finalización, requiere una buena programación y planeación por parte del juez, antes de señalar fecha para desarrollarlas.

- b) Comienzo de esta audiencia. Interrogatorio eventual y nueva fijación del litigio (regla 2ª). Se abre esta audiencia con el interrogatorio a la parte que no asistió a la inicial, cuya justificación fue aceptada por el juez, como fue aclarado en el ítem de la audiencia inicial correspondiente al control de asistencia y las consecuencias por no asistir las partes y sus apoderados.

Enseguida el juez requerirá a las partes y apoderados para que determinen los hechos en que están de acuerdo, que fueren susceptibles de confesión, fijará de

nuevo el litigio, con precisión de los hechos que considera demostrados y rechazo de pruebas decretadas en la audiencia inicial que estime innecesarias.

Esta nueva fijación del litigio se contempla en la segunda regla del precepto 373, seguidamente del interrogatorio a la parte que no pudo rendirlo en la audiencia inicial, para guardar coherencia entre esa prueba y dicha fijación, porque es luego de escuchar su versión sobre los hechos debatidos que se justifica volver a esa etapa fijadora del desacuerdo genuino, esto es, desacuerdo real, que concita la litis. Igualmente, de surtirse los interrogatorios rezagados y la nueva fijación del litigio, puede volverse a evaluar lo relativo a las pruebas decretadas en la audiencia inicial que aún son necesarias.

- c) Práctica de pruebas (artículo 373-3). A continuación deben practicarse las pruebas, y la norma da a entender que se comienza con el interrogatorio a los peritos que hayan sido citados a la audiencia, de oficio o a solicitud de parte. Esta es la oportunidad para la controversia de la prueba pericial, conforme a las nuevas pautas del procedimiento civil para la misma, salvo los dictámenes cuya contradicción se permite por escrito (artículo 226 y ss. del CGP).

Se recibirán las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes, y se prescindirá de los demás. Sobre este punto, recuérdese que es carga de la parte que solicita el testimonio, procurar la comparecencia del testigo a la audiencia, excepto que el peticionario solicite que sea citado, o la prueba se decrete de oficio, según previene al artículo 217 del CGP.

También debe realizarse la exhibición de documentos (arts. 265 a 268 del CGP) y demás pruebas que se hubiesen decretado.

No sobra recordar, cual se apuntó al comentarse la audiencia inicial, que la práctica de la inspección judicial tiene que efectuarse antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento, para facilitar el transcurso de esta última, pero naturalmente que si el juez la decreta de oficio cuando se encuentra en trámite esta segunda audiencia, tendrá que hacerse en el desarrollo de la misma.

- d) Alegaciones y sentencia (reglas 4 y 5 del artículo 373). Tras la práctica de las pruebas que estaban pendientes, se oirán los alegatos de las partes, primero al demandante y después al demandado, y por último “a las demás partes” que son los intervinientes, como el llamado en garantía, el demandante

excluyente (ad excludendum), el codeudor solidario que quiere hacer cobro a otro de sus coasociados, entre otros.

La intervención puede ser hasta por veinte (20) minutos “a cada uno”, aspecto sobre el que cabe entender que cada parte y cada interviniente puede ser por el término referido, aunque ya se explicó que a solicitud de alguna de las partes, el juez puede autorizar un tiempo superior, atendiendo la igualdad y las condiciones del caso, como la diversidad de temas que plantea, la falta de medios técnicos para grabar, etc., solicitud que se decidirá en providencia que carece de recursos.

e) Sentencia (regla 5ª del artículo 373). Terminadas las alegaciones, el juez en la misma audiencia debe proferir la sentencia en forma oral, aunque las partes o sus apoderados no estén presentes, sea por inasistencia o por haberse retirado. Para tal acto, el juez podrá decretar un receso hasta por dos horas. La emisión de sentencia en la misma audiencia, no solo es un imperativo legal, sino que además, es lo más conveniente para la solución rápida del conflicto con una administración de justicia pronta y cumplida, como también para un mejor desempeño laboral y personal del funcionario judicial, que así terminará más rápido un trámite pendiente, y no será compelido por los problemas relacionados con el cumplimiento de los términos judiciales.

Cuando no se pueda dictar la sentencia oral en la misma audiencia, que serán casos excepcionales, el funcionario judicial debe cumplir estos trámites:

1) Dejará constancia de las razones concretas para no poder dictar sentencia. Esas razones deben ser apreciadas por el juez en cierto y determinado proceso, como sería un asunto de especial complejidad jurídica y probatoria, que a juicio de aquel amerite una particular exposición por escrito, cosa que por demás no podrá ser habitual, y sí de real excepción.

