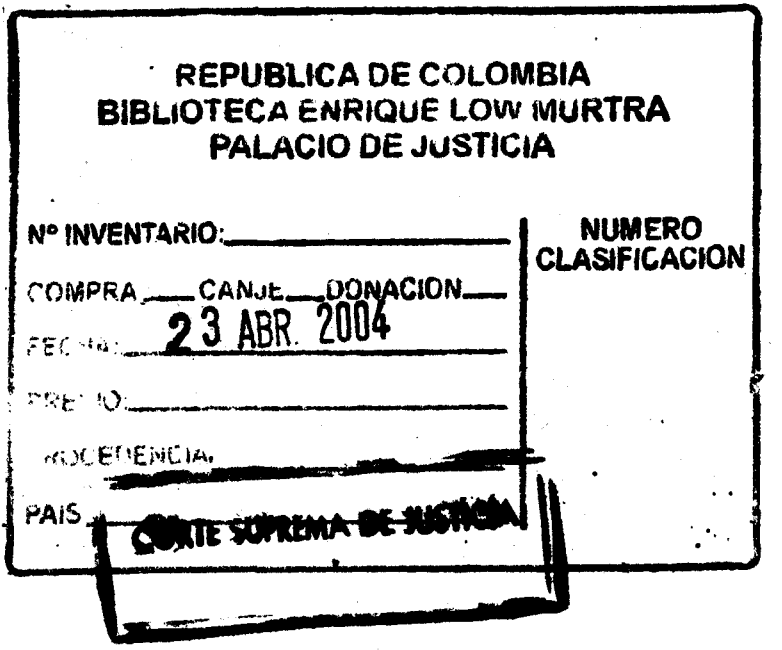
INSTITUCIÓN PROCESAL CIVIL COLOMBIANA



OTROS TRABAJOS DEL MISMO AUTOR:

Estudio General sobre Propiedad Minera, 1938.
Nociones sobre Derechos Adquiridos, 1940.
Colaboración en Revistas Científicas.

JULIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
ABOGADO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

B.4543

INSTITUCIÓN PROCESAL CIVIL COLOMBIANA

(COMENTARIOS AL CÓDIGO JUDICIAL)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

1955

EDITORIAL TEORIA

LIBRERÍA Y EDITORIAL SIGLO XX LTDA.
MEDELLÍN - COLOMBIA
1 9 4 6

LIBRERIA JURIDICA LTDA.
CALLE 14 No. 6-77
TELEFONO 23638
BOGOTA

Reservados todos los derechos

Copyright by
Librería y Editorial Siglo XX Ltda., Medellín, Colombia,
1946

Impreso en la Argentina — Printed in Argentina

A mis padres

Sr. Dn. Julio González Zea.
Sra. Dña. Inés Velásquez Silva de G.

PRESENTACIÓN

Presentamos a los lectores esta obra que, bajo el título INSTITUCIÓN PROCESAL CIVIL COLOMBIANA, *comprende unos comentarios al articulado del Código Judicial vigente en la República, dirigida especialmente a servir de orientación a quienes no son poseedores de altos conocimientos en materia del derecho procesal civil que tantos y tan complejos problemas ofrece en relación con el reconocimiento de los derechos sustanciales a los cuales sirve como medio de actualización de su eficacia, en lo cual se distingue precisamente de otras ramas del derecho público al cual pertenece. Ella escapa a los amplios límites propios de la materia que comprende, debido a su escasa extensión y a lo limitado de nuestras facultades, por lo que decimos que nuestra labor se concretó más bien en estudio de carácter general y elemental que, por serlo, es de más utilidad a quienes empiezan la iniciación en las disciplinas jurídicas, a los que quizás podrá servir de medio de consulta o de control de sus actividades para no consumar el sacrificio de los derechos ciudadanos y malograr los fines últimos del procedimiento.*

Es abundante la bibliografía extranjera sobre el derecho procesal, lo que no ocurre con el patrio, pues ella es un tanto escasa aunque, a decir verdad, meritoria por todo concepto, consideración que en unión de otras nos movió a confeccionar nuestro trabajo, animados de las mejores intenciones de lograr hacer algo que, no obstante no ser del más completo acierto, por lo menos llene una necesidad que ha venido manifestándose entre nosotros.

Es en extremo complejo escribir un tratado que de manera general abarque la materia procesal, por las innúmeras teorías que han sido formuladas por los autores de la más alta valía sobre ella; por las diferencias en las instituciones de uno y otro Estado; por sus aspectos históricos, y por todo aquello que concurre a integrarla. Por ello, por buscar que las líneas que se ven adelante no se revis-

tieran de un aspecto meramente teórico y para que presten algún servicio en la aplicación del derecho patrio, resolvimos seguir el sistema de comentarios sobre cada uno de los artículos del Código Judicial, con lo que se facilitará su consulta, omitiendo sí, en general, transcribir el texto de cada uno de ellos y concretándonos a ver la sustancia suya, con las anotaciones pertinentes sobre lo que representen, su aplicación correcta, la jurisprudencia establecida acerca de ellos, las discusiones surgidas y, en concreto, lo que constituya la correcta interpretación suya.

El estudio en referencia está dividido en tres partes, así: la primera estudia brevemente el Libro Primero; la segunda la parte general del Libro Segundo y la tercera los Juicios.

La brevedad de la primera parte obedece a que la organización judicial en sí es clara y a que descarta la necesidad de estudiar en detalle las funciones de cada una de las autoridades judiciales, motivo de consideración para que nos detengamos poco en ella, pero estudiando con alguna detención la llamada competencia y la comisión y haciendo las anotaciones que juzgamos útiles. La segunda y la tercera partes son de contenido más amplio que la primera, por razón de su materia, de naturaleza más dada a comentarios.

En el índice puede verse cada una de las cuestiones tratadas y que prescindimos de estudiar el Título XVII sobre pruebas judiciales, por ser ellas objeto propio de un estudio especial que no encaja bien dentro de los comentarios que hacemos, los cuales se concretan a la forma de actuación ante las autoridades judiciales y no a los medios de demostración del derecho, sin entrar tampoco en mayores críticas a la legislación.

Finalmente, hemos aprovechado las exposiciones de los autores tanto extranjeros como nacionales, y la jurisprudencia sentada por las entidades judiciales de la República, a fin de no incurrir en demasiados desaciertos, pues ellas son guía a que tenemos que acogernos para suplir nuestras deficiencias.

Medellín, julio de 1944.

N. B. — Para mejor comprensión de lo tratado, deben estudiarse las citas hechas entre paréntesis, las que corresponden al Código Judicial, cuando no se hace en ellas otra indicación.

PRIMERA PARTE

ORGANIZACIÓN JUDICIAL

TÍTULO I

(DISPOSICIONES PRELIMINARES)

ART. 1º — Al Estado compete la administración de justicia, como natural y normal emanación de su naturaleza, pues desde la aparición en la vida social de aquella entidad se acepta que la definición de las controversias suscitadas entre las personas sobre los derechos ha de sustraerse a las mismas, lo que en el fondo es la interdicción de la violencia a la cual no puede someterse el derecho, garantía de la conservación del orden social. Aquella facultad la ejerce el Estado por medio del llamado Órgano Judicial, anteriormente poder judicial, creado como rama distinta al Gobierno, para que en manos del último no quede una función distinta a las que normalmente tiene, lo que puede llamarse una conquista sobre el derecho antiguo en el que se confundían en una persona las funciones ejecutivas y las judiciales. La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores, dentro de la jerarquía imperante en la organización judicial, ejercen normal y permanentemente la administración de justicia en la República, la que también ejercían los Jueces de Tierra (L. 200 de 1936) antes de su suspensión (L. 4º de 1943). Esas entidades son pues las que integran el órgano judicial. Empero, en circunstancias especiales ejercen funciones propiamente judiciales el Senado, el Concejo de Estado, los Tribunales de Arbitramento (L. 2 de 1938) y los Militares, los Jurados y demás, verdaderos casos excepcionales que no invisten a los árbitros y jurados del carácter de integrantes del órgano judicial, de la misma calidad general de los funcionarios públicos. La determinación de las entidades encargadas de la administración de justicia hecha por el artículo es de carácter restricto por lo que se comprende que en la rama judicial propiamente dicha no actúan otras entidades (v. L. 33 de 1935, D. E. 1714 de 1933, Art. 142 s. s. Const. Nac.).

ART. 2º — Para una mayor garantía de eficacia de los funcionarios la ley prohibe la acumulación de los cargos judiciales y del Ministerio público, prohibición armónica con el principio constitucional que veda recibir más de un sueldo del mismo tesoro público y de allí que sean incompatibles con otros cargos remunerados, regla que únicamente tiene la excepción relativa al ejercicio del profesorado y de completa justificación por varias razones. El desempeño de un empleo de aquéllos es incompatible con el ejercicio de la abogacía por la primera razón dada (la eficacia funcional), porque ellos no son onerosos sino remunerados, y por cuanto que la legislación quiere sustraer al funcionario de ciertas actividades que no se compaginan con sus funciones. La aceptación de los empleos judiciales es completamente voluntaria, puesto que ellos no tienen en principio el carácter de onerosos o sea de forzosa aceptación como es el cargo de jurado en elecciones, de concejal, etc., etc.

La prohibición del ejercicio de la abogacía está respaldada en normas penales que sancionan al funcionario que la viola (Arts. 169, 179 C. P.), lo que viene a dar mayor eficacia a la aludida prohibición.

ART. 3º — Los nombramientos para el desempeño de cargos judiciales son de voluntaria aceptación por parte de los nombrados, de donde se desprende que luego de la aceptación procede que pidan la confirmación correspondiente, acreditando que reúnen las condiciones de idoneidad exigidas para ejercerlos (v. Leyes Abogacía) pues hay que tener en cuenta que si en algún asunto es preciso exigir calidades especiales a las personas es en relación con empleos judiciales por causa de su mismo objeto, como es claro. La aceptación y confirmación deben cumplirse en los términos precisos del artículo para que no sufra paralización el servicio público y se creen situaciones inciertas, inconvenientes por todo aspecto. Algunos consideran que los términos señalados al respecto son demasiado amplios, que sólo se justificaban en épocas anteriores cuando las vías de comunicación eran deficientes en extremo (v. Arts. 147, 153, 157 Const. Nac.). La comunicación de los nombramientos se hace por medio de la autoridad bajo recibo, con lo cual se logra la certeza necesaria en cuanto a los términos.

Exige el artículo a los suplentes lo mismo que a los principales cuando entran a ejercer el cargo (confirmación), exigencia un tanto extremada que dificulta la iniciación rápida de sus actuaciones y cuya justificación falta si se considera que el suplente obra transitoriamente, entre tanto se llena la vacante que ocupa. Más acorde con los principios generales sería que a los suplentes no se exigiera confirmación como tampoco se exige a los interinos (v. D. E. 190 de 1934, Art. 13).

Art. 4º — Como en los otros asuntos generales, el designado para un empleo judicial y que deba acreditar idoneidad o que satisface las exigencias de la ley para desempeñarlo, goza de la facultad de

servirse de los diversos medios probatorios autorizados por la ley, por lo general, porque cuando ella exija versación en la ciencia del derecho tal cosa sólo puede acreditarse con un título expedido por una facultad oficial o privada cuyos títulos se reconozcan eficaces en la legislación. En la hipótesis de que la respectiva facultad sea extranjera, en cuanto al mérito de los títulos se atenderá a los tratados públicos y en su defecto al principio de reciprocidad. (L. 62 de 1928, L. 21 de 1931, D. E. § 999 de 1932).

Art. 5º — La muerte del nombrado, la no aceptación, la falta de confirmación, el hecho de que no se posesione oportunamente, son factores que hacen insubsistente el nombramiento respectivo, para mejor decir, sin efecto alguno, que se tiene por ineficaz. Ellos obran o producen sus consecuencias mecánicamente, si se nos permite la expresión, sin que sea menester declaración especial de insubsistencia después de una tramitación especial también. Ahora, no vale argumentar que ello es impropio, porque hay que tener presente sobre el particular que se trata de una materia perteneciente al derecho público que hay que definir con celeridad y en la cual no se trata únicamente de intereses privados.

Art. 6º — La calidad de Magistrado o de Juez se adquiere por una persona luego del nombramiento, la aceptación, la confirmación y la toma de posesión del cargo, que se cumple conforme las reglas contenidas en el C. de Régimen Político y Municipal (Art. 241 s. s. C. R. P. y M.). El cumplimiento de esos actos genera una situación firme que desaparece apenas por finalización del período, renuncia aceptada o la sentencia de pérdida del empleo y no por otros motivos. De suerte que cuando son cumplidos aquellos actos es cuando puede decirse fundadamente que un sujeto posee la calidad de Juez o Magistrado, lo que no obsta para que los interinos la tengan sin que con respecto a ellos se verifique la confirmación.

Art. 7º — La designación de Magistrado o de Juez y el posterior ejercicio de las funciones propias de esos cargos hacen presumir de derecho la posesión, presunción que por ser de tal índole no admite prueba en contrario, en orden a estimar válidos los actos ejecutados y a la exigencia de responsabilidades por ellos. Ésa es una disposición imprescindible que se cimenta en la necesidad de dar estabilidad a las actuaciones cumplidas y en la protección debida a los intereses de las partes, pero que tampoco goza de alcance absoluto hasta el extremo de impedir la aplicación de los numerales 4º y 5º del artículo 5º, en lo que puede verse que por ese aspecto es bastante relativa.

Art. 8º — La posesión de un cargo no obliga al empleado a permanecer indefinidamente en su ejercicio por lo cual es viable la renuncia de él con lo que se consagra la liberación del trabajo, mejor dicho, no se sienta sobre el mismo un concepto esclavista. La adquisición de un empleo no implica para el adquirente una situación definitiva, ni podría implicarla, a la cual no pueda sustraerse

por medio del acto de renuncia o voluntad expresa de no continuar en su ejercicio, manifestada ante quien lo haya designado. Lo anotado no impide la aplicación del artículo 67, por lo que al tratarlo se verá.

ART. 9º — La licencia —acto autorizado por funcionario competente en virtud del cual otro se separa transitoriamente del ejercicio de sus funciones— ha sido establecida en beneficio de los empleados para no compelerlos a actuar en condiciones precarias de salud o al retiro definitivo, etc. La concesión de ella se hace según la forma indicada en las disposiciones del C. de Régimen Político y Municipal (Art. 291 s. s. C. R. P. y M. D. E. 457 de 1933, C. C.). En atención a la naturaleza de las licencias, su término es renunciable por el respectivo interesado, pues sólo a él interesa de manera inmediata su duración

ART. 10. — La duración de la licencia tiene un plazo máximo señalado en la disposición y cuando se debe a causa de enfermedad puede prorrogarse, si el empleado está inhabilitado para ejercer su destino. En esos supuestos tiene derecho a la mitad del sueldo. (Ley prestaciones sociales, C. Judicial). V. L. 22 de 1942.

ART. 11. — La administración de justicia debe ser permanente como también el ejercicio de las funciones del Ministerio Público y en gracia de ello deja de ser lícito a los funcionarios cesar en el desempeño de sus funciones una vez finalizado el período para que hayan sido designados y sin ser reemplazados debidamente, porque en tal cosa entra en juego el interés social de indispensable acatamiento en todas las circunstancias. Tan imperativo es el artículo que su violación acarrea sanciones penales al que en tal cosa incurre (Art. 178 C. Penal).

A los Tribunales Superiores está atribuído decidir los casos en los cuales los Concejos Municipales hayan reemplazado a un Juez durante su período o hecho varias designaciones.

ART. 12. — Es deber de las entidades a las que esté atribuída la designación de los funcionarios judiciales satisfacerla en oportunidad para que no sufra mengua el servicio de los empleados y para que el que ha de ser reemplazado no sufra perjuicios por motivos de la tardanza en reemplazarlo. En la hipótesis de que no se nombre sino con posterioridad a la iniciación del período legal de los Jueces y Magistrados no por tal motivo se varía la iniciación del período señalado por la ley y entonces se considera que el nombramiento abarca el tiempo que falte para finalizar dicho período, disposición armónica con la contenida en el Código de Régimen Político (Art. 280 C. R. P. y M.).

ART. 13. — Fué anotado cuando se tiene la adquisición plena de un empleo judicial, el que se pierde: por renuncia aceptada; por el ejercicio de otro cargo público en ramo distinto al judicial (Art. 14); por el desempeño de las investiduras de Senador, Representante o Diputado, ya que las funciones políticas por esencia son

incompatibles con las judiciales; por abandono del cargo una vez vencida la licencia concedida, pues ella tiene término preciso, sanción fundada por todo aspecto, porque, además, implica el abandono una verdadera renuncia; por aceptación de cargo o beneficio de manos de Gobierno extranjero (v. Cons. Nac.); por destitución declarada en sentencia ejecutoriada; por enajenación mental. La pérdida del empleo la decreta quien hace el nombramiento, con excepción del caso de que no esté reunido el parlamento en el que el Gobierno ordena la vacancia. Lo anterior hace referencia más concreta a Jueces y Magistrados por cuanto que tratándose de empleados subalternos hay que anotar que su designación y remoción es atribución de los superiores.

ART. 14. — A diferencia del artículo anterior el presente no crea incompatibilidades, en relación con la pérdida del empleo entre los distintos cargos judiciales, pero subordinando la cuestión a la condición de que el nuevo empleo se desempeñe en interinidad lo que es opuesto a la designación en propiedad que ofrece base para la completa adquisición del empleo. La incompatibilidad no existe por la naturaleza de la interinidad, que concurre aún en el suplente, ya que dentro del sistema imperante la suplencia apenas ocasiona un ejercicio transitorio, y para no obstaculizar en un caso determinado el aprovechamiento de servicios de funcionarios eficientes.

ART. 15. — De los precedentes artículos se deduce que las circunstancias diversas que concurren en los diferentes casos generan vacancias:

Absolutas, cuando no se ha dado a un sujeto la investidura de Juez o Magistrado y también cuando la ha perdido (Arts. 5 y 13);

Temporales, cuando abarcan un espacio de tiempo más o menos apreciable, por licencia, enfermedad o pena de suspensión;

Accidentales, cuando existe impedimento para el conocimiento de un negocio especificado (Art. 434 ss.).