2) Tendrá que informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura⁸, para enteramiento de la administración judicial sobre qué sentencias no se profieren oralmente en audiencia. Esto no puede tomarse como una consecuencia de linaje disciplinario o de intromisión en las funciones del juez, porque se trata de una simple información, que solamente en eventualidades que muestren matices raros, podrán ser objeto de seguimiento administrativo o de otra naturaleza.

8 Debe tomarse en cuenta que con la reforma constitucional del Acto Legislativo 02 de 2015, el nuevo organismo de administración judicial es el Consejo de Gobierno Judicial.

3) El juez tiene que “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”. Es pertinente anotar que ese sentido del fallo tiene que ser vinculante y no puede cambiarse, porque de lo contrario, se permitiría al juez cambiar su propia sentencia en contravía de la prohibición contemplada en el artículo 285 del CGP, sin que tampoco pueda invocarse un cambio de criterio con base en un nuevo estudio del asunto, ya que significaría que dicho funcionario no estuvo atento en el desarrollo de la audiencia, y en todo caso que habría falta de seriedad en la emisión del sentido del fallo.

Ahora bien, partiendo de ese principio general consistente en que el juez no debe cambiar el sentido del fallo, puede acontecer que se advierta una manifiesta e indiscutible ilegalidad, *verbi gratia*, anunciar una condena por unos intereses fuera del marco legal, un error inducido, o en fin, una decisión clara e indiscutiblemente ilegal. Para esos eventos, que deben ser de verdadera excepción, podría haber lugar al cambio o corrección, que no deberá manifestarse como un cambio inopinado de lo decidido, ni de cualquier manera, pues aunque la norma nada señala, es razonable que se anule el acto concreto de anuncio del fallo, o mejor, dejarse sin efecto, y reabrir la audiencia para adelantar ese trámite con la aclaración respectiva. Pero insístese que proceder semejante solo podrá ser muy justificado y excepcional, mas nunca convertirse en una pauta habitual para desconocer la ordenación procesal de la audiencia y la coherencia que demandan las decisiones judiciales.

Podría acontecer algo distinto, como un evidente yerro aritmético o de palabras en el anuncio del sentido del fallo, esto es, una especie de error por cambio de palabras (*lapsus calami* o *lapsus linguae*), por ejemplo, decir que se condena al demandante en las pretensiones de la demanda, cuando lo obvio es que se condena al demandado, o condena en costas contra quien gana el proceso, etc., casos en que la corrección es permitida por el artículo 286 del CGP de una forma más sencilla, porque en realidad ahí no habría cambio del sentido del fallo.

4) El precepto agrega que el proferimiento de la sentencia por escrito, dentro de los diez (10) siguientes, debe hacerse sin desconocer el plazo de duración del proceso.

5) En materia de apelaciones se prevé la dualidad igual a la forma de la sentencia. Si la sentencia es oral, la apelación debe sujetarse a lo previsto en el artículo 322, numeral 1°, inciso 1°, vale decir, que debe interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada, y el juez debe resolver sobre todas las apelaciones antes de finalizar la audiencia, con independencia de la sustentación,

pues será después que se cumplirán los trámites indicados en dicho artículo 322 y demás normas pertinentes, en particular para la presustentación y posterior sustentación del recurso de apelación contra la sentencia.

En cambio, cuando solo se anuncie el sentido del fallo, dice el comentado artículo 372 del CGP, que la apelación contra la sentencia se sujetará al inciso 2º del citado precepto 322-1, bajo cuyo tenor dicho recurso “contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado”.

- f) Registro de la audiencia. La regla 6ª del artículo 373 prevé que la audiencia debe registrarse como dispone el art 107, vale anotar, por medio de audio o video que ofrezca seguridad, al igual que elaborarse un acta con los requisitos mínimos allí establecidos.

3.6.3. Audiencia para ejecutivo de mínima cuantía

Cuando se trata de excepciones de mérito en proceso ejecutivo de mínima cuantía, el artículo 443-2 del CGP estipula que se cite para la audiencia prevista en el precepto 392 del CGP.

Este último artículo prevé el trámite de la audiencia oral para los procesos declarativos de mínima cuantía, para lo cual dispone que en firme el auto admisorio de la demanda y luego de surtirse la litiscontestación, que para el proceso ejecutivo es que se halle en firme el mandamiento de pago y surtido el traslado de la excepciones de mérito, el juez debe realizar en una sola audiencia las actividades de los arts. 372 y 373 del CGP, esto es, que debe concentrar o unir la actividad de las dos audiencias, aunque con algunas limitaciones, con adelantamiento de los trámites que enseguida se resumen.