Esas causales de vacancia, en atención a que la administración de justicia no se concibe intermitente, ponen de manifiesto la urgencia de suplir al funcionario que falta a lo cual atiende la ley como se verá luego.

ART. 16. — Las oficinas judiciales, en términos genéricos, tienen continuidad y unidad indestructibles y de allí que con referencia a ellas el antecesor y el sucesor sean reputados como una sola persona en lo que aparece con caracteres de evidencia lo que cabe apellidar despersonalización de la administración de justicia. Tal cosa no llega hasta extremos absolutos y contrarios a la razón, de donde se infiere que aquella ficción carece de méritos en relación con los términos de que dispone el Juez para fallar y las causales de impedimento y recusación. La aplicación más clara de aquella continuidad puede verse cuando son reemplazados varios jueces de un mismo circuito; en que el empleado entrante asume el conoci-

miento de los negocios en cualquier estado que se encuentren, sin retrotraer la actuación.

ARTS. 17 Y 18. — Trae el artículo varias prohibiciones cuya violación, acorde con lo anterior, genera sanciones, y que encuentran base en que con ellas se procura sustraer a los funcionarios de luchas personales, de actividades que les restan actividad, del riesgo de hacerlos parciales, etc. (v. Art. 179 C. P.; Art. 8º, L. 60 de 1930).

TÍTULO II

SENADO

ARTS. 19 y 20. — Por razón de la calidad de que están investidas las personas que en la administración estatal ocupan empleos prominentes y por altos motivos políticos, la legislación atribuye al cuerpo legislativo denominado Senado el conocimiento de ciertos delitos de los funcionarios especificados en ella, conocimiento que puede ser pleno o menos pleno, según que la citada entidad aplique la sanción de destitución, pérdida de los derechos políticos o que deba poner al funcionario a disposición de la Corte, respectivamente. Lo anterior muestra una excepción a la actividad común y más propia del Senado, pero que se justifica plenamente sin que valga observar en contrario que implica una reunión de funciones políticas y judiciales. Apenas en los casos taxativamente enumerados tiene, pues, el Senado funciones judiciales, por atribución concreta, o sea, no general, las que se refieren más en especial a asuntos de naturaleza penal y se ejercen en la forma determinada por el Cap. I, Tít. V, Lib. III del C. de Procedimiento Penal (Arts. 379 ss. ib.) Además, es función exclusiva del Senado la rehabilitación de quienes hayan perdido los derechos políticos (Art. 91 Const. Nac.) y el procedimiento respectivo lo señala también el C. de Procedimiento Penal (Art. 681 ss. ib.).

TÍTULO III

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CAPÍTULO I

PERSONAL

ARTS. 21 y 22. — La Corte Suprema, Entidad del más alto grado en la administración de justicia, que ocupa el primer lugar en la organización jerárquica del Órgano Judicial en la República, consta de doce Magistrados y se divide en cuatro Salas, a saber: Casación

en lo Civil, Casación en lo Criminal, de Negocios Generales y Civil de Única Instancia, en cuya formación inicial (de las tres primeras) interviene el Gobierno. También obra la Corte en pleno, con intervención de todos sus Magistrados, en el fallo de determinados asuntos como para resolver sobre inexequibilidad de una Ley (Acto Legis. Nº 1º de 1924, ley 48 de 1931, Art. 2º).

La designación de Magistrados de la Corte corresponde al Órgano Legislativo teniendo en cuenta las ternas presentadas por el Ejecutivo, sistema bastante censurado porque es propicio a que en los nombramientos jueguen papel importante consideraciones de orden partidista y contrarias a los intereses de la justicia, el que se ha tratado de reemplazar por otros sistemas, dando intervención a las Universidades, Colegios de Abogados, a la misma Corte, etc., atribuyendo la designación de Magistrados solamente al Ejecutivo, etcétera.

Ocupa la Corte el más alto grado en la administración de justicia en la República y fuera de las atribuciones que luego se verán, la Constitución Nacional le ha encomendado la guarda de la integridad de ella (Art. 149 ib.) en lo cual puede apreciarse el papel trascendental que desempeña en el Estado colombiano. La duración del período de sus Magistrados es de cinco años (Art. 144 Const. Nac.) y requieren para serlo ser colombianos de nacimiento, en ejercicio de la ciudadanía, tener treinta y cinco años de edad y haber sido Magistrado de un Tribunal Superior o haber ejercido cinco años por lo menos y con buen crédito la profesión de abogado o el profesorado en Derecho en algún establecimiento de carácter oficial (Art. 147 Const. Nac.).

Arts. 23, 24 y 25. — La organización de toda corporación requiere una persona que la dirija, represente y oriente su funcionamiento que sin la última es deficiente e inarmónico y, en consecuencia, se explica que la Corte deba tener un Presidente (Art. 145 Const. Nac.), al igual que cada Sala, los que forman la Sala de Gobierno. Con el fin de suplir las faltas del Presidente, cuyas funciones duran un año, debe designarse un Vicepresidente, quien en las respectivas oportunidades tiene las funciones de aquél. Los empleos subalternos de la Corte están determinados en el artículo 24 de manera precisa y con ellos únicamente funciona, pues bien sabido es que entre nosotros rige la norma absoluta de que no hay ningún empleo sin determinación o creación legal (v. Const. Nac. y C. de Régimen P. y Mpal.) La residencia regular de la Corte es en la Capital de la República, la que cambia transitoriamente bajo el lleno de estas condiciones: *a*) por la existencia de graves motivos, que son aquellas circunstancias que dificulten en extremo el desarrollo de sus atribuciones o que hagan más conveniente el cambio, y *b*) acuerdo de la Corte con el Gobierno sobre el particular, lo que hace que la disposición de la variación de la residencia en el fondo sea bilateral,

porque no puede ser hecha en desarmonía con lo último anotado, unilateralmente por el Gobierno o por la Corte.

ARTS. 26, 27 y 28. — Los magistrados tienen suplentes y sus funciones son las de reemplazar a los principales en casos de falta hasta tanto sea llenada la vacante que se presente ya que al operarse la falta no crea una situación definitiva para el suplente que la llena, sino transitoria, que demuestra lo exagerado de exigir al suplente dicha confirmación del nombramiento antes de posesionarse. Por ausencia de los suplentes cabe la designación de un interino por parte del Gobierno. La jurisdicción de la Corte se extiende a todo el territorio de la República a diferencia de la de las otras entidades judiciales que tiene limitaciones específicas, lo que armoniza con su carácter de Tribunal Supremo y se adecúa a las funciones que desempeña.

CAPÍTULO II

ATRIBUCIONES

PARÁGRAFO I. — (Sala Plena)

ARTS. 29, 30 y 31. — Las atribuciones de la Corte en pleno han sido señaladas específicamente por los artículos citados, de notoria claridad, pero sobre ellos se han suscitado discusiones debidas especialmente a la vigencia de los artículos 34 y 62 y otros de la Ley Nº 167 de 1941, como puede verse más adelante. Las funciones de la Corte Plena y en materia penal, las concreta el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal vigente, especialmente en los numerales 5º, 6º y 7º. Con audiencia del Procurador General de la Nación, la Corte decide en pleno sobre la asequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno por inconstitucionales o de las Leyes y Decretos acusados ante ella de inasequibilidad. La Corte en reunión de todos sus miembros debe dar posesión al Presidente de la República cuando no esté reunido el Órgano Legislativo; llamar a quien deba reemplazarlo llegado el caso; dar posesión a quienes hayan de reemplazar al Presidente en receso de las Cámaras, y designar los magistrados de los Tribunales Superiores y los Suplentes, de ternas elaboradas por las respectivas Asambleas (v. Art. 8º, Ley 37 de 1931).

PARÁGRAFO II. — Sala de Casación en lo Civil

ART. 32. — En otros lugares del presente estudio se ve que la Corte, por medio de esta Sala, tiene competencia exclusiva, o sea la llamada plena, para abocar el conocimiento de los recursos de casación y revisión (Arts. 519 y ss., 542 y ss.) de los recursos de hecho por la negación de la concesión del primero (Art. 518, 527) y de las sentencias de origen extranjero cuando se trate de su ejecución en el país (art. 558). Por consiguiente sólo la Sala en mención conoce de los asuntos dichos sin que pueda conocer otra dis-

tinta, pues si lo hace la última, es obvio que se presenta una actuación viciosa, porque la división de la Corte tiene naturaleza sustantiva que apenas puede ser modificada por la legislación y de ninguna manera por la simple voluntad de los particulares o de los magistrados.

Parágrafo III. — Sala de Casación en lo Criminal

Arts. 33, 34 y 35. — Los artículos 42, 556 y ss., 571 y ss. y 183 y ss. del C. de Procedimiento Penal vigente (Ley 94 de 1938) determinan los negocios de que conoce la Sala de Casación en lo Criminal, sin que se entre ahora en su análisis y relación. Por otra parte, la aludida Sala, conoce de las nulidades, apelaciones y consultas en las causas militares; de las colisiones de competencias (Art. 413 C. J. Art. 65 C. de P. P.) que se produzcan, en materia penal, entre varios Tribunales Superiores de Distrito Judicial, entre un Tribunal y un Juzgado perteneciente a diverso Distrito entre Juzgados de diversos Distritos Judiciales y entre la Jurisdicción Ordinaria y la Militar; de los asuntos penales atribuídos a la Corte pero no de los señalados para el conocimiento de la Corte Plena.

Es requisito indispensable para que la Corte conozca de los negocios por delitos comunes cometidos por ciertos funcionarios públicos que al momento de la calificación del correspondiente sumario (Art. 419 y ss. C. de P. P.) tengan la investidura de tales, pues si falta, el conocimiento de los respectivos negocios corresponde a los jueces comunes (Ley 84 de 1931. Ley 50 de 1933, Art. 8º), según las reglas generales. El Código Penal contiene la determinación de los delitos llamados comunes.

Parágrafo IV. — Sala de negocios generales

Art. 36. — De modo privativo corresponde a la Sala de Negocios Generales el conocimiento: De los negocios contenciosos (Art. Nº 195) de los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República (Art. 229, inc. 2º) De los asuntos relativos a la navegación fluvial o marítima, que no sean de naturaleza administrativa y que tampoco provengan de actos normados en el C. de Comercio, sobre esto se tiene que en las atribuciones del Consejo de Estado figura la siguiente del numeral 3º del artículo 34 del C. de Lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941): "De los asuntos relativos a la navegación marítima o fluvial de los ríos navegables, en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sean de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia", todo lo cual guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución Nacional. De las cuestiones que se susciten entre los Departamentos cuando obren en el campo del derecho privado en ejercicio de su personería jurídica, por ejemplo:

en las diferencias surgidas en la ejecución de un contrato celebrado entre ellos sobre un mutuo y en casos análogos. De los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, o de la nacionalidad y su recuperación (Arts. 681 y ss. C. de P.P.). De los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios seguidos por los Recaudadores de Rentas y Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales en ejercicio de la jurisdicción coactiva, cuando valgan más de quinientos pesos, pues esto último tiene base en el artículo 10 del Decreto-Ley Nº 1315 de 1936, basado a su vez en el artículo 14 de la Ley 102 de 1936.

ART. 37. — La mencionada Sala de Negocios Generales conoce en segunda instancia de los negocios de que conocen en primera los Tribunales Superiores, en el ramo civil; de los recursos procedentes de apelación, de hecho y consulta en relación con las providencias de funcionarios nacionales en ejercicio de la jurisdicción coactiva, exceptuando lo anotado antes, y de los demás asuntos señalados en la Ley.

ARTS. 38 y 39. Son también atribuciones de la Sala referida: definir las competencias (Art. 413) suscitadas en cuestiones civiles entre los Tribunales de Distrito, entre ellos y los Tribunales Administrativos, entre uno de los anteriores y un Juzgado de Circuito de distinto Distrito, entre Juzgados de varios Distritos judiciales; conocer de los negocios no atribuídos a otras Salas. El inciso final del artículo 40 señaló la facultad a dicha Sala para conceptuar en relación con el cambio de radicación de los sumarios y causas penales (v. Arts. 58 y 59 C. de P.P.) Como medio de solucionar las colisiones de competencia entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado, el legislador optó por la fórmula de consagrar la definición de ellas con la insistencia de ella, la que parece más racional y ajustada a los fines señalados a la Corte y que por lo menos soluciona los problemas que se presenten.

PARÁGRAFO V. — Sala Civil de Única Instancia. (Ya no existe)

DISPOSICIÓN ESPECIAL

ART. 40. — La Sala Civil de Única Instancia tiene como función privativa conocer de las controversias suscitadas por contratos celebrados por el Estado con cualquier persona, aunque haya transferido sus derechos el primero, total o parcialmente. Es bien comprensible que el artículo se aparta de la norma general que establece dos instancias en los juicios, pero tiene justificación en consideración a los intereses de que se trata y a la naturaleza de esos asuntos. No como podría aparecer a primera vista, aun la persona no contratante o que no sea causahabiente de la misma, tiene facultad para provocar la actuación de la Sala mentada, con relación a determinado contrato, así como lo ha sentado la Corte, refiriéndose a esa clase de juicios: "no solamente cuando son iniciados por los con-

tratantes, sino también cuando son promovidos por terceros que comprueben su interés en relación con la cosa material del contrato, como por ejemplo: la acción intentada por el dueño de un terreno, hipotecado por otra persona a la Nación" (v. G. J. Nº 1943). Según el parágrafo del artículo, la Corte Plena, o cualquiera de sus Salas, pueden imponer sanciones disciplinarias por incumplimiento de sus órdenes, irrespetos en el ejercicio de sus funciones o por motivo de ellas (Art. 188). Además, tiene facultad para resolver sobre las excusas generales o relativas de los conjueces.

PARÁGRAFO VI. — **Sala de Gobierno**

ARTS. 41 y 42. — Esta Sala, integrada por los Presidentes de las otras Salas (Art. 23 inc. final), tiene como función la formación del reglamento para las actuaciones de la Corte, el repartimiento de los negocios y la ordenación de las sentencias; atender el despacho de los asuntos atribuídos a la Corte cuando tienen carácter distinto al judicial y no son de competencia de las otras Salas de la Corporación; rendir los informes pedidos por el Órgano Ejecutivo o el Legislativo y el Procurador General (Art. 189 y 184); informar al Ejecutivo de los vacíos, contradicciones e inconvenientes que se hallen en la aplicación de la legislación y proponer las reformas e innovaciones que considere convenientes sobre el particular. En ello cabe apreciar un aspecto bien especial y trascendente de las funciones de la Corte, de verdadera colaboradora del Órgano Legislativo; oír las quejas que pueden presentar todos los ciudadanos y el Procurador Nacional, por demoras e irregularidades en el despacho de las Salas, conocer de los otros asuntos que le señalen el Código o Leyes especiales. La Sala de Gobierno celebra reuniones normales cada semana y extraordinarias cuando sea convocada por exigencia de las circunstancias.

CAPÍTULO III

REPARTIMIENTO Y SUSTANCIACIÓN DE LOS NEGOCIOS Y MODO DE DIRIMIR LAS DISCORDIAS

ARTS. 43 y 44. — Para una equitativa distribución del trabajo entre los Magistrados de la Corte, se dispone el repartimiento que es hecho agrupando los negocios por clases, distribuyéndolos entre los Magistrados dichos, por turno, en el que se sigue el orden alfabético de sus apellidos, designándolos con sus nombres y apellidos, con las firmas del Presidente y el Secretario (Art. 449 — numeral 4º). Ese turno se utiliza también para señalar el Magistrado que debe conocer del incidente de recusación de otro (Art. 442), el que o los que deben ser llamados en los casos de impedimento, de desacuerdo, para decidirlo etc., y para otros asuntos similares.

ARTS. 45 y 46. — La verificación del repartimiento concreta

para el Magistrado a quien se reparte un negocio, llamado Ponente o Sustanciador, la obligación de impulsarlo cumpliendo las etapas que le sean propias, hasta ponerlo en estado de recibir la decisión de fondo por la Corte o la correspondiente Sala. Por sí mismo pronuncia dicho Ponente los autos de sustanciación e interlocutorios a que haya lugar (Arts. 375 y 376, inc. 3º y 4º) y tiene a su cargo exclusivo, sin intervención inmediata de los demás Magistrados, el adelantamiento (Art. 348) del negocio repartido a él.

ARTS. 47 y 48. — Así como corresponde al Ponente la redacción de los proyectos de las resoluciones que debe dictar la Corte, también es de su incumbencia el nombramiento de peritos (Art. 706), curadores ad-lítem (Art. 242), en los casos previstos por la legislación, a los que él mismo da posesión con las formalidades de rigor.

ART. 49. — El artículo 6º de la Ley 96 de 1936 derogó expresamente el artículo 49 que señalaba a los Magistrados de la Sala de Negocios Generales la obligación de redactar los proyectos en los negocios de que trata el artículo 30. Al presente, en mérito del artículo 1º de la mencionada Ley, esos proyectos son de cargo de todos los Magistrados, siguiendo el turno de que antes se habló, cosa conforme, al parecer, con la igualdad en la distribución del trabajo.

ARTS. 50, 51 y 52. — Las resoluciones de la Corte deben ser firmadas por todos los Magistrados y Conjueces que intervengan en su pronunciamiento, conforme las reglas comunes (Arts. 349, 469) y extendidas en el papel que la Ley indica (Art. 345 — Ley 80 de 1936), dentro de los dos días hábiles siguientes al en que sean acordadas. Su parte resolutiva requiere mayoría absoluta de votos y la motiva o de fundamentación solamente mayoría relativa (Art. 470). De manera corriente las providencias de las Cortes son dictadas por sus Magistrados, pero en determinados supuestos intervienen en ellas los Conjueces (Arts. 57 y ss.), pues luego que en su discusión no se logre la mayoría requerida y de que en nueva discusión de los Magistrados tampoco se logre, se proceda a la designación de Conjuez, por sorteo.

Los Magistrados discordantes están en el deber de consignar claramente su criterio sobre el asunto cuestionado con el objeto de que se limite la actuación de los dirimentes del desacuerdo a los tópicos sobre que se disienta y solamente a ellos.

Sin embargo de que un Magistrado no esté conforme, total o parcialmente, con una providencia dada tiene la obligación de firmarla y la facultad de salvar su voto, lo que vale decir, exponer por escrito su pensamiento sobre el particular, dentro de los dos días siguientes, lo cual se agrega al fallo de que se trate, término que se explica por la necesidad de una actuación breve. Dicho salvamento encuentra justificación en que en estas materias no se obra, ni puede obrarse, al igual que en las votaciones comunes.

Capítulo IV

PRESIDENTE DE LA CORTE

Arts. 53 y 54. — Corresponde al Presidente de la Corte: convocarla, presidir sus audiencias, reuniones en pleno y de la Sala de Gobierno; servir de medio de comunicación de ella con las entidades oficiales y las personas particulares; llevar a su cargo la dirección del orden de la Corte; imponer penas correccionales, previa información sumaria, a los subalternos y litigantes que atenten el funcionamiento ordenado de aquélla; resolver en forma verbal las diferencias de los mencionados y que tengan escasa significación, relativas al despacho de los diversos negocios; vigilar la conservación del archivo, enseres y biblioteca de la misma; ordenar la expedición de copias y desgloses de los documentos y certificaciones (Art. 361); controlar el cumplimiento de sus obligaciones por los otros Magistrados, conminándolos con multas sucesivas hasta de cincuenta pesos cuando sean renuentes a él; asistir diariamente al Despacho de la Corte (Art. 180) y dar cuenta al Vicepresidente en casos de excusa o enfermedad para que lo reemplace; verificar el sorteo de los Conjueces que deben actuar en la Sala Plena; conceder las excusas solicitadas por los otros Magistrados y empleados subalternos para abstenerse de concurrir al Despacho y comunicar el asunto al Presidente de la Sala a que pertenezca el funcionario; conceder licencias a los Magistrados hasta por cinco días en cada mes para no asistir a la Oficina, por causas de enfermedad, a condición de que no sufra perjuicio el despacho de los negocios o su impulso procesal; comunicar al Ejecutivo de las vacantes de Magistrados que ocurran, de su iniciación y terminación, sean accidentales, transitorias o definitivas. El Vicepresidente de la Corte reemplaza en sus faltas, de una u otra índole, al Presidente y, por tanto, llegado el caso, ejerce sus funciones. En el supuesto de falta de uno u otro, para evitar que la Corte quede acéfala, procede la designación de un Presidente provisional, por los demás Magistrados.

Capítulo V

PRESIDENTES DE SALA

Arts. 55 y 56. — Son funciones de ellos: presidir las correspondientes Salas y orientar sus debates con sujeción al Reglamento; verificar el reparto de los negocios a ellas adscritos; llevar a efecto el sorteo de los Conjueces respectivos; velar porque los Magistrados de la Sala y los subalternos llenen a cabalidad sus deberes; amonestarlos en forma privada al respecto y comunicar su incumplimiento al Presidente de la Corte para la aplicación de sanciones disciplinarias, si lo estima menester y visitar cada mes la Oficina de la

Secretaría de la Sala y tomar las medidas conducentes a su más eficaz funcionamiento. La falta del Presidente de la Sala se llena por los otros Magistrados, atendiendo al orden alfabético de sus apellidos.

Ley 67 de 1943.

En este lugar transcribimos algunos artículos de la Ley prementada, que modificó y derogó algunos de los del Código Judicial que fueron vistos, lo que indica la relatividad de lo anotado antes acerca de ellos, trascripción que hacemos sin comentario alguno, por no ser de necesidad el hacerlos:

"ART. 1º — La Corte Suprema de Justicia se compone de diez y seis Magistrados, los cuales tendrán el personal subalterno y las asignaciones correspondientes. La Corte se divide en tres Salas denominadas así:

1ª Sala de Casación Civil.

2ª Sala de Casación en lo Criminal.

3ª Sala de Negocios Generales.

Seis Magistrados integran la Sala de Casación Civil, cinco la de Casación en lo Criminal y cinco la de Negocios Generales.

El Gobierno debe designar, por una sola vez, los Magistrados que hayan de formar las Salas de la Corte en cada período.

La reunión de las tres Salas constituye la Corte Plena.

ART. 2º — La Sala de Negocios Generales tendrá, además de sus actuales atribuciones, las que hoy corresponden a la Sala Plena en lo Civil y a la Sala Civil de única instancia.

ART. 3º — El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500.—) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

CAPÍTULO VI

CONJUECES

ARTS. 57 y 58. — Con la finalidad de solucionar las dificultades que de uno u otro orden pueden surgir y evitar la paralización de la administración de justicia, se crea la institución de los Conjueces, que designa la misma Corte anualmente. El Conjuez ha de llenar las calidades exigidas para ser Magistrado y difiere del Suplente por la forma como se hace el nombramiento, porque la intervención de aquél es limitada a un negocio y porque carece de la amplitud de la del Suplente que actúa etc. Los Conjueces, cuyo número es doble al de los Magistrados de la Corte y a quienes se exige que sean

domiciliados en el lugar que actúa aquélla, no pueden ser empleados en los ramos Ejecutivo, Judicial y del Ministerio Público, ni del Legislativo mientras gocen de inmunidad, con lo que se busca su mayor eficiencia y no se sustrae a otros empleados de sus actividades propias a la vez que no se les permite gozar de doble calidad para ejercer diversas funciones. La institución ha sido seriamente criticada con la alegación de que en cuestiones trascendentales puede influir decisivamente en la orientación jurisprudencial de la República por mero azar, lo que no es aceptable. Sea de ello lo que fuere, la institución es apropiada para su objeto, el cual cumple de modo que puede estimarse satisfactorio, como puede verse en sus múltiples aplicaciones.

ART. 59. — El impedimento no allanado (Arts. 434 y ss.) y la recusación (Arts. 440 y ss.) producen el efecto de separar del conocimiento de un negocio al funcionario con relación al cual concurran y la separación se suple con el Conjuez, pero únicamente en ese negocio, pues la intervención suya es especial y circunscrita a él. Otra de las funciones del citado es la de intervenir en caso de empate de los Magistrados principales sobre un asunto cualquiera, para definirlo, trátase de un auto o de una sentencia. Como puede verse, en esos dos supuestos apenas es viable la actividad del Conjuez, que carece de la generalidad que tiene la de los empleados judiciales propiamente dichos.

ART. 60. — Los Conjueces que intervienen tienen sobre sí las mismas obligaciones de imparcialidad, de actuar dentro de los términos perentorios, de guardar reserva etc. que los Magistrados principales y por lo mismo tienen sobre sí igual responsabilidad a ellos (a los Magistrados). Lo básico al respecto es la circunstancia de que obran en las mismas condiciones que los últimos y que ello es una verdadera garantía de los intereses generales. No obstante la generalidad del artículo, es innegable que la investidura de Conjuez, la que es de voluntaria aceptación, no llega al extremo de ser incompatible con el ejercicio de la abogacía en otros negocios distintos al de que conozca el cojuzgador ya que en puridad de verdad en ellos no cabe tenerlo como empleado y sería exagerado impedirle un ejercicio que es justo, privarlo de medios de subsistencia.

ARTS. 61 y 62. — El Conjuez presta juramento de desempeñar su cargo en forma legal, en lo que se acoge el principio de que para desempeñar funciones públicas es indispensable el juramento previo (Art. 251 C. de Régimen Mpal.). Entre los Conjueces entra a actuar el que indique el sorteo que dispone el artículo, sorteo que es dispuesto con anterioridad y con conocimiento de las partes y público. La omisión de esas condiciones vicia la designación que se haga, por falta de los requisitos previstos, pues, entonces es irregular, carente de mérito para producir efectos en derecho y, por consiguiente, proceden reclamaciones en su contra por parte de los litigantes.

ART. 63. — Prevé la disposición el supuesto de falta de conjueces, por impedimentos, recusaciones, falta de formación oportuna de la correspondiente lista y demás, preceptuando que en ese evento el conjuez o los conjueces que sean necesarios los designa la Sala actuante por mayoría de votos, sin que sean menester una elaboración especial de la lista y sorteo precio, lo cual es adecuado a una breve actuación de suyo favorable a los intereses sociales y particulares. La mayoría referida será la mitad del número de los integrantes de la correspondiente Sala más uno, siguiendo las normas generales.

ART. 64. — Cualquiera que sea el negocio y la decisión en que intervenga el conjuez es de notoriedad inconcusa que su influencia en él es marcada, porque ocupa en aquél la posición de Magistrado y bien especial por cuanto que entra a definir las diferencias existentes entre los Magistrados sobre la decisión que haya de dictarse, de donde se deduce que es fundado por todo aspecto que contra él pesen las causales de impedimento que pesan sobre los otros funcionarios (Arts. 434 y ss.) y que pueda ser recusado (Arts. 440 y ss.) al igual que ellos.

ART. 65. — Por cuanto que las actividades de los conjueces no son permanentes como las de los Magistrados, carecen de remuneración fija y estable como ellos, pero su cargo tampoco es oneroso y, en consecuencia, gozan de honorarios cuando actúan, los que señalan los siguientes decretos ejecutivos: 1278 de 1932; 703 de 1934 y 872 de 1935.

ART. 66. — El Conjuez no sustancia los negocios en los casos en que su intervención es debida a discordancia de los Magistrados, lo cual integra una limitación a las atribuciones suyas, explicable por lo demás, para buscar una marcha más regular de los procesos y porque no existe motivo, en ese supuesto, para separar al Magistrado sustanciador del respectivo negocio.

ART. 67. — Se contempla aquí una ordenación legal en esencia distinta a las normas sobre finalización de períodos de los funcionarios judiciales, las que dan base a su reemplazo inmediato, pues la terminación del período de los Conjueces, que es de un año, no acarrea la sustitución suya, sino son reelectos, siempre que hayan sido escogidos para intervenir en un negocio, y a su finalización, sea de la instancia o el recurso, quedan ligados forzosamente, ante él y las autoridades. Parece que racional y lógicamente cabe la ocurrencia de separaciones lícitas, por licencia, (Art. 9) pongamos por caso, puesto que sería aberrante la obligación de un enfermo al trabajo o la suspensión, sin base legal, del negocio adelantado. pues no a otra conclusión se llega con la negación de lo anotado.

TÍTULO IV

TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL

CAPÍTULO I

PERSONAL

ARTS. 68 a 75. — Para una más eficaz administración de justicia se divide el territorio nacional en Distritos Judiciales en cada uno de los cuales obra un Tribunal Superior, división que es de origen constitucional (Art. 152 Const. Nac.). Los Tribunales Superiores representan una entidad de segundo grado en la jerarquía judicial, inmediatamente subordinados a la Corte Suprema, son integrados por Magistrados designados por la Corte de ternas formadas por las respectivas Asambleas Departamentales (Art. 155 Const. Nac.), quienes deben llenar estas calidades para serlo: ser ciudadanos en ejercicio, haber cumplido treinta años de edad, haber ejercido la abogacía con buen crédito o funciones judiciales o el profesorado en Derecho, por el término mínimo de tres años (Art. 153 ib).

El número mínimo de los Magistrados integrantes de un Tribunal es de tres, lo que no obsta para que la ley pueda hacerlo mayor, pues la determinación de ese número lo deja la Constitución al legislador. En el supuesto que dicho número sea mayor, se dividen los Tribunales en Salas, las que son para el conocimiento separado en el ramo Civil y en el ramo Penal y su reunión forma la Sala de Acuerdo. Cuando una Sala, sea Civil o Criminal, esté integrada por más de tres Magistrados, se forma entonces la Sala de Decisión por el Ponente y los dos Magistrados que le siguen en turno, el que se determina atendiendo al orden alfabético de los apellidos de los Magistrados en propiedad. Esos dos Magistrados forman a su vez la Sala Dual que conoce de los recursos de Súplica (Art. 511). Si el número de los Magistrados es apenas el de tres, ellos por sí forman Sala de Acuerdo y Sala de Decisión.

Los Tribunales, cuyos Magistrados tienen un período de cuatro años, residen en la cabecera del respectivo Distrito Judicial, normalmente, pero, ante situaciones graves, y de acuerdo con el Gobierno, puede variarse transitoriamente esa residencia, y aun sin de acuerdo con el Gobierno en casos urgentes, variación que se sujeta a lo que después el Gobierno resuelva sobre el particular. Las faltas de los Magistrados las suplen los Suplentes, quienes son llamados en forma análoga a los Suplentes de los Magistrados de la Corte. Por último, el personal subalterno de los Tribunales lo determina la ley de Organización Judicial (L. 33/35).

Capítulo II

ATRIBUCIONES

Art. 76. — A los Tribunales les está atribuído, en primera instancia, el conocimiento y decisión de lo siguiente:

1º De los procesos contenciosos en que sea parte el Estado y que tengan por objeto asuntos de derecho privado. Se trata de una atribución exclusiva en consideración a la naturaleza de una de las partes (Art. 155), sin considerar la cuantía, la que no tiene trascendencia en los aludidos casos. Exceptúase de lo dispuesto como regla general en el numeral, lo preceptuado en el artículo 40, los casos de expropiación (Arts. 852 y ss.) y lo dispuesto por el numeral noveno del artículo 152.

2º De los negocios contenciosos en que sea parte un Departamento y en los que se controviertan asuntos de derecho privado, con las salvedades que se anotaron antes. Trátase de una competencia exclusiva que no es susceptible de ser prorrogada y que se señala en atención a la calidad de una parte.

3º De los incidentes de excepciones y las tercerías en los ejecutivos de que conozcan los Recaudadores de Rentas Departamentales y los Jueces Departamentales de Ejecuciones Fiscales, en ejercicio de la jurisdicción coactiva. También conocen los Tribunales de excepciones y Tercerías en los juicios promovidos por empleados nacionales, cuando su cuantía es inferior a quinientos pesos, en mérito del artículo 10 del Decreto-Ley Nº 1315 del 8 de junio de 1936. dictado con apoyo en el artículo 14 de la Ley 102 de 1936. (Esto fué derogado. Ley 67 de 1943).

El Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) sienta las normas sobre conocimiento de los negocios contencioso-administrativos, que no tienen naturaleza puramente civil (Art. 52 ss. ib).

4º El nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), determina la competencia de los Tribunales en materia criminal, en primera instancia (Art. 44 ib.).

Art. 77. — La sentencia definitiva en los negocios de que trata el numeral 1º del artículo precedente es dictada por todos los Magistrados integrantes de la Sala Civil, de suerte que si la forman más de tres todos ellos actúan, notándose en esto una diferencia con los otros negocios de que conocen los Tribunales, los que son fallados en Sala de Decisión, diferencia debida a que la comparencia del Estado en juicio no se asimila o iguala a la de las personas comunes. A no dudarlo, en la hipótesis de que la correspondiente sentencia no sea firmada por todos los Magistrados dichos, se observa una manifiesta irregularidad y la falta de mérito y eficacia completos de ella.

ART. 78. — En segunda instancia conocen los Tribunales de los negocios de que conocen en primera instancia los Jueces Superiores y de Circuito y contra los cuales procedan los recursos de apelación o de hecho y la consulta, de las apelaciones y consultas en los asuntos señalados en el numeral 3º del artículo 76, y de las otras cuestiones que les sean atribuídas (D. Ejvo. Nº 457, de 1933, Art. 2º. Art. 44, ords. 3, 4 y 5 C. de P.P.).

ART. 79. — En Sala de Acuerdo los Tribunales ejercen las atribuciones que se relacionan: elegir Conjueces suyos (Art. 89); designar los Jueces de Circuito, Superiores y de Menores y sus Suplentes; oír y decidir las excusas de los nombrados; presentar los informes requeridos por las Cámaras, el Gobierno, el Consejo de Estado, el Procurador y el Gobernador (Art. 184); definir los casos indicados en el artículo 11; designar, remover, y licenciar a los empleados subalternos, menos a los Escribientes de cada Magistrado, a quien corresponde ejercer atribuciones al respecto; resolver las dudas que ocurran en la organización de los Juzgados de su jurisdicción; formar los reglamentos para el funcionamiento suyo etc. Además, formar las ternas para Notarios y Registradores (Art. 12, Ley 14 de 1887), en las que han de seguirse las reglas vigentes sobre el asunto (Ley 47 de 1936). No sobra advertir que en la designación de los Jueces deben tener en cuenta la participación proporcional de los partidos.

ARTS. 80 y 81. — Cuando los Tribunales están organizados en dos Salas a la Civil corresponde la designación de los Jueces en ese ramo; a la Penal los del ramo penal, los Superiores y los de Menores y a la de Acuerdo la de los Promiscuos. La base de esas designaciones es la mayoría de votos (Arts. 6 y 7, Ley 23 de 1912). Es de completa evidencia y razón que a la sala Penal compete actuar en relación con los asuntos de esa naturaleza.

ART. 82. — Fuera de lo que queda anotado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conocen y deciden:

1º De las apelaciones interpuestas contra las sentencias de los Jueces Superiores y de Circuito, cuando contra ellas procede el recurso de apelación (Art. 490), lo mismo que cuando ese recurso procede y se interpone contra los autos interlocutorios.

2º De las consultas que les sean formuladas por los funcionarios mencionados en los casos previstos en la legislación. En materia civil la consulta ha sido establecida restrictivamente (Art. 508), hasta el punto que cabe aseverar que no es una institución de carácter general y que tiene más amplitud en cuestiones penales (Arts. 184 y conc. C. de P. P.).

3º De los casos de encuentro en competencias (Art. 413) no atribuídos a la Corte Suprema ni a los Jueces.

4º De los impedimentos (Art. 434) y recusaciones (Art. 440) de los Magistrados, Conjueces y Secretarios.

5º De la tasación de costas confeccionada por el Secretario

(Art. 581), a menos que se trate de apelación de autos interlocutorios, porque entonces el escribiente del Magistrado sustanciador las tasa y éste resuelve sobre ellas.

6º De las sanciones de multa y arresto imponibles a quienes desobedezcan sus órdenes, falten al respeto debido en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas (Art. 188).

Capítulo III

MODO DE EJERCER LOS TRIBUNALES SUS ATRIBUCIONES

Art. 83. — Para una correcta división del trabajo de acuerdo con su reglamento, los Tribunales deben verificar semanalmente el reparto de los negocios de que conocen, el que se hace bajo la actuación de su Presidente (Art. 449, núm. 4º), mas su omisión o práctica irregular no acarrea nulidad. Dicho repartimiento es análogo al ordenado con relación a los Magistrados de la Corte, los Jueces Superiores, los de Circuito y los Municipales.