- a) Citación para audiencia. En el auto que cite para audiencia, el juez debe decretar las pruebas pedidas por las partes y las que considere viables de oficio (inciso primero del artículo 392 ib.). Esta precisión es adecuada porque para realizar en una sola las actividades de la audiencia inicial y la de instrucción y juzgamiento, es necesario que en el auto de citación a la única audiencia, se decreten las pruebas que allí se practicarán. Por supuesto que en el caso de pruebas de oficio, pueden ser decretadas en otras oportunidades, antes de fallar (artículo 170).

- b) Limitaciones probatorias. Se contemplan unas limitaciones probatorias:
- 1) no pueden decretarse más de dos testimonios por cada hecho, ni las partes pueden formular más de diez (10) preguntas a la contraparte en los interrogatorios (inc. 2º del 392), aunque esto último no causa desmedro alguno en las facultades de interrogación que tiene el juez; 2) para la exhibición de documentos que se pida (o que se decrete de oficio), el juez librará oficio ordenando que se envíen en copia; y 3) para acreditar los hechos objeto de inspección judicial fuera del juzgado, las partes deberán presentar dictamen pericial.

Frente a esto último luce desmedida la norma, porque pretendiendo una supuesta economía procesal, debido al carácter sumario del proceso, impone una limitación forzosa, consistente en que las partes deben presentar un dictamen pericial para acreditar hechos que sean objeto de una inspección judicial, en un trámite en que se permite actuar sin abogado y que muchas veces es adelantado por personas de escasos recursos.

- c) Otras limitaciones. El artículo 392 consagra, asimismo, otras limitaciones procesales. Por una parte, el amparo de pobreza y la recusación solo pueden proponerse antes de vencer el término para contestar la demanda, que para el ejecutivo se traduce antes del término para proponer excepciones. Y por otra parte, son inadmisibles: la reforma de la demanda, la acumulación de procesos, los incidentes, el trámite de terminación del amparo de pobreza y la suspensión del proceso por causa distinta al acuerdo común de las partes. Sin embargo, para el proceso ejecutivo, así sea de mínima cuantía, resultaría problemático impedir la acumulación de procesos, en el contexto del artículo 464 del mismo estatuto; como también impedir la oposición a la medida cautelar de secuestro mediante incidente, a términos del artículo 597-8.

Unidad 3

SENTENCIA

3.1. CONCEPTOS PRELIMINARES

El artículo 278 del CGP, tras clasificar las providencias del juez en autos y sentencias, dispone que estas son “las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias” (inc. 2°).

En el proceso ejecutivo solamente habrá lugar a sentencia cuando se formulen y tramiten excepciones de fondo o de mérito contra la pretensión ejecutiva, pues como se ha señalado en otros apartes, de no formularse esas defensas y habiendo lugar a continuar la ejecución, el juez debe impulsar esta por un auto (artículo 440 del CGP). Es por la oposición planteada con esos medios de defensa de fondo que, previo trámite escrito de traslado al ejecutante por diez días para que pueda pronunciarse sobre las excepciones y pedir pruebas, el proceso ejecutivo toma el sendero del sistema procesal oral y por audiencias, de manera similar a los procesos declarativos verbales, cuyo epílogo debe ser una sentencia, como fue estudiado en el trámite de las excepciones.

3.2. FORMALIDADES Y CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Dada la importancia de la sentencia como acto dentro del proceso, puesto que normalmente finaliza el conflicto de intereses, es política de los Estados poner especial énfasis en sus formas, y esa atribución de la sentencia también se predica para aquellos procesos en que finiquita una primera fase de discusión sobre puntos de derecho sustancial, que no pueden volverse a controvertir en etapas subsiguientes, verbi gratia, los procesos ejecutivos. Para el procedimiento civil, el artículo 279 del CGP consagra las formalidades de las providencias, en general, de las cuales cabe destacar: a) la motivación breve y precisa, sin transcripciones de piezas procesales o de citas extensas, amén de que las de mero trámite no tienen que motivarse; b) si las providencias son escritas, la forma de encabezamiento, lugar,

fecha y firma; c) la manera y el término para hacer las aclaraciones o salvedades de voto en eventos de juez colegiado.

El contenido de la sentencia es regulado por el artículo 280 del CGP, para el que la motivación de dicha providencia debe “limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas...”. Vale decir que la sentencia debe tener una breve pero apropiada argumentación.

La regla trae como novedad también que el juez “siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”, pauta explicable por el trámite oral que antecede a la sentencia, donde el primero tiene una visión directa de las partes y los elementos de juicio respectivos.