Art. 84. — En los negocios que deben ser fallados en Sala de Decisión el Magistrado a quien se reparten se llama Ponente o Sustanciador y al mismo incumbe dictar los autos de sustanciación e interlocutorios y elaborar y presentar a los otros integrantes de la Sala los proyectos de las sentencias que deben dictarse (Arts. 375 y 376.) En los asuntos que se deciden en Sala Plural (Art. 79 v.g.) el Ponente tiene sobre sí el deber de presentar el proyecto de acuerdo, auto o sentencia. En los demás eventos el Magistrado a quien se reparte el negocio conoce de él individualmente, o sea, sin intervención de los otros, menos si el respectivo negocio es conocido en primera instancia por el Tribunal, puesto que en tal supuesto las providencias interlocutorias son dictadas por la Sala de Decisión y, además, recurribles ante la Corte.

Art. 85. — La falta de decisión mayoritaria de un negocio genera el llamamiento a su conocimiento de los otros Magistrados de la misma Sala, por turno, para obtener la mayoría requerida, o de uno o varios Conjueces que sean menester. De forma que la Sala Penal no puede llamar a Magistrados de la Civil, o a la inversa. Los Tribunales y sus Magistrados están sujetos a lo dispuesto en los Arts. 50, 51 y 52, los cuales ya fueron vistos.

Art. 86. — El Ponente o Sustanciador preside las audiencias que deben practicarse ante la Sala de Decisión, con asistencia de sus miembros, en determinados asuntos, por ejemplo los indicados en los Arts. 760 y siguientes. Si realmente no las preside quedará viciada la audiencia de que se trate como es obvio, no se tendrá como llevada a efecto.

Art. 87. — Las providencias contra las cuales pueda interponerse el recurso de casación (Art. 519 ss.) o de apelación ante la

Corte Suprema (Arts. 84 —parte final— 490 y ss., 37), deben ser dictadas siempre en Sala Plural.

ART. 88. — Lo dispuesto sobre dignatarios de la Corte Suprema y sus funciones es aplicable, por analogía, a los de los Tribunales Superiores.

CAPÍTULO IV

CONJUECES

ARTS. 89 y 90. — Para colaborar con los Tribunales Superiores, existen los Conjueces que ellos mismos designan y quienes deben tener las calidades exigidas para desempeñar el oficio de Magistrados, y su número es igual al duplo del de los Magistrados del respectivo Tribunal. En caso de división del último en Salas, cada una de ellas goza de atribución para designar sus Conjueces. En atención a lo dispuesto en el inciso segundo del último artículo, nos remitimos al estudio de los Conjueces de la Corte (Arts. 57 y ss.)

Ley 67 de 1943

Antes de seguir adelante debemos advertir expresamente lo siguiente: Con respecto al ordinal 3º del artículo 76 del Código tenemos que fué derogado por el artículo 4º de la precitada Ley, el que atribuyó el conocimiento de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y de tercerías que se susciten en los procesos seguidos por jurisdicción coactiva a los Tribunales Administrativos, artículo de este tenor:

"ART. 14. — En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos ($ 500.—)."

"Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos ($ 500.—) o más."

TÍTULO V

JUZGADOS SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL

CAPÍTULO I

PERSONAL

ARTS. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98 y 99. — Los Jueces Superiores de Distrito Judicial son designados por los respectivos Tribunales para períodos de dos años que empiezan a correr el primero del mes

de Julio (Art. 12) al igual que el de los Jueces de Circuito; sus atribuciones se concretan especialmente a cuestiones de índole criminal y a pesar de la forma como se les llama, ocupan igual grado en la jerarquía judicial que los Jueces de Circuitos mencionados, los que no les están subordinados, pues de los recursos propuestos contra las providencias dictadas en los negocios cuyo conocimiento les corresponde conoce el Tribunal y en manera alguna los Jueces Superiores. Éstos tienen dos suplentes que los reemplazan en sus faltas, a menos que en un mismo lugar haya varios, pues entonces se suplen entre sí y únicamente cuando ello, por uno u otro motivo, no pueda verificarse, actúan los suplentes, cuya falta ocasiona la designación de un interino por el Tribunal. Cuando en un mismo lugar funcionan varios Juzgados Superiores, deben hacer repartimiento de los negocios a fin de repartir equitativamente el trabajo y, análogamente a lo dispuesto en el artículo 25. Por causa de conveniencia social el Gobierno, previo concepto del Tribunal, tiene la facultad de trasladar la residencia de uno de ellos, si son varios en la capital del respectivo Distrito Judicial, o parte diferente, pero en todo caso comprendida por el Distrito de que se trate. De donde se infiere que esa facultad del Ejecutivo es condicionada y que carece de la calidad de absoluta. Los Jueces Superiores, cuyo personal subalterno es señalado por la ley, requieren para ser nombrados las mismas calidades que los Jueces de Circuito.

Capítulo II

ATRIBUCIONES

Arts. 100, 101 y 102. (Art. 45 C. P. P.) — Conocen los Jueces Superiores, con intervención de Jurado, de los siguientes asuntos, salvo que su conocimiento haya sido atribuído a fuero especial:

a) Traición a la Patria; *b*) Delitos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la Nación; *c*) Piratería, rebelión, sedición, asonada; *d*) Peculado, concusión, cohecho y prevaricato; *e*) Falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores, falsificación de sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales; falsedad de documentos; *f*) Incendio, inundación y otros delitos que envuelven un peligro común; *g*) Violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores; *h*) Rapto, incesto; *i*) Homicidio, aborto, duelo, abandono y exposición de niños, y *j*) Hurto, robo, extorsión, chantaje, estafa y abuso de confianza, cuando la cuantía sea de mil pesos o más. También conocen los Jueces Superiores de los delitos comunes cometidos por eclesiásticos, conforme la Ley 34 de 1892, y sin intervención de jurado. El aludido conocimiento, como el de los otros Jueces, se limita en los casos atribuídos a los Jueces de Menores (Art. 46 C. de P. P.). El Código

de Procedimiento Penal también regula las otras atribuciones de los Jueces Superiores en materia criminal.

ART. 103. — Omitiendo relacionar ciertas actividades de orden penal que desarrollan los Jueces Superiores, procede anotar que deben reglamentar el trabajo en sus oficinas, nombrar, remover, licenciar a los subalternos, admitir sus renuncias y demás, que tienen la facultad de imponer sanciones correccionales en las mismas condiciones que los Jueces del Circuito etc. (Ley 4ª de 1943.)

TÍTULO VI

JUZGADOS DE CIRCUITO

CAPÍTULO I

PERSONAL

ARTS. 104, 105, 106, 107 y 108. — La segunda división Territorial de la administración de justicia es en Circuitos judiciales (Ley 33 de 1935), en cada uno de los cuales hay uno o varios Jueces que ejercen jurisdicción dentro de sus límites, con los que colaboran los subalternos que determina la Legislación. El lugar de residencia y despacho habituales de dichos Jueces es la cabecera del Circuito, siempre en un Municipio, la que no pueden cambiar por sí mismos, puesto que tal cambio es una atribución de la ley. Los Jueces de Circuito, que designan los Tribunales respectivos, tienen dos suplentes y un período de duración de su empleo que es de dos años, a partir del primero del mes de julio, posterior a su elección (Art. 12.) Como está dispuesto en el artículo 97, cuando en un Circuito existen varios Jueces el conocimiento de los negocios se realiza previo repartimiento que deben hacer semanalmente, pero su omisión no produce nulidad (Art. 449, núm. 4º.) En caso de falta por impedimento o recusación (Arts. 434 y ss.) reemplazan al que falte los otros Jueces del mismo Circuito, dentro de su mismo ramo, es decir, al Juez Civil lo reemplaza uno del mismo orden y análogamente al Juez Penal. La ausencia de los principales propicia la intervención de los suplentes únicamente y si ellos también faltan, procede el nombramiento de un Juez ad-hoc. Los Juzgados de Circuito ocupan la segunda escala, en orden ascendente, en la administración de justicia y son subordinados directos de los Tribunales, y su desempeño exige el ejercicio de la ciudadanía, buena reputación y versación en la ciencia del derecho (Art. 157 Const. Nac. — Art. 4º inc. 2º C. J. — Ley 62 de 1928 — Ley 21 de 1931 y Decreto Ej. Nº 999 de 1932.)

Capítulo II

ATRIBUCIONES

Art. 109. — Los Jueces de Circuito tienen jurisdicción y competencia para conocer, en primera instancia:

1º. De los negocios Contenciosos (Art. 195) en que no se ventilen asuntos contencioso-administrativos (Ley 167 de 1941) y sea parte un Municipio. Es ésta una competencia por razón de la naturaleza de una de las partes, de carácter improrrogable, que tiene como excepción lo dispuesto en el artículo 846 (Ley 45 de 1939);

2º De los Juicios Contenciosos entre particulares, cuando sean de mayor cuantía (Arts. 735, 196, 154, 195) pero exceptuando, claro está, lo dispuesto en el artículo 120;

3º De los asuntos llamados de jurisdicción voluntaria que más adelante se estudia (Art. 195), como son la habilitación de edad, las sucesiones, la venta de derechos inmuebles de personas menores de edad, etc., en lo que cabe ver una competencia exclusiva, aunque es cierto que se exceptúan las sucesiones de menor cuantía;

4º De los incidentes sobre excepciones y las tercerías en los negocios adelantados por los Recaudadores Municipales en ejercicio de la jurisdicción coactiva;

5º De los juicios de expropiación aún cuando sean parte en ellos el Estado o los Departamentos (Arts. 852 y ss.) He allí una determinación absoluta, que no atiende a la calidad de las partes ni a la cuantía;

6º De los procedimientos de amparo de pobreza (Arts. 584 ss.), sin consideración a las partes ni a la cuantía de la futura acción etc.

7º Los asuntos de divorcio y nulidad de matrimonio civil (Art. 872 ss.), en lo que puede verse también una atribución perentoria y exclusiva de competencia.

En su lugar se verán los casos de la llamada "atracción de fuero" que son aquellos en que conocen los Jueces de Circuito de asuntos Contenciosos de menor cuantía.

Art. 110. — El artículo ha sido subrogado por el artículo 47 del C. de P. Penal vigente, el que señala las atribuciones de los Jueces de Circuito en materia criminal (Ley 4ª de 1943.)

Art. 111. — Los Jueces de Circuito poseen atribuciones para conocer en segunda instancia, de los siguientes:

De las cuestiones atribuídas en primera instancia a los Municipales (Arts. 119 y 120) cuando contra ellos proceden los recursos de apelación (Arts. 490 ss.), de hecho (Arts. 513 ss.) o la consulta (Arts. 508 ss.) y de las apelaciones en los procesos por jurisdicción coactiva adelantados por Funcionarios Municipales y de las consultas a que den ocasión.

Art. 112. — Además de las atribuciones que se dejan relacionadas, los Jueces aludidos tienen éstas:

1º Practicar, a prevención con los Municipales, a condición de que no haya oposición de parte y que no sea función señalada a otras autoridades, las diligencias que sean necesarias v.g. la prevista por el artículo 895;

2º. Definir las competencias promovidas entre los Jueces Municipales o entre ellos y las autoridades policivas (Arts. 413 ss.);

3º Suministrar y solicitar los informes necesarios para la buena administración de justicia, entre los cuales puede contarse la rendición trimestral de la cuenta de los depósitos de su Oficina (Dto. Ej. 1115 de 1940), el informe mensual sobre movimiento de empleados, etc. (Art. 184);

4º Nombrar y remover, con entera libertad, los empleados subalternos, concederles licencias, etc.;

5º Formar la reglamentación del Juzgado y examinar el que forma el respectivo Secretario (Art. 121, núm. 16);

6º Imponer multas hasta por diez pesos ($ 10.—) o arresto hasta por cinco días, a quienes desobedezcan sus mandatos o les falten al debido respeto, sea en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas (Art. 188), lo que en el fondo es manifestación de la jurisdicción disciplinaria, etc. (Arts. 6 y 7 Ley 40 de 1932; Decretos ejecutivos 457 de 1933, 540 de 1934 y 685 del mismo año y Ley 94 de 1938.)

Antes de seguir adelante cumple expresar que por mérito de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, quedó derogado el numeral 4º del artículo 109, puesto que en la actualidad el conocimiento de las apelaciones, incidentes y tercerías que ocurran en negocios seguidos en ejercicio de la jurisdicción coactiva a nombre de los Municipios, corresponde a los Tribunales Administrativos.

TÍTULO III

JUZGADOS MUNICIPALES

CAPÍTULO I

PERSONAL

ARTS. 113, 114, 115, 116, 117 y 118. — En cada uno de los Municipios de la República debe haber por lo menos un Juzgado Municipal, lo que no obsta para que los Consejos puedan crear varios (Art. 195 Const. Nac.). La designación de los Jueces respectivos y sus suplentes es atribución de los mismos Concejos, los cuales también tienen atribución para dividir el conocimiento de los diversos asuntos entre varios jueces, así por ejemplo, pueden atribuir a unos los asuntos penales y a otros los civiles, a unos el conocimiento de los asuntos de mínima cuantía y a otros los de menor etc., para designar interinos llegado el caso, atribución ésta que ejerce el Al-

calde respectivo cuando el Concejo de que se trate no esté en actividad, pues no puede paralizarse el servicio público y él es la autoridad más apropiada para llenar la falta que se presenta en esos supuestos.

Por otra parte, conviene anotar que las aludidas atribuciones de los Concejos (Art. 169 núm. 12 C. de R. P. y Mpal.) no llegan hasta facultarlos para imponer a los Jueces la obligación de actuar fuera del lugar de su residencia habitual, o sea, la de trasladarse por varios días a otro lugar con el fin de recibir demandas etc., porque tal cosa contraría los fines de la justicia, da a los jueces un carácter ambulatorio, por decirlo así, que únicamente puede señalar la ley y no el simple acto de un Concejo, un Acuerdo. Las atribuciones suyas se concretan en la designación de los jueces y división de funciones entre ellos, pero de ninguna manera en el señalamiento de la forma cómo deben actuar, el que corresponde a la ley.

Para ser Juez Municipal, cuyo período es de un año, a partir del primero del mes de agosto siguiente a su elección, no se requiere otra condición que la de ser ciudadano en ejercicio (Art. 157, inc. 2º Const. Nac.) disposición que siempre ha sido conservada a pesar de las múltiples reformas sufridas por la Constitución de 1886, pero que al presente debe desaparecer, especialmente en relación con los Jueces de capitales de los Departamentos, pues esa disposición, aún cuando sea tradicional, no tiene justificación alguna en los tiempos presentes, como tampoco la tiene la atribución dada a los Concejos para el nombramiento de los jueces en mención, según lo demuestran la experiencia que existe en la República y los principios que informan la organización judicial, pues en la práctica se ha visto que esa atribución ha sido ejercida con criterio partidista y personalista que es eminentemente contrario a la escogencia acertada de los funcionarios judiciales (Ley 33 de 1935.)

Es de clara comprensión que los Jueces Municipales son empleados del respectivo Municipio, que no tienen el carácter de nacionales como los otros, que ejercen jurisdicción únicamente dentro de los límites territoriales del Distrito en donde sirven y que ocupan el primer grado, en línea ascendente, en la jerarquía judicial.

Capítulo II

ATRIBUCIONES

Art. 119. — Son atribuciones de los jueces municipales:

Juzgar en una sola instancia los asuntos contenciosos que se presenten entre particulares, que sean de mínima cuantía (Art. 735, 774 y ss.) y no de menor como lo expresa el artículo, ya que ello armoniza con otras disposiciones del Código y es conforme con las divisiones que el mismo establece.

Conocer en primer instancia de los asuntos contenciosos entre

particulares y de las sucesiones, que sean de menor cuantía que, por tanto que no sean de mínima (Art. 735.) De forma que en lo anotado cabe ver un caso de negocio de jurisdicción llamada voluntaria atribuído a los jueces municipales.

Llevar a efecto diligencias en las cuales no haya oposición de parte, de carácter no contencioso, como la aposición de sellos en los bienes de una sucesión, y en ellas no se hace consideración especial de la cuantía (Art. 894). Dicha atribución es de carácter preventivo, por lo cual si el Juez de Circuito inicia su verificación desaparece en el asunto concreto la facultad del municipal. Además, conocer de los negocios sobre bienes mostrencos que valgan menos de trescientos pesos (Art. 846). Ésas son las atribuciones suyas en materia civil propiamente.

En materia criminal, el C. de Procedimiento Penal vigente (Ley 94 de 1938) determina la competencia de los Jueces Municipales (Arts. 48, 55, 183 ss. y conc. ib. — Ley 4 de 1943.)

En materia general, los Jueces Municipales tienen facultad de imponer multas hasta de cinco pesos o arresto hasta por veinticuatro horas a quienes les falten el respeto por razón de sus funciones o desobedezcan sus órdenes (Art. 188), lo que implica la jurisdicción disciplinaria. Por último, gozan de la facultad de designar sus subalternos, de concederles licencias, de resolver sobre sus renuncias, etc. (Ley 45 de 1939.)

ART. 120. — No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, los jueces de la capital de la República conocen de negocios contenciosos y de sucesiones que tengan un valor hasta de mil pesos y los de cabecera de Distrito Judicial de los que alcancen hasta quinientos pesos, lo cual no desnaturaliza o cambia la cuantía de tales negocios, de suerte, que si pasan de trescientos pesos serán de mayor cuantía (Art. 735, 737, 154 y 196) y reciben la tramitación que a los de su clase corresponde. No sucede lo mismo con los negocios que no sobrepasen de cien pesos en la capital de la República o de cincuenta en las cabeceras de Distrito Judicial, pues ellos son tramitados como de mínima cuantía (Art. 774 ss.).

TÍTULO VIII

SECRETARIOS Y SUBALTERNOS

ART. 121. — Fuera de los jueces y magistrados existe una clase de funcionarios subalternos de ellos —secretarios, oficiales, porteros— que no ejercen jurisdicción propiamente sino funciones secundarias a las de los primeros, clase necesaria al mejor funcionamiento de la administración de justicia. Los Secretarios son los encargados de servir de medio de comunicación entre los jueces y magistrados y los sujetos particulares, de autenticar con su firma las providen-

cias que se dictan (Art. 349), de verificar las notificaciones, etc., guardar los elementos de las respectivas oficinas, de llevar los libros, etc., etc. Aun cuando aquí no se entra a detallar cada una de las funciones y obligaciones señaladas por el Código en sus diversos artículos a los secretarios, conviene anotar que debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 21 de 1931, reglamentaria del ejercicio de la abogacía.

ART. 122. — Los oficiales mayores suplen la falta de los secretarios, sean accidentales, temporales, o absolutas hasta tanto entren de nuevo a ejercer sus funciones o son reemplazados, sin que se requiera designación y posesión especial para suplir esas faltas en los respectivos negocios, porque la única condición de la actuación de los oficiales es la falta del Secretario en un momento determinado.

ART. 123. — La ausencia de oficial mayor, y la falta accidental del secretario, determinan la designación de un secretario ad-hoc, el que no adquiere funciones permanentes con relación a todos los negocios, la que debe hacerse por el juez, el magistrado o el Tribunal, según el caso.

ART. 124. — Los oficiales mayores, escribientes y porteros desarrollan sus obligaciones bajo las órdenes y control inmediatos de los secretarios, lo que no excluye, como es obvio, la intervención de los jueces y magistrados sobre el particular.

ART. 125. — Los porteros tienen a su cargo el llamamiento y citación de las personas que deben comparecer al despacho en donde sirvan y el cumplimiento de las órdenes que reciban para el lleno de sus deberes, lo que no obsta para que los llamamientos puedan ser hechos por los otros empleados o por la policía, llegado el caso.

ART. 126. — La Corte Suprema, los Tribunales y los Jueces tienen la facultad de conceder licencias a sus respectivos secretarios y subalternos hasta por noventa días, las que pueden renunciarse por los interesados, y por otros noventa en caso de enfermedad, en lo cual se observa una marcada diferencia con lo preceptuado en el C. de Régimen Político (Art. 291 C. R. P. y M.)

ART. 127. — Los secretarios y subalternos no pueden ser parientes entre sí dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad (Arts. 35 ss., 47 C. C.), ni de quienes los nombran ni de los otros magistrados del respectivo cuerpo, en lo cual se busca evitar el nepotismo (v. D. E. § 212 de 1932.)

ART. 128. — Los secretarios son auxiliares de los jueces y magistrados en los negocios de que los últimos conocen y tienen la facultad de dar fe acerca de los negocios dichos. Con todo, ese carácter está lejos de investirlos de facultad bastante para llegar a sustituir en los diversos asuntos a sus superiores inmediatos o recibir de ellos delegación de sus funciones sobre el fondo de los litigios.

ART. 129. — Al presente, para el desempeño del empleo de secretario no se requiere otra condición que el ejercicio de la ciudadanía, en su plenitud, además, al igual que sus superiores, los secretarios

deben guardar completa imparcialidad en el adelantamiento de los negocios.

ART. 130. — Los secretarios, oficiales, escribientes y porteros cargan con la obligación de guardar absoluta reserva acerca de los negocios de que conozcan, antes de la oportunidad de darse a conocer determinados actos y su violación, aparte de responsabilidad penal, les acarrea la pérdida del empleo. (Art. 183.)

ART. 131. — El relator de la Corte tiene como deber extractar las doctrinas jurisprudenciales de ella y la de los Tribunales que sean publicadas, dirigir la Gaceta Judicial, formar sus índices y tener a cargo suyo la biblioteca de aquélla, y, por último, ordenar las labores del ayudante bajo su dirección.

ART. 132. — Tiene la Corte Suprema, a diferencia de los Juzgados, un Archivero, quien debe cuidar de la conservación y arreglo de las diversas diligencias de que haya conocido o de que conozca ella, el que no está bajo las órdenes inmediatas del Secretario como la generalidad de los empleados subalternos, sino de las del Presidente de la Corte. En los Tribunales y Juzgados la guarda del archivo es función de los secretarios, a menos que el Gobierno, en uso de la facultad que le está atribuída por la última parte del artículo, resuelva crear en ellos o para ellos el empleo de archivero.

TÍTULO IX

JUECES COMISIONADOS

ART. 133. — En las actuaciones judiciales la comisión —acto por el cual una autoridad ordena a otra la ejecución de diligencias que le corresponden cumplir a la primera, delegándole las atribuciones que tenga sobre el particular— es institución necesaria en orden al logro de una actuación rápida y eficaz, de economía de tiempo y gastos. La comisión presupone el ejercicio de la jurisdicción de quien la confiere en un negocio determinado, ya que sin él mal puede estar autorizado para conferirla, y tiene por finalidad inmediata lograr la solución de las obligaciones propias del comitente. La institución en referencia opera con relación a los funcionarios del orden judicial y a los del orden político, en lo que cabe apreciar una amplitud especial de ella, la cual no llega tampoco a permitirles a los funcionarios la delegación completa o general de sus atribuciones, de tal suerte que carecen de facultad para encomendar a otro el pronunciamiento de sentencias, la tramitación común de los litigios, la concesión de recursos etc., en general. En puridad de verdad la comisión tiene por contenido la ejecución de actos previamente ordenados, como por ejemplo una notificación, una entrega, la recepción de un testimonio, la práctica de una inspección ocular y demás asuntos similares.

La comisión se confiere atendiendo a la igualdad en la organización judicial de uno u otro funcionario o a la inferioridad del comisionado, pero en ningún caso cabe conferirla a un funcionario judicial de mayor categoría, puesto que el inferior no puede delegar al superior, como es claro. La calificación inmediata del desempeño de la comisión corresponde al comitente, quien posee facultad para ordenarlo de nuevo en el evento de que no sea satisfactorio o ajustado al texto de ella. Por lo común el comisionado apenas desempeña una actuación que pudiera llamarse mecánica, orientada a ejecutar las disposiciones del comitente de cuyo cargo son las providencias de fondo y lo antecedente al exacto lleno de la comisión, lo que no obsta para que el comisionado designe peritos llegado el caso, los posesione y demás (Art. 714.) Quizá el único caso en que el comisionado cumple la comisión con una resolución de fondo sea cuando se trate de una diligencia de deslinde (Art. 862 y ss.) en atención a que la determinación de la raya divisoria de los predios entraña una decisión de esa naturaleza.

En el afán de que las pruebas sean practicadas por los funcionarios conocedores de los respectivos negocios les impide la parte final del artículo comisionar para la práctica de pruebas en el lugar de su asiento o residencia, impedimento que se refiere más concretamente a los del ramo civil, por cuanto que a los del penal no se les prohibe comisionar en la instrucción de los sumarios (v. C. de P. P.) En los casos contemplados por la legislación sobre Régimen de Tierras tampoco pueden comisionar los jueces, esto es, para la verificación de lanzamientos por ocupación de hecho en predios rurales (Art. 17 Ley 200 de 1936 y Dto. Evo. 59 de 1938 — Art. 62.)

Art. 134. — La comisión no puede conferirse con abstracción de las atribuciones que tenga el comisionado, mejor dicho, se requiere que tenga jurisdicción, sea judicial o política, en el lugar de ejecución de aquélla, porque ella apenas implica una extensión de sus atribuciones, pero condicionada a ese lugar, pues no cabe conferirla a quien carezca de capacidad para cumplirla por carecer también de una investidura legal. En la hipótesis de que el comisionado carezca de jurisdicción está en el deber de pasar inmediatamente el respectivo despacho o exhorto a quien esté investido de ella, sin previa consulta con el comitente u otros actos análogos, por cuanto que el espíritu de la ley persigue una actuación rápida que no armoniza con las dilaciones de las consultas previas y demás, lo cual no es óbice para que informe al comitente de lo sucedido. El lleno del aludido deber es acto normal en el cumplimiento de lo dispuesto en la legislación y no da margen para considerar la existencia o verificación de una subcomisión, pues en buena técnica procesal cabe considerarle entonces que la comisión fué conferida a quien se pasa el despacho correspondiente, por lo mismo que el carente de jurisdicción propia en realidad no delega ninguna función.

ART. 135. — La comisión de que se trata tiene carácter restricto, o sea, es especial por oposición a lo que pudiera llamarse general. Por ello la actuación del funcionario comisionado ha de limitarse precisamente al texto de la comisión conferida, así cuando se le encomienda la práctica de una inspección ocular carece de atribuciones para tramitar incidentes de tachas de peritos, para conceder recursos, etc., cuando se le comisiona para una diligencia de remate, es falto de atribuciones para surtir la aprobación del remate y la actuación posterior. No obstante, aunque el texto de la comisión no lo diga, tiene el comisionado todas las facultades del juez comitente en lo que hace relación a la efectiva realización del encargo que éste le haya hecho, por lo que puede practicar allanamientos (Art. 428), tomar medidas dirigidas a que no se malogre, solicitar apoyo de la policía, imponer multas (Art. 188), puesto que obra en lugar suyo.

El comisionado debe procurar ante todo ceñirse a la materia de la comisión, so pena de incidir en la llamada usurpación de funciones y no debe admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución de las providencias judiciales, lo cual debe aplicarse en armonía con otras disposiciones del Código cuyo desacato las haría ineficaces en la práctica con mengua de los principios de la legislación (Art. 552, 882, 881, 883, 884, 1110.) Por tanto, la aplicación del inciso final del artículo es condicionada por otras disposiciones de la legislación y carece de un alcance absoluto. Claro es que en los casos previstos en los artículos citados el comisionado debe suspender la ejecución del encargo hasta tanto recaiga la decisión del incidente provocado si es el caso.

Es de prudencia que el comisionado consulte en los casos de duda con el comitente para evitarse responsabilidades, ya que el último tiene facultad para resolver esas dudas, aún cuando no lo diga, expresamente la ley, lo que se apoya en el aforismo siguiente: quien puede lo más, puede lo menos. El primero citado obra en lugar del segundo y por ello es jurídico que use de medios para saber en realidad hasta donde alcanza su encargo, qué conducta debe seguirse.

ART. 136. — Los comisionados por el hecho de serlo no quedan exentos de responsabilidad, puesto que siempre obran investidos de autoridad y de ahí que deban responder por las omisiones o extralimitaciones en que incurran en el cumplimiento de las comisiones y solamente en relación con ellas y el último, puesto que la responsabilidad del comitente tampoco los liga. Por tanto, con respecto a la comisión tienen todas las obligaciones de funcionarios públicos y las sanciones correspondientes a su incumplimiento.

ARTS. 137, 138 y 139. — La calidad de comisionado no descarta por sí misma el que quien la tiene sea comprendido por las causales de impedimento señaladas en el Código (Art. 434 ss.) y por eso

cuando el comisionado es comprendido por una de tales causales debe pasar la comisión a quien deba reemplazarlo, sin espera de las tramitaciones señaladas para los otros casos. La manifestación de impedimento inexistente acarrea a quien la hace sanciones penales.

De la misma manera como son impelidos, procede la proposición de recusación (Art. 440 ss.) contra los comisionados que no se manifiesten impedidos, con igual razón que con relación a los comitentes, pero sin que se opere por la recusación suspensión de las funciones del comisionado en lo cual cabe observar una modalidad especial de la recusación en mención.

El secretario del comisionado es recusable ante él, como en los casos comunes (Art. 446) y está obligado a declararse impedido y es reemplazable con el oficial mayor del Despacho y en defecto del último con un Secretario ad-hoc que designa el mismo comisionado.

ART. 140. — En gracia de una rápida actuación, los comisionados están en el deber de actuar prontamente, en el término legal o en su defecto en el señalado por el comitente (Art. 367), en el despacho de las respectivas comisiones, sobre lo cual debe advertirse que hay que tener en cuenta los eventos de suspensión de términos (Arts. 369 y 370.) Ciertamente, la omisión o el incumplimiento de los términos ocasiona sanciones al comisionado, multas imponibles por su superior inmediato previa audiencia del inferior y en término preciso que se le debe fijar, en beneficio del Tesoro Nacional, y las cuales no excluyen las responsabilidades penales, puesto que son aplicables sin perjuicio de éstas. El espíritu del artículo es encomiable y plenamente fundado, pero, hay que lamentarlo, en la práctica se observa que es de aplicación escasa, y que las comisiones en los más de los casos son medios propicios a dilaciones de los procesos.

ART. 141. — La práctica de diligencias en Estado extranjero requiere subordinación previa a lo dispuesto en los tratados públicos, las leyes y los principios del Derecho Internacional. Sobre la materia hay que tener presente la Resolución del 20 de marzo de 1925, emanada del Ministerio de Relaciones Exteriores, que exige que para el envío al Ministerio es requisito previo la autenticación por el Gobernador o el Intendente de las firmas de los funcionarios que suscriban el despacho o el exhorto y también que en caso de que se trate de asunto civil la persona interesada autorice al funcionario diplomático o consular para contratar los servicios del abogado necesario en la respectiva diligencia. Debe designarse, además, la persona comisionada para los pagos a que haya lugar.

BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

TÍTULO X

LA COMPETENCIA

ART. 142. — La definición de las controversias sobre derechos y la constatación de ellos es atribución exclusiva del Estado, la que se reconoce a través de la evolución secular de dicha entidad, pues es necesaria a la regular existencia del orden social y del derecho particular, porque sin ella la estabilidad del último sería ninguna, pues quedaría sometido a la voluntad arbitraria de cada sujeto, haciéndolo depender en último término de la fuerza, lo que repugna a las verdaderas concepciones jurídicas. Ciertamente, esa facultad general, que recae sobre los sujetos, sean nacionales o extranjeros ya que los últimos sobre el particular no gozan de privilegios, pertenece al derecho público, se ejerce por medio del órgano judicial el que se subordina a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, en garantía de las personas, para que no sea convertido en institución incierta y arbitraria. La aludida facultad es lo que constituye la llamada jurisdicción, la que se deriva de las voces latinas *jus dicere* o *jurisdictione,* origen etimológico que hace manifiesto cuál es el fin del ejercicio de la jurisdicción: el reconocimiento del derecho, a diferencia de la finalidad del órgano legislativo que es la creación de la ley.

La jurisdicción puede ser:

Ordinaria, que corresponde a las entidades comunes del órgano judicial y con relación a todas las personas.

Especial, que atiende a la calidad de algunas personas o de ciertos negocios, por vía de excepción, pero en realidad es apenas manifestación de la primera.

Contenciosa, que se actualiza cuando entre los individuos hay controversia, contención.

Voluntaria, que se refiere a los casos en que no hay controversia de partes, ella se da por contraposición a la contenciosa.

Delegada, que surge en los casos de comisión.

Prorrogada, que resulta de la voluntad de las partes cuando tienen facultad para hacerla.

Acumulativa, que se presenta en los casos de acumulación de acciones o de procesos.

Coactiva, que se ejerce con los deudores del Estado. Siendo que las personas administrativas, como personas morales, no pueden obrar por sí mismas en la gestión de sus negocios propios, se ven en la necesidad de recurrir a funcionarios que las representen y administren los bienes necesarios a su subsistencia, en guarda de los cuales se crea la jurisdicción coactiva, en cuyo mérito el Estado, el Departamento y el Municipio por medio de sus empleados cobran y hacen efectivo lo que se les adeude por concepto de impuestos, reuniendo

aparentemente los empleados las calidades de juez y parte, privilegio que es necesario en orden a la percepción de las rentas públicas y para el servicio público, que no pueden someterse totalmente a la jurisdicción común, porque así no se llenarían los altos fines perseguidos.

Militar, que ocurre con relación a las personas que pertenecen al Ejército.

Territorial, que es la relativa a un territorio.

El artículo habla con notoria impropiedad de Poder Judicial en lugar de órgano, conforme lo hace la Reforma Constitucional de 1936, acogiendo las orientaciones modernas del derecho público, pero sin embargo contiene lo esencial de la jurisdicción, que se traduce en facultad de llamar a las partes cuando sea necesario hacerlo (vocatio); de orientar la tramitación de los procesos (notio) de imponer su autoridad por magistrados y jueces (coercitio); de decidirlos (judicio), y de hacer cumplir las decisiones que pronuncian (executio o imperium).

JURISDICCIÓN. — **Contencioso – Administrativa**

Con independencia de la jurisdicción ordinaria propiamente dicha, existe entre nosotros la jurisdicción Contencioso-administrativa (Art. 133 ss. Const. Nac. Ley 167 de 1941), ejercida por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, los que actúan como entidades consultivas y jurisdiccionales de esa rama del Derecho. Las fuentes inmediatas de la aludida institución se encuentran en el siglo pasado, cuando se llegó a un concepto más comprensivo y fundado de la soberanía y fué aceptado que el Estado puede autolimitarse por medio de entidades que califican y deciden de sus propios actos, las que, por esa causa, desarrollan una verdadera labor de control de la administración pública, a fin de asegurar la juridicidad de sus actividades, en interés del derecho y de los particulares.

De lo anotado se desprende que la jurisdicción en referencia se ejerce ante todo con relación a los actos de las entidades administrativas, gobierno, asambleas, concejos, etc., etc., y que en general, puede ser pedida por cualquier persona. Además, procede anotar que, en cuanto a la Ordinaria, la Contencioso-administrativa se diferencia en que, por lo común, en la primera se debaten intereses de derecho privado entre dos personas y en la segunda ocurre algo distinto, se concreta regularmente a intereses públicos contenidos en las normas que el acto que da motivo a su ejercicio, viola.

En síntesis, puede decirse que la jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto propio impedir extralimitación, desvío o abuso en el ejercicio del poder, según los expositores.

ART. 143. — Define el artículo la competencia diciendo que es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a

la República, de donde se desprende que la competencia no debe ser confundida, como suele hacerse en el lenguaje corriente, con la jurisdicción, porque la última es el género y la primera la especie. La competencia es la actualización o cristalización de la jurisdicción y a diferencia de ésta en algunos casos proviene de la voluntad de las partes, y aun cuando el artículo no trae una división de ella, conviene anotar en seguida esa división porque corresponde a una realidad innegable. Ella es:

1º Privativa o exclusiva. Cuando la ley ha atribuído el conocimiento de determinado asunto a un funcionario. Por ejemplo: a la Corte Suprema está atribuído el conocimiento del recurso de revisión.