Reitera como específico requisito que la parte resolutive se profiera con la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”, no obstante que tal formalidad no es esencial, ya que de omitirse, no hay norma que contemple una secuela de invalidez de la providencia.

Pero sí prevé como cuestión de especial relevancia que la sentencia deba contener “decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código”, esto es, que el juez tiene la obligación ineludible de pronunciarse sobre los extremos de la litis, que están constituidos por las pretensiones de la demanda y las defensas de la parte demandada, así como las solicitudes litigiosas de los intervinientes y demás aspectos que corresponda decidir. De no hacerse así, debe adicionarse la providencia, de oficio o a petición de parte (artículo 287 del CGP).

También precisa el artículo 280 que si la sentencia es escrita, debe hacerse una síntesis de la demanda y su contestación, esto es, resumir los planteamientos básicos de esas piezas de introducción al proceso, antes de efectuarse el análisis jurídico-probatorio pertinente. Esto no debe tener cabida cuando la sentencia es oral, en la que resulta recomendable que el funcionario judicial se limite a plantear los problemas jurídicos y expresar las consideraciones para resolverlos, siendo

poco encomiable que se haga el resumen de los “antecedentes”, así comúnmente apellidados en el argot judicial.

Para destacar en el tema del contenido, cabe anotar que desde el punto de vista lógico la sentencia del proceso ejecutivo es esencialmente igual a la que se profiera en otros procesos, incluyendo los de otras áreas (laboral, penal, contencioso-administrativo), pues debe tener similar estructura jurídica y lógica. Toda sentencia judicial, escrita u oral, tiene una argumentación, con independencia de la verdad de sus argumentos y las premisas de estos, así como la omisión de premisas (premisas tácitas).

De acuerdo con la teoría de la argumentación judicial⁹, puede afirmarse, en apretada síntesis, que la sentencia obedece a una estructura argumentativa o una argumentación. La argumentación es un conjunto de argumentos, donde uno de ellos es el argumento central, aunque puede haber más de argumento central, que se enlaza(n) con otros, también denominados subargumentos. El (los) argumento(s) central(es) de una sentencia judicial tiene(n) estos elementos:

a) Como conclusión el contenido del acto de decisión, esto es, lo que se conoce como parte resolutive.

b) Como premisa normativa o jurídica el enunciado normativo general aplicable al caso, con la debida explicación de su significado y alcance.

c) La premisa fáctica es la descripción de los hechos relevantes que se confrontan con el supuesto normativo.

Los subargumentos que se enlazan de inmediato, son argumentos de segundo nivel, que expresan las razones para apoyar cada una de esas premisas del argumento central; a su vez, esos argumentos del segundo nivel pueden ser apoyados por otros subargumentos, que serían los del tercer nivel, y así sucesivamente.

Llámase la atención que estos son temas que pueden consultarse y practicarse en el módulo citado u otras obras de lógica, pues si hay temores o prejuicios sobre la lógica acaso pudo ser porque normalmente no le prestamos mucha atención, o quizás no recibimos en los estudios de pregrado una enseñanza amena, ya que la argumentación al fin de cuentas es una labor que todo ser humano consciente

9 Para un mejor estudio y comprensión de estos temas, puede consultarse el módulo de Argumentación Judicial, de Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, editado por de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2008, 2ª edición.

realiza siempre que defiende una idea o criterio. La lógica lo único que hace, en realidad, es enseñarnos formas o clases de argumentos, reglas sobre la manera para mejorar en la labor de reconstruir argumentaciones, o construirlas, de evaluarlas o de evitar errores, entre otras.

Sin embargo, siendo igual la estructura lógica de toda sentencia, debe tenerse presente que dada la naturaleza especial del proceso ejecutivo, en que se busca la satisfacción forzada de una prestación cierta y probada, o sea, que su solicitud no es incierta o desconocida, la pretensión allí debatida es de pago, y por eso las excepciones de fondo que se propongan deben analizarse en la sentencia de manera directa, esto es, sin detenerse en el análisis previo para estructurar la pretensión, porque esta ya se encuentra estructurada y comprobada con el título ejecutivo. Lo que requiere en este procedimiento es su satisfacción, cual se ha explicado en otros apartes.

3.3. FORMAS DE SENTENCIAS EN PROCESO EJECUTIVO

La forma de la sentencia en proceso ejecutivo sigue la regla general del sistema procesal oral, que por eso debe pronunciarse oralmente en audiencia, cual ya fue explicado en el breve análisis del desarrollo de las audiencias. Igualmente se vio que solo por excepción puede anunciarse el sentido del fallo y emitirse la sentencia por escrito dentro de los diez días siguientes, bajo unas pautas asimismo analizadas en torno a la regla 5ª del artículo 373 del nuevo estatuto procesal civil.

Del mismo modo, al estudiarse el trámite de la audiencia inicial, fue apuntado que existen varias posibilidades de dictarse sentencia en esa primera diligencia, como cuando se agotan las etapas previstas en el comentado artículo 372 y no hay más pruebas que practicar; o cuando el juez convoca a una sola audiencia para desarrollar en ella el objeto de la inicial y de la de instrucción y juzgamiento, en concordancia con el precepto 443-2 que así lo reitera para el proceso ejecutivo.

La otra eventualidad de sentencia en la audiencia inicial es la sentencia anticipada, que a voces del artículo 278, inciso tercero, del CGP puede ser en cualquier estado del proceso, como se explicará en otro aparte cual se explica en otro aparte.

3.4. LA SENTENCIA DE EXCEPCIONES EN EL PROCESO EJECUTIVO

El artículo 443 del CGP prevé unas reglas especiales para la sentencia en el proceso ejecutivo, que se comentan enseguida.

3.4.1. Sentencia favorable al ejecutado

Unas de las pautas de dicho precepto dispone que si la sentencia es favorable al demandado, se debe terminar el proceso, ordenar el desembargo de los bienes perseguidos, además de condenar al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que el primero haya tenido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso (ordinal 3).

La terminación del proceso es una consecuencia obvia por la derrota del título ejecutivo, porque si este se cae con la sentencia de excepciones, no hay pretensión de recaudo sobre la cual continuar, carece de objeto mantener el proceso ejecutivo. Por la misma razón debe ordenarse el desembargo o cancelación de las medidas cautelares respecto de los bienes que fueron aprehendidos por solicitud del ejecutante, para garantizar el pago forzado que perseguía (concord. artículo 597-4).

La condena en costas en la sentencia se encuentra instituida de manera objetiva por la pérdida del proceso, en concordancia con el artículo 365 del mismo estatuto procesal, cuyos numerales se deben aplicar en lo pertinente, salvo en los eventos exceptuados, como el beneficio del amparo de pobreza. En esa percepción, no es pertinente entrar en averiguaciones para determinar la justeza de las costas, pues la condena se hace de manera imperativa, a menos de observarse que no se causaron, conforme al numeral 8, bajo cuyo texto tan solo puede condenarse en costas “cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. De manera que basta observar que se causaron costas, que normalmente acontecen con los honorarios que la parte victoriosa debe pagar a su apoderado judicial, o los que se deben cancelar a quien litiga en causa propia, al igual que otros gastos de notificaciones, cauciones y demás. Ya en la liquidación que se haga se podrán revisar los distintos rubros que comprenden las costas, como las agencias en derecho, gastos en notificaciones, cauciones, pruebas, etc.

En torno a los perjuicios, como solamente al proferirse la sentencia de excepciones favorable al ejecutante cae la certidumbre y legitimidad presunta del título ejecutivo, el juez debe condenar al pago de perjuicios por las medidas cautelares. Esta especie de sanción es objetiva y preceptiva, puesto que la ley presume que se pudieron causar los perjuicios, aunque la condena debe hacerse en abstracto, para que conforme al artículo 283, inciso tercero, del CGP, la parte afectada con las medidas demuestre en concreto cuáles fueron esos perjuicios y su monto. Desde luego que el escenario para el debate de las excepciones y la sentencia, no resulta asequible para la comprobación de causación de los perjuicios

y su cuantificación, porque excedería su radio de acción, de atender que el objeto del proceso ejecutivo es la pretensión de pago basada en un título con fuerza ejecutiva, y este se extiende a esas defensas (las excepciones), cuando se proponen.

Será carga del ejecutado, en firme la sentencia respectiva, acorde con el citado segmento del artículo 283, promover el incidente mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada del monto de los perjuicios, estimada bajo juramento.

Alrededor de este último planteamiento es necesario aunque el artículo 283 del código no lo explicita, deben cumplirse los requisitos del artículo 206, sobre juramento estimatorio, que se aplica siempre que se “pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras...”, en cuyo caso el interesado debe “estimarlos razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos...” (inciso primero). Aunque este no es el espacio para explicar todo lo del juramento estimatorio, es suficiente recordar que se trata de una regla dinámica de aligeramiento o facilitación probatoria, porque hace prueba del monto de lo reclamado, mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del término de traslado correspondiente, objeción que al igual que la estimación, debe ser razonada, pues solo puede considerarse la “que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación” (inciso primero), y en esa eventualidad, se debe dar traslado a la parte que hizo el juramento para que aporte o solicite pruebas (inciso segundo), vale decir, que la carga probatoria se devuelve al que hizo la estimación. Hay otras regulaciones en el artículo 206, que deberán tenerse en cuenta sobre el juramento estimatorio, como aquella que faculta al juez para decretar pruebas de oficio, aunque no se objete, si advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude o cualquier situación similar.