2º Preventiva. Es la que parte del supuesto de que varios funcionarios sean competentes para avocar el conocimiento de un negocio y autoriza a cualquiera de ellos para avocarlo, a diferencia de la privativa.

3º Prorrogable. Es la que se da a un funcionario para que conozca de negocios no atribuídos a él concretamente y por subordinación de las partes.

4º Improrrogable o absoluta con relación a la cual se manifiesta más directamente el imperio de la ley, al que no pueden sustraerse las partes ni los funcionarios so pena de incurrir en usurpación de jurisdicción.

Sin adelantar más en materia de división de la competencia, anotado que es similar a la de la jurisdicción, vale observar también que aquélla presupone a la última pero no a la inversa.

Art. 144. — La organización judicial divide las atribuciones de las distintas entidades suyas por territorios, distritos, circuitos, municipios, circunscribiendo pues a cada una a desarrollar sus funciones dentro del lugar que le haya sido señalado, para el normal funcionamiento suyo, y a tal división legal tienen los funcionarios que acogerse ya que de lo contrario incurren en violación de la legislación y dan margen a la verificación de diligencias viciadas de nulidad (Art. 448.) Esa regla general tiene excepciones expresas en los casos de que se trate de acciones reales —reivindicatoria, publiciana, exhibitoria, hipotecaria, prendaria, de secuestro, etc.— pero siempre que los bienes sobre que recaiga la actuación estén ubicados parcialmente por lo menos dentro del lugar en donde el respectivo funcionario desarrolla comúnmente sus actividades. Es claro que si dichos bienes están situados por completo fuera de tal lugar, el medio propio de actuación es la comisión, porque el precepto que la ley trata es de una actuación directa y personal del funcionario, quien tiene facultad para conferirla a causa del litigio de que conozca y con relación al mismo, para la práctica de inspecciones oculares, recepción de declaraciones, cotejos, etc., por ejemplo. Las excepciones mencionadas abarcan en verdad algunos casos de los llamados de conocimiento preventivo que luego se estudian.

ART. 145. — Contempla el artículo los casos de pérdida transitoria de la jurisdicción, o sea la suspensión general de ella, pues en relación con la persona que desempeña un cargo en el órgano judicial la pérdida absoluta la contempla el artículo 13. La licencia concedida al empleado, aunque no tiene el efecto pleno de hacer desaparecer su investidura, y el consiguiente reemplazo tienen el efecto inmediato de acarrear la suspensión de la jurisdicción de aquél, suspensión que sólo cesa cuando reasume el ejercicio de su cargo. El uso de la licencia conlleva naturalmente la falta de facultad para continuar actuando en los negocios y la nulidad de lo actuado sin esa facultad. La apertura de causa criminal contra el funcionario también suspende su jurisdicción, pero debe observarse que, en armonía con el C. de Procedimiento Penal, son cosas distintas causa y sumario, por lo que el último por sí no genera suspensión y que la providencia de apertura de la causa ha de estar ejecutoriada, siguiendo las reglas generales de que las providencias judiciales producen sus efectos cuando logran el estado de ejecutoria. Entre las penas con las cuales se sanciona la violación de la ley en que incurran los funcionarios está la llamada suspensión (Arts. 13, 14) distinta de la pérdida del cargo, la que por ser decisión judicial requiere, como en el caso anterior, estar en firme

ART. 146. — La pérdida particular de la jurisdicción, con relación a uno o varios asuntos, a diferencia de la general, ocurre: Por impedimento concurrente en el juzgador para conocer del negocio que se agite y su declaración por él (Art. 434 ss.) o recusación de parte debidamente declarada (Art. 440 ss.), que tienen el mérito de separarlo del conocimiento del asunto que se debata; por la devolución del negocio cuando cese el motivo de lo anterior como cuando un suplente tiene su conocimiento y es reemplazado el impedido o recusado con persona en quien no concurran aquellas circunstancias, puesto que en tal supuesto falta entonces una justificación para sustraer el respectivo negocio al funcionario principal; por la finalización o, mejor dicho, el ejercicio completo de las atribuciones del juzgador en cualquier negocio, porque es evidente que esa concurrencia procesal descarta posteriores actividades sobre el mismo y aun llega a dar margen a usurpación de jurisdicción. La actividad jurisdiccional es circunscrita y no indefinida, razón bastante para cimentar lo anotado. Finalmente, procede observar que la acumulación, aun cuando no lo diga el artículo de manera expresa, ocasiona la pérdida de jurisdicción con relación al funcionario que no sigue conociendo de un proceso que se acumula a otro. (Arts. 406-410).

ART. 147. — Quedan vistos en los anteriores párrafos los casos de pérdida y supensión generales de la jurisdicción, veamos ahora los de suspensión especial de ella, los cuales se verifican:

a) Por la concesión del recurso de apelación y la ejecutoria del auto que tal cosa disponga. Empero conviene tener presente que

el alcance de la suspensión en tales casos deja de ser absoluto en relación con los requerimientos para el pago de los portes de correo y la declaratoria de ejecutoria de la providencia apelada (Art. 390, Ley 50, Art. 3º de 1933) llegado el caso. El desistimiento de los recursos tiene por resultado dejar en firme la resolución judicial recurrida (Art. 461 ss.) y por su causa parece que es viable hacerlo ante el Juez *a quo* cuando no haya llegado el expediente al superior, lo que es conforme a la celeridad procesal, a la facilidad de actuación y a la economía en los procesos. Además, la suspensión de la jurisdicción se opera entonces y en realidad por la voluntad de quien recurre un auto o una sentencia y como el desistimiento es la desaparición de esa voluntad, lógicamente desaparecen sus efectos y surge la jurisdicción en toda su vigencia. De ahí que la no llegada del expediente al superior hace viable el desestimiento ante el inferior, máxime teniendo en cuenta que la jurisdicción de aquél aún no se ha actualizado, porque si no ocurre así el desistir se cumple ante el Juez *ad-quem*. Por último, la suspensión de la jurisdicción deja de abarcar los casos previstos en los numerales primero y segundo del artículo 501.

b) Por la manifestación de impedimento o la proposición de recusación hasta que sea allanado o declarada infundada, respectivamente.

c) Por la suspensión de la tramitación del negocio de que se trate, según la ley (Art. 370-360, Art. 11 C. P. P.). De suerte que la suspensión puede tener un origen directo en las normas de la ley o legal y particular cuando proviene del querer de las partes, en ejercicio de un derecho procesal suyo.

d) Por la discusión entre dos funcionarios sobre cuál de ellos debe tener el conocimiento de un negocio, denominado en el Código Competencias (Art. 413 ss.), también acaece la suspensión de la jurisdicción, por la creación de un estado incierto que hace infundado compeler a los Jueces al impulso del negocio, lo mismo que a las partes, ya que debe evitarse a toda costa la duplicidad de las actuaciones, el adelantamiento de actuaciones viciadas de nulidad y, sobre todo, que lo primordial en estas materias es la definición de la autoridad que tiene la facultad de conocer un litigio, por cuanto antes no cabe prosecusión de la actuación procesal.

ART. 148. — El desarrollo de actividades judiciales presupone en quien las ejecuta jurisdicción y competencia sin las cuales incurre en usurpación de funciones (v. C. P.) y en actos viciados de nulidad. En la organización judicial prima el concepto de jerarquía o de subordinación de unas entidades a otras y de allí que las providencias del superior liguen no solamente a las partes sino también al inferior, quien en un todo debe subordinarse a ellas so pena de incurrir en usurpación y de que su actuación adolezca de nulidad. Por cuanto que al proferir una decisión judicial ella se concreta en sus efectos al negocio sobre el cual recae, no a la creación general

del derecho, ni tampoco a la formación de la doctrina jurisprudencial de obligatorio acatamiento por todos los funcionarios inferiores, resalta evidente que la providencia del superior liga al inferior en el negocio en que sea dictada y en manera alguna en relación con otros diferentes. Las atribuciones del Juez o Tribunal comisionados, según se vió al tratar de ellos (Art. 133 ss.) dependen de la delegación que les sea hecha, de su objeto propio, de suerte que aparte de la facultad de actuar en un lugar determinado, lo importante es la comisión misma y no sus atribuciones comunes, bajo el riesgo de incidir en usurpación de funciones, de la que se viene tratando. Normalmente, los procesos llegan a un estado definitivo e inmodificable por las sentencias o por autos revestidos de la misma fuerza que ellas, que descartan el que recaiga nueva actividad sobre ellos cuando logran ese estado, por lo cual incurre en surpación el Juez que por sí los hace revivir a pesar de su situación anterior. Por regla general, en los juicios hay dos instancias o grados (Art. 198), en garantía de los intereses particulares, de necesario cumplimiento la primera para que aparezca la jurisdicción y competencia del juzgador de la segunda, por lo mismo que aquélla es presupuesto de la última sin la que falta una base para la actividad del superior, de suerte que si las pretermite usurpa jurisdicción, no obstante dicha calidad de superior.

ART. 149. — Por la forma como la legislación determina las atribuciones de los Jueces es de ocurrencia el evento en que el conocimiento de un negocio, ab-initio, corresponde a varios, como cuando tratándose de acciones reales el inmueble a que se refieran esté ubicado en dos o más circuitos, como cuando cuestionándose sobre obligaciones personales el demandado posee varios domicilios, etc. En semejantes hipótesis se presenta la jurisdicción preventiva que opera en esta forma: al incoarse la respectiva acción ante uno cualquiera de esos Jueces y hacerse su admisión y notificación, actualízase, por decirlo así, la jurisdicción y competencia del Juez ante quien se recurra, quedando excluída la de los otros hasta el extremo de que son incompetentes ya para conocer de la misma acción la facultad del demandado para demandar en reconvención ante esos otros, la facultad particular de excepcionar declinatoria de jurisdicción. La aprehensión o el asumir el conocimiento del asunto propuesto se cumple mediante la admisión de la demanda y la notificación, porque la sola presentación carece de los efectos de constituir un acto mediante el cual el Juez resuelva conocer de un asunto, y porque el acto es sólido o se tiene por cumplido con la notificación.

ART. 150. — Para fijar la competencia del Juez para aprehender el conocimiento de un asunto dado, se atiende a la naturaleza del mismo que está constituída por la naturaleza propia de la acción que se haya instaurado —principal o accesoria, real o personal— la que resulta del objeto mismo de dicha acción, puesto que otro

criterio de individualización no es admisible al respecto. De suerte que el fin perseguido con una demanda cualquiera viene a constituir el elemento de clasificación de la acción que contenga.

La legislación contiene algunas normas dictadas especialmente en atención a la calidad de ciertas personas de derecho público, el Estado, los Departamentos, los Municipios, y de ciertas personas particulares que desempeñan determinados cargos como los Agentes Diplomáticos o los que ejercen determinadas funciones públicas, normas que señalan la competencia para el conocimiento de los negocios en que las citadas son partes en consideración al carácter que tienen, como se ve en los artículos 155, 156, 40, 29 y otros.

Por último, el lugar en donde deben tramitarse los juicios es el tercer elemento considerado por la disposición en estudio para la atribución de la competencia. Son ellos los que deben tenerse en cuenta, exclusivamente, en el estudio de la capacidad de las entidades judiciales con relación a cada negocio, fórmulas precisas y únicas en el análisis de la competencia.

ART. 151. — La investidura especial de ambas partes o de una sola de ellas y la calidad o naturaleza de la acción que haya de incoarse, son consideradas en las disposiciones precedentes y de acuerdo con ellas, de manera concreta, determinan la competencia general de las autoridades judiciales, la que no es prorrogable sino por autorización expresa de la ley (Art. 153). Así por ejemplo: de la reivindicación contra un municipio conoce el Juzgado de Circuito del lugar de ubicación de lo perseguido, aunque la cuantía suya sea inferior a trescientos pesos.

Empero, conviene anotar que en acciones contra los Departamentos y Municipios, de naturaleza personal y sobre prestaciones llamadas sociales, la ley 45 de 1939 modificó la anteriormente existente, pues no atendió a la naturaleza de las partes, como lo admitió la jurisprudencia de la H. Corte: "Es jurisprudencia reiterada de la Corte la de que dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo 1º de la Ley 45 de 1939 respecto de las disposiciones generales del C. Judicial, ha de concluirse que deben conocer los Jueces de los negocios a que aquél se refiere por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas" (G. J. Nº 1989 y 1990, págs. 229-231). Se anota lo anterior observando también que por mérito de la Ley 167 de 1941, el conocimiento de las acciones últimamente citadas corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ART. 152. — Éstas son las reglas que rigen en la determinación de la competencia, por razón del lugar en donde deben tramitarse los negocios:

1º En los asuntos de jurisdicción voluntaria, por exclusión de los contenciosos (Art. 195), que no implican controversia de partes, como la autorización para enajenar bienes de menores, la habilita-

ción de edad, etc., conoce el Juez del domicilio del peticionario y si posee varios el de cualquiera de ellos a prevención. Aún por la voluntad del interesado puede conocer otro distinto, cuando el mencionado peticionario se subordina a él, lo que se cumple con la presentación de la demanda suya, porque no se viola ninguna norma legal y la prórroga de jurisdicción que ello implica no ha sido prohibida.

2º En los negocios contenciosos (Art. 195) es competente el Juez del domicilio del demandado y en el supuesto de que tenga varios el de cualquiera de ellos a prevención (Art. 149). Esa competencia es una garantía de los demandados ya que las facilita la comparecencia en juicio sin el gravamen de tener que presentarse en un lugar distinto al de su vecindad. Ahora, esa competencia también es prorrogable. Conforme la ley sustantiva el domicilio es relativo a un determinado lugar, y presupone la ocupación de ese lugar y el ánimo de permanencia en el mismo por parte de un sujeto, sea por sí mismo o por otras personas de que depende. El domicilio es materia más propia del derecho civil al estudio del cual nos remitimos (Arts. 76 a 79 C. C.).

3º Por causa de la libertad contractual de que gozan los particulares, tienen la facultad de señalar domicilio distinto al propio suyo para la ejecución de las obligaciones nacidas de los contratos que celebran y las actuaciones judiciales originadas por los mismos, de acuerdo con el artículo 85 del C. Civil, al que se atiende, a menos de renuncia legítima y eficaz, para conocer la competencia. Sobre el particular hay que tener en cuenta la presunción de orden legal que establece que, a menos de prueba en contrario, se tiene por domicilio elegido el lugar en donde debe cumplirse lo contratado (Arts. 1645, 1646, 1647 y cds. C. C.). Las personas jurídicas tienen domicilio según sus respectivos estatutos, mas si son de origen extranjero bien se sabe que deben constituirlo también en la República.

4º Las citaciones —llamamiento que se hace a una persona para que comparezca ante una autoridad y por su orden—; los requerimientos llamamiento oficial para que se cumpla una prestación o para que se tenga noticia de un acto o de un hecho dado, y otros actos semejantes, son de competencia del Juez del domicilio del interesado o peticionario de ellos y el de la mera residencia (Art. 34 C. C.) de la persona llamada, marcándose en esto una diferencia con aquello de que el domicilio del demandado determina la competencia. Todo ello se justifica en consideración a que las calidades de esos actos requieren máxima facilidad para su verificación y a que, en general, ella está lejos de implicar decisiones de fondo y gravámenes injustificados para los llamados.

5º La competencia de los Jueces en relación con los juicios sucesorios se determina por el último domicilio del causante en el territorio nacional, de modo privativo o exclusivo, sin atender a

la ubicación de los bienes relictos, ni a la voluntad de los herederos y legatarios. En la hipótesis de que haya tenido varios, entonces la competencia corresponde al Juez del asiento principal de sus negocios con lo cual se excluye, para esos casos, el concepto de jurisdicción preventiva. El mismo funcionario es competente para conocer, entre tanto no finalicen los juicios, de los promovidos contra la sucesión correspondiente, sobre derechos a ella o sobre ella, indignidades, desheredamientos, reforma del testamento y lo demás.

6º La competencia es preventiva del Juez del domicilio del demandado y del de la ubicación de los bienes, en los asuntos sobre división de bienes comunes (Art. 1134 ss., 2322 ss. C. C. Ley 95 de 1890, Art. 16 ss.) y ya quedó visto el modo como opera esa clase de competencia.

7º En acciones reales sobre bienes muebles (Art. 655 C. C.), entre las que figuran la reivindicatoria, la publiciana, es competente el Juez de la localización de ellos, pero bajo la condición de que allí se halle la persona demandada, en lo que cabe observar que se contempla un señalamiento un tanto distinto al que se hace tratándose de inmuebles, debido a la movilidad de aquéllos. De suerte que si el demandado tiene domicilio diferente al lugar de ubicación de los bienes muebles y no se halla en el último, resulta claro, que la competencia radica en el Juez de su domicilio. Reunidas las exigencias primeramente dichas y presentada la demanda conforme a ellas, el demandado goza de la facultad de pedir que se le demande en su domicilio propio, facultad cuyo ejercicio, después de la prestación de caución de comparecer allí, indica para el demandante la carga de presentar en el último demanda en el término de diez días más el de la distancia (Art. 373), y cuya omisión acarrea la extinción de la caución prestada, o sea, de la obligación contraída por el demandado, la que, es obvio, tiene término preciso, definido, ya que no consulta ningún principio hacerlo indefinido. Lo dicho guarda analogía con lo dispuesto en otros lugares del Código.

8º La acción hipotecaria hace competente al Juez de la ubicación de lo hipotecado (Art. 1189 ss.) a la vez que la que previene de un censo. Pero conviene advertir que en el supuesto de que el acreedor hipotecario incoe también acción personal el competente entonces es el Juez del domicilio del deudor, considerando, además, la cuantía.

9º En los procesos de cesión de bienes y de concurso de acreedores (Arts. 1073 ss., 1078 ss., D. L. 740 de 1940) es funcionario competente el del domicilio del cedente, concursado o quebrado, en los sesenta días anteriores a la cesación de pagos, sin que importe en la determinación de la competencia el interés de las personas de derecho público como tampoco importa en las sucesiones. Como en ellas, llegado el caso se atenderá al asiento principal de los

negocios del concursado, lo que se adecúa a normas de técnica procesal y a la equidad. De suerte que el interés de los Departamentos, del Estado y los Municipios, por excepción, no influye en esos eventos y en relación con la determinación de la competencia.