El incidente de liquidación de la condena en concreto, deberá promoverse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de excepciones favorable al ejecutado, o de la fecha de notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, en caso de apelación de la respectiva providencia. Dicho término que es preclusivo y de caducidad, por cuanto vencido sin promoverse el incidente “se extinguirá el derecho” (artículo 283 citado). Esos treinta días son hábiles, por cuanto no se toman en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia esté cerrado el despacho (inciso final, artículo 8 del CGP).

Así mismo, el trámite incidental en comento tiene un carácter atípico, consiste en que debe decidirse mediante sentencia, que estará sujeta al recurso de apelación ante el superior, si es asunto de primera instancia. Sobre este punto, debe tenerse presente que el incidente no varía la competencia del juez que conoce del proceso inicial.

Y aunque el artículo 334 del CGP consagra el recurso de casación contra las sentencias “dictadas para liquidar una condena en concreto”, es sugestivo inquirir si tiene cabida para estas eventualidades de sentencias de liquidación de perjuicios por medidas cautelares, luego de sentencia favorable a las excepciones en proceso ejecutivo. Sobre el punto, a riesgo de ensayar una posible hermenéutica discutible, cabe anotar que una limitación para el recurso de casación, es que solo procede contra sentencias dictadas por “tribunales superiores en segunda instancia”, y cumplido esta exigencia, deberá revisarse el requisito relativo a la cuantía de la decisión desfavorable (artículo 338 del CGP) para la procedibilidad del recurso extraordinario, que sin distingos es permitido para la sentencia proferida en un incidente, que no en un proceso ejecutivo. Es que el proceso ejecutivo termina con la sentencia de excepciones que impidió seguir la ejecución, de manera que el incidente es un trámite posterior independiente, que si termina con una sentencia de segunda instancia de un tribunal superior, y la cuantía lo permite, debe considerarse susceptible de casación.

3.4.2. Sentencia de impulso de la ejecución

Retomando el tema de la sentencia sobre excepciones, si estas no prosperan, o prosperan parcialmente, la sentencia debe ordenar seguir con la ejecución, en la forma que corresponda (regla 4 del artículo 443 del CGP), y se pasa a esa segunda fase del proceso ejecutivo. Y pese a que el precepto regulador de esta actuación favorable al ejecutante no lo consagra, deberá condenarse al ejecutado en costas, total o parcialmente, según corresponda, bajo las normas generales del artículo 365 del CGP, siempre que aparezcan causadas, como ya fue apuntado en torno a la sentencia que acoge las excepciones.

Si prospera la excepción de beneficio de inventario, la sentencia limitará la responsabilidad del ejecutado al valor de los bienes que le hubieren sido adjudicados en el proceso de sucesión (regla 6).

4.4.3. Análisis de las excepciones invocadas, o de oficio

El análisis de las excepciones en el proceso ejecutivo tiene que hacerse conforme a las reglas procesales correspondientes, en particular, el artículo 282 del nuevo estatuto procesal, con algunas precisiones.

Ya se dijo que por estar acreditada la pretensión con el título ejecutivo, el (los) problema(s) jurídico(s) tiene(n) que circunscribirse a los fundamentos esbozados en las excepciones, confrontados con el título ejecutivo en los puntos materia de duda.

En términos prácticos, es posible estimar que si se formula una sola excepción, el análisis del juez no tiene mayor problema de orden argumental, ya que, por regla general, el discernimiento debe circunscribirse a ella. Pero si se formulan varias, deben estudiarse de manera lógico-sistemática, esto es, comenzar por las que ataquen la existencia o validez del título ejecutivo, como las de inexistencia o nulidad del mismo, y luego las otras, aunque esta recomendación debe tenerse como una pauta moderada, que no puede ser una camisa de fuerza, de atender que las particularidades de casos concretos y la autonomía de los jueces, pueden llevar a conclusiones distintas.

El artículo 282 expresa en el inciso tercero, que cuando el juez “encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes...”; pero agrega que si el superior (en apelación) encuentra que esa excepción es infundada, tiene que resolver sobre las otras, así no haya apelado quien las alegó.

Y debe atenderse también, por mandato del citado artículo 282, inciso primero, que siempre que se propongan excepciones en el proceso ejecutivo, el juez tiene la facultad de declarar de oficio las que encuentre probadas, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben alegarse en el término otorgado al ejecutado para formular esas defensas, que es la etapa equivalente, no igual, a “la contestación de la demanda”. Rememórase, cual se anotó, que desde una perspectiva jurídica, en el proceso ejecutivo no hay en verdad una “contestación de la demanda”, sino que el ejecutado propone no excepciones de fondo, o no las propone.

Se ha discutido en el derecho procesal si en el proceso ejecutivo el juez puede declarar excepciones de oficio. En sentir de este autor, si en el proceso ejecutivo no se formulan excepciones por el ejecutado, el juez debe ordenar seguir adelante la ejecución por auto (artículo 440 del CGP), y en tal situación no es viable que declare de oficio excepciones, porque no hay lugar a sentencia; pero si se proponen excepciones, al tener que tramitarse audiencia oral y dictarse sentencia, sí es viable ese reconocimiento oficioso de excepciones en el proceso ejecutivo, por varias razones.

La primera es el citado fragmento del artículo 282 del CGP, más contundente en el punto que el anterior estatuto procesal, de manera categórica establece

que “en cualquier tipo de proceso”, si el juez halla “probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

Es de verse, pues, la doble enfatización de la norma, por un lado, que el reconocimiento oficioso de excepciones en la sentencia debe efectuarse “en cualquier tipo de proceso”, o sea, sin distingo de procesos, lo que sin duda incluye al ejecutivo, y del otro, que el juez lo “deberá” hacer, o mejor, que no es facultativo sino imperativo. Estas enfáticas expresiones no estaban en el artículo 306 del código anterior.

Otra razón es que cuando en el proceso ejecutivo se formulan excepciones de fondo, adquiere el matiz de controversia propio de los procesos declarativos, y por eso debe transitar por la audiencia de pruebas, alegaciones y sentencia, etapa en que el juez retoma las facultades oficiosas propias de dichos procesos declarativos, como decretar y practicar pruebas de oficio, al igual que hallar probados hechos que constituyen excepciones, con las salvedades apuntadas.

De otro lado, en el proceso ejecutivo también el juez tiene los deberes de interpretación de la demanda y demás actos de las partes, entre esos, las excepciones formuladas y los hechos en que se fundan estas, con independencia del nombre que se dé a estas últimas, óptica dentro de la cual, como ha doctrinado la Corte Suprema de Justicia, más importante que el nombre que se dé a la excepción, lo importante es “la relación de los hechos en que se apoya. Algo más, hoy, frente a los poderes oficiosos del juez necesario se hace afirmar que lo fundamental, en verdad, no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, en virtud de que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 306 precitado, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia. Actualmente el concepto privatista del proceso ha cedido ante los nuevos rumbos del derecho procesal, que busca la realización de la justicia fundándose en una verdad verdadera y no meramente formal”¹⁰.

3.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE EXCEPCIONES

Los alcances de la sentencia de excepciones en el proceso ejecutivo son semejantes de los de las sentencias de procesos declarativos, dada la decisión de

10 Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de noviembre de 1979, M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

la controversia planteada contra el título ejecutivo. Esos efectos están previstos, básicamente, en el mismo artículo 443 del estatuto procesal civil.

El principal, sin duda, es el tránsito a cosa juzgada de la sentencia (regla 5ª), lo cual le da un carácter inmutable, de tal manera que ya no podrán volverse a dar discusiones sobre la legalidad del título ejecutivo, de lo cobrado en forma compulsiva y sus accesorios, en cuanto a que si sigue o no adelante la pretensión de cobro.

Otro efecto derivado es que se cierra, de manera definitiva, el primer ciclo (fase o etapa) del proceso ejecutivo, y favorable o desfavorable, fuera de lugar se hallarán controversias si el ejecutado debe o no lo cobrado. Sencillamente, si las excepciones prosperan y echan por tierra todas las pretensiones ejecutivas, nada hay por cobrar, hay una especie de sentencia absolutoria y se termina el proceso. Si las excepciones no prosperan, o prosperan parcialmente, se ordena el seguimiento o impulso de la ejecución, que en esa eventualidad será la segunda fase del proceso ejecutivo, también considerada como la verdadera ejecución, y tampoco puede haber más controversias sobre lo ordenado pagar o cumplir. Ya las discusiones únicamente serán sobre las operaciones aritméticas, o estado de cuenta, en la liquidación del crédito, ej., a cuánto asciende en concreto el monto de lo adeudado; o sobre la concreción de las prestaciones pertinentes, la preparación de los bienes aprehendidos (embargados y secuestrados) para pagar al acreedor, ya con el remate previo avalúo de los mismos, ora con la entrega de dineros u objetos, o cumplimiento de las prestaciones de hacer, entre otras, para solución de las respectivas obligaciones.