10. Por la ubicación de los respectivos bienes se determina la competencia sobre adjudicación de capellanías laicas (Art. 847 ss.).

11. De la misma manera que en el caso anterior, se determina la competencia para el conocimiento de negocios sobre bienes vacantes y mostrencos (Art. 838), atendiendo a lo anotado bajo el numeral duodécimo, llegado el caso.

12. En las reivindicaciones de inmuebles y juicios relativos a servidumbres sobre los mismos la competencia se rige por la ubicación suya, a menos que comprenda varios circuitos, puesto que en esa hipótesis la competencia dicha es preventiva de los respectivos jueces.

13. En los juicios para exigir rendición de cuentas (Art. 1120 ss.) se presenta la competencia del Juez en donde se ha estipulado su rendición (núm. 3º), a menos que se haya omitido hacerlo, porque en tal caso, es competente el Juez del centro de la administración del negocio que los origina o el del lugar del domicilio del demandado a prevención.

14. Análogamente a lo precedente, el Juez competente para conocer de la exigencia presentada por el mandatario para que sean examinadas sus cuentas, es el del lugar señalado para la rendición de ellas, el del centro de la administración del negocio encomendado al mandatario o el del domicilio del mandante, también a prevención.

15. En los procesos contra varios demandados —cuando son varios deudores solidarios o principales independientes, antiguos integrantes de una sociedad disuelta, etc., la competencia se fija, en las acciones personales ya que en las reales se atiende a las reglas anteriores, por el domicilio de cualquiera de ellos, con la finalidad de lograr unidad procesal, economía y celeridad y la acumulación de acciones. De allí que en esa hipótesis el que resulta demandado fuera de su domicilio carezca de la facultad de alegar declinatoria de jurisdicción o algo análogo (v. Arts. 11, L. 95 de 1890, 967, 373, 1387, 1025, 1026, 1028, 1029, 1265, 1268, 1274, 1278, 1118, 1119, 1092, cds. C. J.).

Art. 153. — Con excepción de los casos contemplados en los numerales 8º, 9º, 10 y 11 del artículo 152 que quedó visto, autoriza el presente la prórroga de la competencia que tiene origen únicamente por voluntad inmediata de las partes, con apoyo, es claro, en esa autorización legal. Conforme con el tenor de la disposición la manifestación de esa voluntad particular puede ser expresa o tácita y ésta ocurre cuando el actor presenta la demanda y el demandado omite la proposición de la excepción de declinatoria de jurisdicción, en oportunidad. La citada autorización no com-

prende los negocios en que la fijación de la competencia es hecha en atención a la calidad de las partes (v. g. del Estado, del Departamento y del Municipio), ni tampoco aquellos en que esa fijación depende de la cuantía de los negocios, ni los que deben tramitarse ante una autoridad señalada concretamente, sino aquellos asuntos en los cuales se determina la competencia por el lugar en que deben tramitarse por ejemplo en atención al domicilio del demandado, al del peticionario, etc.

La prórroga de la jurisdicción es un acto procesal de notorias consecuencias, verdaderamente dispositivo, motivo bastante para que requiera plena capacidad de parte y para que no puedan cumplirlo los agentes del Ministerio Público y los Curadores *ad-litem* de los demandados (Arts. 242, 247, 855, 1001).

ART. 154. — Dentro de la organización jerárquica del órgano judicial a las distintas entidades que lo integran les son atribuídos ciertos negocios en consideración principal a su cuantía, sin atender a la naturaleza o al derecho mismo que contenga la acción correspondiente. La cuantía es el valor que representa lo perseguido con una demanda, su significación económica, inmediata. Por tanto, una vez trabada la litis contestatio, es definitiva por lo menos en relación con la competencia ya que no puede quedar sometida a una inestabilidad contraria a la certeza necesaria sobre la autoridad conocedora de un negocio. Es elemento esencial en su determinación el objeto perseguido al momento de introducir la demanda de que se trate, aun cuando no sea susceptible de estimación o valoración en una cifra concreta, porque lo que importa al respecto es que pueda determinarse si la cuantía es mínima, menor o máxime, según la división de la legislación (Arts. 196, 206) y conforme a la cual atribuye competencia a los Jueces Municipales (Art. 119) y a los de Circuito (Art. 109), de modo general, puesto que sobre el particular deben tenerse presentes algunas excepciones de la misma ley (Art. 120). Al tratar de los artículos 196 y 206 se estudiará con más amplitud lo referente a la materia referida.

ART. 155. — En los procesos que se sigan contra el Estado el Tribunal competente es el del domicilio del demandante, porque a diferencia de las personas privadas, aquél se manifiesta en su personalidad en todo territorio de la República y no sería muy conforme a la técnica jurídica señalarle un domicilio concreto dentro de un Municipio, fuera de que sería, hacer ese señalamiento, colocar a las personas que han de litigar contra él en situación en extremo precaria que no consulta las altas normas de la justicia. Igualmente, cuando el Estado acciona contra una persona cualquiera el Tribunal que debe asumir el conocimiento es el del domicilio de ella. (Ley 45 de 1939, Ley 167 de 1941).

ART. 156. — Análogamente a lo dispuesto en la regla precedente, este artículo contiene el precepto de que en los litigios promovidos contra un Departamento es competente el Tribunal del

mismo, a menos que en él haya varios, porque en ese evento la competencia pertenece al de la capital suya.

ARTS. 157 Y 158. — En la actualidad el Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) y algunas leyes reformatorias reglan la jurisdicción y la competencia en materia penal, materia sobre la cual no nos detenemos por concretarse nuestra labor a los asuntos civiles, especialmente, por lo que huelga estudiar aquí las atribuciones de los funcionarios judiciales en negocios de naturaleza criminal.

TÍTULO XI

MINISTERIO PÚBLICO

CAPÍTULO I

PERSONAL

ART. 159. — El Ministerio Público es una institución de indispensable vigencia en la organización del Estado, que tiene origen bastante remoto y por objeto procurar la correcta aplicación de la Ley en sus múltiples aspectos, en interés de la sociedad misma de la cual es emanación y también de los particulares, por lo que se le denomina, además, Ministerio Fiscal. En la República el Ministerio Público tiene origen inmediato en la Constitución Nacional (Art. 142 y ss.) y en la Ley en aplicación de aquélla (Arts. 215 a 235 C. de Régimen P. y Mpal.), y es ejercido por la Cámara de Representantes, el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores, los fiscales de Juzgados de Circuito y Los Personeros Municipales (Art. 12, Ley 128 de 1913). El Ministerio Público depende, en principio y en forma inmediata del Órgano Ejecutivo, dirige sus actividades en el Ramo Judicial para obtener la cumplida ejecución de las leyes con la sanción de los delincuentes (Arts. 92 y ss. C. de P. P.), en materia penal, y en la civil, protegiendo los intereses de las personas incapaces y los de las entidades de derecho público que representa legalmente. También tiene funciones de carácter administrativo.

La naturaleza de la posición ocupada por los Agentes del Ministerio Público se conoce por el fin inmediato de su existencia, esto es, la correcta aplicación de la ley, de donde resulta que ellos al actuar han de consultar en primer término la legislación e inspirar en sus normas sus actividades. De allí que en los procesos penales, por ejemplo, fatalmente no tengan que asumir en todos los casos la calidad de acusadores.

En la actuación judicial de los aludidos funcionarios se les llama por medio de notificación personal (Art. 312, ord. 2º) y es equivocado valorarla como idéntica a la de los sujetos particulares

y en su cumplimiento cabe apreciar que se distingue de la jurisdiccional de los funcionarios judiciales. En ella puede verse también que el Ministerio Público es verdadero intermediario entre la sociedad y el Estado y el Órgano Judicial.

La institución referida, por sus altos fines y como medio de procurar un funcionamiento normal de la administración pública, es de vigencia indispensable dentro del Estado al cual sirve y es susceptible de ser mirada como una de las mejores conquistas en la evolución jurídica de los pueblos, la que no han logrado demeritar las críticas de uno y otro género que se le han formulado.

ART. 160. — El Procurador General de la Nación interviene en todos los negocios de que conoce la Corte Suprema y señalados por la ley, bien sea ese conocimiento exclusivo o no, en única instancia o en segunda, de naturaleza penal o civil. Es ello una función exclusiva del Procurador que excluye la intervención de los otros funcionarios del Ministerio Público y sin cuyo ejercicio la actuación cumplida ante la Corte queda viciada procesalmente hablando (Art. 448).

ART. 161. — Los Tribunales de Distrito Judicial tienen los Fiscales que determina la ley, los que actúan en los más de los casos como colaboradores en la aplicación de las normas de la legislación, desprovistos del verdadero carácter de partes. Empero, a esa colaboración no se opone la función fiscalizadora que sobre los Tribunales precitados desarrollan los mencionados Agentes del Ministerio Público.

ART. 162. — La organización judicial propiamente dicha no debe comprender lo relativo a la designación, posesión, duración y licencias de los funcionarios del Ministerio Público, ya que ellos desempeñan muchas funciones distintas a las que cumplen con relación al Órgano Judicial, y de ahí que el artículo se adecúe a la técnica legislativa al remitirse al Código de Régimen Político (Art. 215 C. de D. P. y M.).

ARTS. 163 Y 164. — A cada Juzgado Superior de Distrito Judicial corresponde un Fiscal que actúa en los negocios de que ellos conocen y que, por otra parte, tienen los deberes que luego se relacionan (Art. 176). De forma que no se concibe actuación jurisdiccional de tales Juzgados sin intervención de sus Fiscales.

Ante los Juzgados de Circuito obran como Agentes del Ministerio Público los Personeros Municipales, los que tienen carácter de empleados del respectivo Municipio, a diferencia de los empleados aludidos antes (v. C. de R. P. y M.) quienes tienen la calidad de nacionales, diferencia que obedece a nuestra organización funcionarista un tanto deficiente aún.

ART. 165. — Contiene el artículo una exención de algunos impuestos y del deber de servir otros cargos públicos en beneficio de quien desempeñe el cargo de Personero Municipal, a título oneroso, en otros términos, ad-honorem, sin recibir remuneración alguna de

sus servicios, o sea, gratuitamente, lo que se apoya en la finalidad de favorecer a los servidores públicos desinteresados.

ARTS. 166 Y 167. — Los Agentes del Ministerio Público obran en interés de la ley y de las entidades que representan, por lo que no deben actuar con la parcialidad propia de los representantes particulares sino con clara imparcialidad, de donde se desprende que están impedidos para intervenir en negocios en que tengan interés propio, o su cónyuge, ascendientes, descendientes, colaterales, dentro del cuarto grado (Arts. 35 y ss. C. C.) o afines en segundo grado. Si concurre en ellos alguna de esas circunstancias han de declararse impedidos (Art. 434) ante el funcionario del conocimiento quien decide sobre el particular. En el supuesto de que no obren conforme se expone, la parte interesada goza de la facultad de someter la cuestión al mismo funcionario proponiendo una verdadera recusación (Art. 440 y ss.).

ART. 168. — La falta del Agente del Ministerio Público por impedimento se suple por sus Suplentes llegado el caso, pero si también faltan, el Juez o Tribunal tiene facultad para hacer la designación de uno *ad-hoc* con quien se adelanta el proceso de que se trate, puesto que no concibe la ley su falta por altos fines de justicia. Impera la designación dicha hasta tanto el Gobierno no decida variarla, porque si procede así prima su decisión y continúa en la actuación el nombrado por él, quien sustituye al nombrado por el Juez o el Tribunal.

ART. 169. — Por la forma de actuación y su objeto, los Agentes del Ministerio Público se asimilan a los apoderados comunes, pero con la disparidad de que algunas actuaciones que perjudican a los intereses del poderdante (Art. 381 conc.) acarrean apenas sanciones de multa para los primeros, por razón de su cargo y de las personas por ellos representadas, las que no deben equipararse en un todo a los individuos particulares.

ART. 170. — La transacción (Art. 2469 C. C.) es acto que ejecuta el apoderado común cuando tiene facultades expresas para ello (Art. 2167 y conc. ib.), vedada expresamente a los Agentes del Ministerio Público, quienes tampoco pueden desistir sin autorización de la entidad que representan (Art. 465), en lo que hace referencia a la acción adelantada, pues pueden desistir de los recursos instaurados por ellos. Sobre el particular conviene anotar que el desistimiento autorizado se refiere a providencias que no causen gravamen, siguiendo al pensamiento de la Corte Suprema, porque en muchos casos el desestimiento de un recurso, en la práctica, equivale al de la acción; basta pensar en el desestimiento de la apelación de una sentencia desfavorable. Parece que ésa es la interpretación correcta de la cuestión. Los Agentes en mención llevan sobre sí la prohibición de absolver posiciones y sus confesiones carecen de mérito probatorio, casi diverso a aquél en el que se trate de simples apoderados (Art. 607).

ART. 171. — La iniciación de acciones civiles de uno u otro género, por parte de los funcionarios aludidos, subordínase a instrucciones y órdenes del Gobierno, el Gobernador o el Alcalde respectivos, los que carecen de atribuciones para disponer el desistimiento de acciones dispuestas por ley, ordenanza o acuerdo, puesto que a esas disposiciones, según el caso, se subordinan ellos también y no debe permitirse su fácil incumplimiento por medio del desistimiento.

ART. 172. — Entre las atribuciones de los Agentes del Ministerio Público, se cuenta la de servir de defensores de los incapaces en los eventos previstos en el C. Civil. El Artículo 17 de la Ley 45 de 1936 les atribuyó facultad para provocar juicios sobre reconocimiento de la paternidad natural, etc., y sobre ello se volverá adelante.

ART. 173. — Los Personeros naturales del Estado, el Departamento y el Municipio son los Agentes aludidos en las someras anotaciones precedentes, de donde se infiere que en los casos de importancia excepcional del negocio, por razones de incompatibilidades, distancia y otras análogas, ellos deben dar los poderes a quienes contraten la representación en juicio, con el Gobierno, el Gobernador o el Alcalde (Art. 19, Ley 83 de 1936).

Conviene hacer en seguida una ligera referencia a las atribuciones del Ministerio Público, sin incidir en mayores detalles propios de un estudio especial.

CAPÍTULO II

ATRIBUCIONES

PARÁGRAFO I. — Cámara de Representantes

ART. 174. — Es principio de carácter constitucional que la Cámara ejerce ciertas funciones fiscales en relación con el Presidente de la República o quien haga sus veces, los Magistrados de la Corte, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación y los Consejeros de Estado (Art. 96, ord. 5º y 6º Const.), funciones que son restringidas como puede verse con la simple lectura de las disposiciones vigentes y en cuyo desarrollo deben observarse las normas del Procedimiento Penal (Art. 579 a 582 C. P. P.). Esas funciones de la Cámara de Representantes obedecen a que la investidura oficial de aquellas personas hace que los procedimientos penales contra ellas no tengan las mismas modalidades que los relacionados con los sujetos particulares.

PARÁGRAFO II. — Procurador General de la Nación

ART. 175. — La Constitución Nacional (Art. 138 ss. Cons.) crea la institución de Procurador General de la Nación, como necesaria

al correcto funcionamiento de los organismos del Estado, lo que la fundamenta, tanto más si se toma en cuenta que entre nosotros no existe aún Ministerio de Justicia. Dicha institución ocupa el más alto grado en el Ministerio Público. (Arts. 5, 6, 10 y ss. Ley 83 de 1936).

PARÁGRAFO III. — *Fiscales de los Tribunales Superiores*

ART. 176. — Los Fiscales de los Tribunales Superiores tienen funciones análogas al Procurador General de la Nación, pero actúan propiamente ante los respectivos Tribunales y ocupan el segundo grado, en línea descendente, en la Jerarquía del Ministerio Público (v. Art. 7, Ley 40 de 1932; Arts. 5, 12, 23, Ley 83 de 1936).

PARÁGRAFO IV. — *Fiscales de los Juzgados Superiores*

ART. 177. — En relación con estos funcionarios se tiene que sus funciones son un tanto diversas a las de los otros Agentes del Ministerio Público, ya que los últimos obran en asuntos penales, Contencioso-administrativos y civiles y los Fiscales Superiores sólo en los criminales. Además, igual que dichos otros Agentes, tienen atribuciones de vigilancia y control y el deber de promover la investigación de los delitos y el cumplimiento de las leyes.

PARÁGRAFO V. — *Fiscales de Circuito*

ART. 178. — Al presente no existen como categoría especial esta clase de Funcionarios, pues las funciones señaladas a ellos las desempeñan en la actualidad los Personeros Municipales, lo que en la práctica no cumplen a cabalidad, pues por el recargo de trabajo, la forma como son designados y otras múltiples causas desarrollan ante todo una labor de rutina, por lo común, no llenando así los fines de la ley de verdaderos colaboradores en la administración de justicia.

PARÁGRAFO VI. — *Personeros Municipales*

ART. 179. — Los Personeros Municipales ocupan el último grado, en escala descendente, en la Jerarquía del Ministerio Público, son los representantes naturales de las entidades Municipales a que sirven y también tienen funciones análogas a los demás Agentes.

TÍTULO XII

DISPOSICIONES GENERALES

Brevemente será estudiado el presente Título ya que contiene disposiciones claras que no ofrecen mayores dificultades, ni cuestiones de máxima trascendencia.

ART. 180. — La administración de justicia es función permanente

y constante, corolario de lo cual es lo dispuesto en el artículo. Aparte de la asistencia diaria al Despacho por los Magistrados, Jueces y subordinados, que es obligación propia de sus investiduras, hay que anotar que es cuestión de interés particular la determinación de las horas de asistencia, porque su falta es contraria a todo interés, a la certeza necesaria en los asuntos judiciales. Sin el señalamiento de las horas no hay precisión del momento en que las partes pueden presentarse, en el que peritos, testigos y en general todas las personas tienen el deber de presentarse ante los Jueces y Magistrados.