3.6. SENTENCIA ANTICIPADA

La sentencia anticipada, en general, se funda en la necesidad de aplicar la economía procesal en las controversias judiciales, porque permite que el juez pueda definir los procesos de una forma más expedita, más rápida, sin necesidad de agotar todas las etapas del trámite correspondiente. Por supuesto que sin demeritar las otras maneras de solución rápida, *verbi gratia*, la conciliación.

El artículo 278, inciso tercero, del CGP ordena —perentoriamente— al juez dictar sentencia anticipada “en cualquier estado del proceso”, en tres precisos eventos.

4.6.1. Por petición de las partes

Estas y sus apoderados están facultados por el numeral 1º del aludido segmento del artículo 278 para solicitar la sentencia anticipada, pero esa solicitud debe ser

“de común acuerdo”, y puede tener lugar por iniciativa propia de ellos, o por sugerencia del juez, hipótesis esta última que sin duda tendrá la mejor ocasión en las audiencias inicial o de instrucción y juzgamiento.

3.6.2. Por no haber pruebas por practicar

Esta segunda ocasión de sentencia anticipada, para cuando no hay pruebas por practicar, puede ser en la audiencia inicial, como se anotó al comentar esta, aunque el ordinal 9 del artículo 372 prevé esa posibilidad, después de oír a las partes en interrogatorio de parte y efectuar la fijación del litigio, así como también escuchar las alegaciones de las mismas.

Y aunque puede interpretarse que la sentencia tiene cabida, así mismo, por escrito y antes de la audiencia inicial, dado que el artículo 278 dispone que se debe dictar la sentencia anticipada “en cualquier estado del proceso”, parece mejor entender que dicha decisión sea en audiencia. Esto porque la audiencia es el escenario natural para dirimir las controversias, que debe surtirse luego de superarse la etapa de litiscontestación, porque luce más ajustado a las reglas del debido proceso, que “cualquier estado del proceso” tenga que ser una vez que las partes estén a derecho dentro del mismo, y hayan podido controvertirse sus actos de ataque y réplica, amén de que es necesario que siempre se les dé oportunidad de presentar unas alegaciones antes de emitirse la sentencia anticipada. Es que el mundo del proceso judicial es de la objetividad y de la prudencia, requisitos que con especial acento deben tomarse en cuenta para resguardar las garantías fundamentales del debido proceso.

4.6.3. Por estar probada alguna de ciertas excepciones

La otra posibilidad de sentencia anticipada, contemplada en el apartado del artículo 278, que se viene comentando, debe ocurrir cuando el juez “encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa”. Este evento radica en que con el CGP no es posible proponer como previas dichas excepciones de mérito, como era antes (artículo 97 del CPC y Ley 1395 de 2010). En el nuevo estatuto para tales excepciones se prevé, igualmente, la sentencia anticipada, total o parcial, pero no por vía de las excepciones previas, sino que puede ser en cualquier estado del proceso, con la exigencia, eso sí, de que el juez encuentre probada alguna de ellas.

A pesar de lo cual es necesario tomar en cuenta, al igual que en las otras situaciones de sentencia anticipada, unas previsiones mínimas para respeto a las reglas del debido proceso, que básicamente se refieren a que la relación jurídico-procesal esté debidamente constituida, luego de la litiscontestación, y pueda tener lugar una etapa de alegaciones de las partes. Esto último de alegatos tiene particular relevancia en la causal de sentencia anticipada relativa a que no haya pruebas que practicar, y la de hallar acreditada una de las referidas excepciones, porque cuando las partes lo piden de común acuerdo, es posible que no requieran una especial fase de alegatos.

b	<p>Bibliografía</p> <p>BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo I., Argumentación Judicial: Construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2008, 2ª edición. Hay varias ediciones.</p> <p>Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil.</p> <p>Corte Suprema de Justicia y otras corporaciones judiciales. Jurisprudencia varia sobre temas procesales.</p> <p>DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso. Bogotá: Temis - Universidad Javeriana, 2012.</p> <p>Instituto Colombiano de Derecho Procesal; varios autores en: Código General del Proceso, comentado con artículos o escritos de miembros del mismo instituto.</p> <p>MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil, parte especial (tomo segundo); Bogotá: Editorial ABC, 526 páginas.</p> <p>OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones; edición dirigida por Eduardo Ospina Acosta. Bogotá: Editorial Temis, 2008, 514 páginas</p>
---	--