ART. 181. — Durante cada año de servicio los funcionarios del órgano Judicial gozan de vacancia los días domingos, de fiesta religiosa, según los cánones de la Iglesia Católica, como es obvio, de fiesta nacional (Leyes 57 de 1926, 72 de 1931, 38 de 1937, 50 de 1938 y 35 de 1939) y los de la llamada Semana Santa. También desde el 20 de diciembre hasta el 20 del mes de enero siguiente, inclusive, gozan de vacaciones. En esos días cesa el ejercicio de la jurisdicción, en otros términos, se suspende y en general no corren los términos en los diversos negocios que se adelanten (Art. 369). — De forma que en ellos no cabe dictar resolución alguna. Tendiente a evitar perjuicios con las vacaciones judiciales, la parte final del artículo autoriza la presentación de demandas, con el fin de interrumpir prescripciones (Arts. 2524 y 2539 C. C.), ante la Alcaldía del domicilio del demandado, la que sólo actúa para notificarlas, pues no aprehende el conocimiento total del negocio. Como lo actuado es devuelto al actor, éste está en el deber de presentarlo tan pronto haya despacho en el Juzgado o Tribunal respectivo, porque la actuación de aquélla es accidental y porque no surte efectos indefinidos y es preciso actuar ante los organismos judiciales. Dicha parte es una innovación, pues no la contenía el C. Judicial anterior.

ART. 182. — En términos forenses, exhorto y despacho es la denominación de las comunicaciones que dirigen los Tribunales y Juzgados para la verificación de determinados actos que ellos disponen. El vocablo "Despacho" contiene la idea de orden que imparte el superior al inferior, a diferencia de "exhorto" que indica solicitud, ruego, y es usado cuando se refiere la respectiva comunicación a funcionarios distintos o a superiores.

ART. 183. — En bien de la correcta administración de justicia se impone a los Funcionarios Judiciales la obligación de guardar reserva acerca de las decisiones que corresponda dictar en los procesos, con lo cual se evita el prejuzgamiento contrario y lesivo de ella, de la completa imparcialidad funcionarista, de los intereses de las partes, etc. En realidad, por la falta de reserva debida se viola una obligación perentoria y se da el primer paso en el camino del prevaricato (Art. 168 C. P.). Si no fuese obligación guardar la reserva dicha no sería extremado decir que carecen de razón de ser las diversas etapas de los procesos.

ART. 184. — Todo Magistrado o Juez tiene atribuciones para

solicitar a otros funcionarios públicos las informaciones que se estimen convenientes para el correcto despacho de los negocios a su cargo. Empero, debe distinguirse al respecto, puesto que en asuntos penales la materia probatoria es de libre iniciativa de los funcionarios y en cambio en los civiles esa iniciativa corresponde a las partes. En mérito de la brevedad de las actuaciones el empleado a quien se pide un informe está en el deber de rendirlo rápidamente, so pena de ser considerado moroso, salvo que esté obligado a guardar reserva sobre el asunto a que se refiere el informe (Art. 274, C. de P. P.).

ART. 185. — Las visitas que ordena el artículo, son un eficaz medio de fiscalización de las actuaciones de los Funcionarios visitados, de apreciar directamente si dan cumplimiento oportuno, en cuanto a términos y demás, a las obligaciones que sobre ellos pesan. Por ellas se verifica un medio de control de aceptación general y se sientan las bases para exigencia de responsabilidades que serían ilusorias sin aquéllas, sin embargo de que se diga que son la consagración de la desconfianza a los funcionarios aludidos, por cuanto en la época actual no se concibe, para el mejor funcionamiento de las entidades públicas, ninguna entidad sin control o vigilancia.

ART. 186. — En lugar visible de la Secretaría de toda Oficina judicial deben fijarse relaciones de los negocios en curso y contentivas de su clasificación y de su estado procesal, con lo cual se busca una fácil información para las personas. Los modelos para esas relaciones los confeccionan los Tribunales para las Oficinas de su jurisdicción y su uso debe examinarse por los funcionarios visitantes. Aunque el artículo denomina estados a esas relaciones, vale observar que se trata de algo distinto a los estados de que habla el artículo 310.

ART. 187. — Los empleados del orden Judicial y del Ministerio Público cargan con el deber de examinar si en los negocios de que conozcan se ha incurrido por alguno en demoras injustificadas y anotarlo en los autos y en un libro que deben llevar con ese objeto, que muestran a los visitadores en caso oportuno. Todo ello se explica en el afán del legislador para que la administración de justicia no sea tardía y se impongan a los responsables las sanciones correspondientes.

ART. 188. — La autoridad judicial dispone de medios coactivos para imponer y hacer eficaces sus órdenes, en relación con las partes litigantes, los peritos, intérpretes, testigos y demás, para que comparezcan al respectivo Despacho en caso de que su presentación sea necesaria para surtir alguna diligencia o para que cumplan los deberes que se les han impuesto en el seguimiento de los procesos, porque dichas órdenes han de ser cumplidas e insusceptibles de fáciles burlas. Los aludidos medios son el arresto por seis días y multas sucesivas que se aplican en beneficio del Tesoro Nacional y *son manifestaciones de la jurisdicción llamada disciplinaria.* En todo ciudadano radica también la obligación de prestar su concurso para la

pronta administración de justicia, en la aprehensión de delincuentes, etc. (C. P. y C. de P. P.).

ART. 189. — Para despejar de inconvenientes, de una y otra clase, la labor de los Agentes del Ministerio Público dispone el artículo que los empleados encargados de la custodia de documentos públicos —Notarios, Registradores, Secretarios, Archiveros, etc.— están en la obligación de suministrarles informes y copias que soliciten, los cuales son gratuitos y no causan derecho (tasa) alguno, como cuando se trata de particulares, ni impuestos de Timbre, ni exigen tampoco órdenes especiales de otros funcionarios. Bien pudo quedar este artículo incluído en el 184, con lo cual se habría procedido de manera armónica y con mejor técnica.

ART. 190. — En desarrollo del principio de celeridad procesal los funcionarios judiciales pueden servirse del telégrafo para dar o hacer cumplir órdenes, y en caso necesario, enviando la comunicación de que se trate, la que presta fe, con las especificaciones comunes a las comunicaciones que acostumbran hacer. Con fines de seguridad, deben enviar la comunicación telegráfica también por el correo ordinario.

ART. 191. — La entrega de las comunicaciones aludidas en el artículo precedente es personal por el Secretario actuante y bajo recibo que indique las especificaciones del caso, condición indispensable para que se les dé curso.

ART. 192. — El medio de que las partes disponen para que se remitan los exhortos y despachos es el correo ordinario y a él están obligados, lo que no obsta para que pidan su envío por la *vía telegráfica,* pero a su costa, y así se obra entonces (Art. 388).

ART. 193. — Tratándose de órdenes de libertad los Jueces y Magistrados deben trasmitirlas por telégrafo para que se cumplan lo más brevemente posible.

COMPETENCIA EN LAS ACCIONES SOBRE PRESTACIONES SOCIALES CONTRA LAS PERSONAS PÚBLICAS

Con la vigencia del nuevo Código Contencioso administrativo (Ley 167 de 1941) ha surgido la dificultad de saber qué entidades deben conocer de las prementadas acciones, la que hasta ahora ha sido solucionada en la práctica señalando la competencia de las entidades judiciales propiamente dichas, pues por lo menos el Tribunal Superior de Medellín ha continuado conociendo de aquéllas. En nuestro sentir, trátase de un asunto de marcada trascendencia por lo cual juzgamos oportuno hacer las consideraciones siguientes, orientadas a afirmar la competencia de los Tribunales Administrativos, no obstante las autorizadas y respetables opiniones en contrario.

En efecto: discútese en la actualidad si los negocios promovidos contra las entidades de derecho público —Estado, Departamento, Municipio— por los empleados y en los que se reclamen las llamadas prestaciones sociales son de competencia del Órgano Judicial o de los Tribunales Contencioso administrativos, discusión que parece más

fundado desatarla en el sentido de afirmar la competencia de los últimos, pues el numeral 10 del artículo 34 del Código Contencioso-Administrativo y que se refiere a la competencia del Consejo de Estado, a los negocios de que conoce, es de este tenor: "De los recursos contenciosos administrativos, contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta."

El numeral 3º del artículo 52 del citado Código en relación con la competencia de los Tribunales Administrativos, preceptúa que conocen: "De las demandas sobre pensiones, recompensas, etc., departamentales o municipales, o de las resoluciones de las autoridades administrativas sobre la misma materia."

El artículo 54 del mencionado Código, en el numeral segundo, dispone que los Tribunales administrativos conocen: "De los mismos juicios contra las resoluciones y otros actos de los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y demás empleados, funcionarios o corporaciones administrativas del orden Departamental, intendencial o comisarial."

Las transcripciones hechas dejan concluir que en general las reclamaciones de los empleados contra las citadas personas, por concepto de sueldos, pensiones, vacaciones, cesantías y demás no deben promoverse ante la justicia ordinaria sino ante la administrativa que comprende precisamente el funcionamiento de las entidades públicas y que es el medio propio de control de sus actos en garantía del derecho público y del particular. Especialmente la jurisdicción del Órgano judicial propiamente dicho recae por lo común sobre conflictos sobre derechos privados y entre personas privadas también, por lo cual escapa a él el conocimiento de los negocios a que se alude.

En verdad que tiene aceptación jurisprudencial y doctrinal entre nosotros señalar a la persona pública ese carácter y también el de privada, mejor dicho, admitir que en determinados supuestos obra al igual que cualquier sujeto particular, pero ello no debe extremarse hasta igualarla por completo a la última, cosa que no puede hacerse sin mengua de los principios capitales de la organización de derecho, de la existencia del Estado y de las personas que son su emanación en mérito del mejor servicio público.

Las relaciones del Estado con el empleado pertenecen al derecho público, conforme las luminosas y múltiples exposiciones de los tratadistas, de lo que se viene en conclusión que la resolución de las controversias surgidas entre ellos compete a los organismos contencioso-administrativos. A este respecto, procede transcribir lo siguiente:

"Para la Corte la situación jurídica del empleado frente a la administración, no puede considerarse como la de contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe

someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley." (Sentencia de la Corte, del mes de julio de 1939.)

"...Las condiciones del ingreso en el servicio público, los derechos y deberes de los agentes, la duración del empleo, la responsabilidad, etc., no derivan de una situación contractual, sino de una situación legal o reglamentaria... Están (los agentes públicos) en una situación legal y reglamentaria, lo que indica que el régimen contractual no se les aplica en ningún momento..." (Gastón Jeze).

"El derecho de remuneración que tiene un empleado público, no es un derecho contractual, porque la relación de dicho funcionario público con el Estado no es una relación contractual. Si existe el derecho a la retribución, no es a consecuencia de un contrato o de un servicio hecho al Gobierno, sino por la ley que ha unido al cargo la dotación." (Francisco J. Goodnow.)

"No son derechos civiles, en el concepto específico de la expresión, los que se derivan de la relación oficial constituída por el servicio de los empleados públicos..." (Providencia del Consejo de Estado, de 20 de mayo de 1918.)

"La naturaleza jurídica de la situación del funcionario se caracteriza en la forma siguiente: el funcionario no está en una situación jurídica compleja como los empleados y obreros de las empresas privadas, es decir, en una situación que sería principalmente de naturaleza individual y accesoriamente de naturaleza legal o reglamentaria; él se encuentra en una situación que es completamente legal o reglamentaria." (Roger Bonnard.)

"Sin embargo, la objeción de las teorías de derecho privado... la relación del empleado y funcionario con el Estado, es una relación de derecho público y, por lo tanto, de derecho público tendrá que ser su régimen." (Gabino Fraga.)

Las transcripciones anteriores convencen sin duda alguna de que los vínculos de derecho creados entre la persona pública y la privada que desempeña funciones públicas, difieren por naturaleza y esencia de los que surgen entre las personas que tienen la condición de privadas, sea naturales o jurídicas, de donde se infiere con certeza que las controversias de las primeras por motivo de los servicios del funcionario no deben caer bajo el mismo régimen jurisdiccional.

Realmente, la jurisdicción contencioso-administrativa, como se ha solido decir, es la autolimitación del Estado por medio de una entidad suya, en guarda del derecho y de un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones, para impedir la extralimitación con mengua de los intereses sociales y de los individuales, por lo cual las reclamaciones de derechos de los funcionarios son de su conocimiento por tender la decisión de ellos a los mismos fines que tal jurisdicción, y en forma directa. Claro es que esas reclamaciones no encajan dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, porque no indican la

comparecencia de dos personas con la calidad de privadas y discutiendo derechos privados sino algo diferente.

Es función propiamente administrativa el reconocimiento de los derechos de los funcionarios, que adquieren por la ley y por causa del servicio que presten, de donde resulta que es propio que de sus reclamaciones conozcan los Tribunales Administrativos cuando las autoridades administrativas las denieguen. Es cierto que los artículos transcriptos antes ofrecen algunas dudas sobre lo expuesto, pero ellas desaparecen teniendo en cuenta que lo lógico, ordenado y correcto es que el funcionario reclame sus derechos ante las autoridades administrativas correspondientes antes de promover acción ante las entidades jurisdiccionales, y de allí que las resoluciones de aquéllas hagan aplicables entonces los mentados artículos, ya que es de buena técnica no accionar antes de que la persona obligada desconozca la obligación que cargue, en especial tratándose de prestaciones a los funcionarios públicos, como bien lo ha sentado la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

Esta jurisprudencia de la Corte respalda lo que se viene sosteniendo: "...Es cierto, como lo afirma el Tribunal en su fallo, que la demanda se dirige a obtener la reparación de un perjuicio en el patrimonio de la actora y que entraña una cuestión de derecho privado en tal concepto. Pero observa la Corte, que la lesión patrimonial privada es consecuencia, o puede serlo, de actos u omisiones de estricto carácter administrativo respecto de cuya legalidad o ilegalidad no puede decidir el Órgano Judicial por estar atribuído ese poder jurisdiccional a los Tribunales Administrativos. La reclamación por ilegalidad debe llevarse ante ellos..." (G. J., Nº 1996 y 1997, pág. 421).

Por otra parte, los artículos 261 y siguientes del Código Contencioso refuerzan lo expuesto hasta aquí, pues por lo menos muestran actos de que conocen los Tribunales Administrativos, y que en el fondo tienen cierta analogía con el reconocimiento de pensiones, etc., pues unos y otros son actos administrativos que caen bajo la jurisdicción de tales Tribunales.

Con desconocimiento de las concepciones modernas del derecho ha sido exagerada hasta extremos inaceptables la atribución del carácter de persona privada a la pública, viendo siempre en los actos y vinculaciones de ésta, actividades de derecho privado y encajadas dentro de su órbita, olvidando a cada paso que el derecho administrativo —que es derecho público interno— las comprende, en especial tratándose de las formadas entre esa persona y los funcionarios. En tal exageración encontramos una causa para que se sostenga la competencia del Órgano Judicial para el conocimiento de las acciones a que venimos haciendo referencia, la que es desprovista de verdadero apoyo.

Aspectos bien diversos ofrecen las relaciones que se forman entre el patrono y el empleado particular con las que se forman entre la

entidad estatal y el funcionario suyo, pues es comprensible que el régimen jurídico a que se someten es también distinto, como debe serlo el reconocimiento de los derechos que quienes les prestan sus servicios adquieran; de donde es propio inferir que no deben someterseles al conocimiento de una misma entidad jurisdiccional.

La materia sobre la cual recae propiamente la jurisdicción contencioso-administrativa es el acto administrativo —tanto en su sentido positivo como en el negativo— que es aquel que ejecuta el agente de la persona pública en su nombre, bien con una actuación dada o negándose a cumplirla, en el desempeño de sus funciones normales o a pretexto de ellas. El reconocimiento de cesantía, de vacaciones y demás, es un acto de la clase dicha porque debe ejecutarse por la persona pública en cumplimiento de sus atribuciones y en armonía con las leyes y reglamentos vigentes sobre el particular, motivo bastante para sostener que no es la justicia ordinaria la que debe conocer de las reclamaciones sobre esas prestaciones sino la contencioso-administrativa.

La última mencionada es el medio de control directo de la administración pública, de la forma de desarrollar la prestación de los servicios públicos por el Gobierno, para que no se desconozcan, violen o extralimiten aquellas normas que rigen la administración, para que no sufran mengua los principios capitales y los derechos particulares. Y siendo ello innegable, forzosamente se llega a la conclusión de que las reclamaciones de los empleados, por su investidura, no son del conocimiento del Órgano Judicial. No es equivocado afirmar que los actos que se cumplen por el Estado en relación con los funcionarios públicos son idénticos en sustancia a los presentados como ejemplo clásico de actos administrativos, por cuanto que en aquéllos están reunidos los elementos que caracterizan a los últimos. Por tanto, no parece que sea gratuita la tesis que aquí se sostiene.

El estudio detenido de los diferentes aspectos que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa y sus finalidades, muestra claramente que con su ejercicio es viable el reconocimiento de las prestaciones sociales debidas a los funcionarios sin desconocer los principios básicos de la atribución de competencia jurisdiccional sino, por el contrario, acatándolos en la integridad suya. El articulado del Código Judicial indica en forma expresa que el Órgano Judicial conoce de los negocios contenciosos del Estado, de los Departamentos y de los Municipios, que sean de derecho privado (Arts. 36, 40, 76, 109, 119, etc.), de lo cual resulta que por ser los negocios sobre prestaciones sociales de esas personas de derecho público, escapan a su conocimiento. Francamente, no se comprende cómo es posible sostener que las relaciones del Estado con los funcionarios suyos son de derecho privado, ya que elementales principios demuestran lo contrario.

Tal vez lo dicho convenga de la verdad de su contenido y contri-

buya a solucionar un problema importante en la aplicación de la legislación patria.

Por último digamos que lo dicho es sin perjuicio de las leyes especiales, por ejemplo la Ley 22 de 1942.

N. B. En autos del 18 de febrero y del 30 de agosto del año 1943 la Corte sentó jurisprudencia en el sentido de sostener la competencia de la justicia ordinaria en los negocios de que trata el capítulo.

SEGUNDA PARTE

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Al igual que las múltiples instituciones jurídicas, el Derecho Procesal ha sufrido una marcada evolución desde su origen hasta la época presente, la cual corre parejas con la de los distintos pueblos en los que ha tenido su gestación, pues hay que expresar que él posee una naturaleza marcadamente social por no ser mera categoría especulativa sino medio de pacificación social, como se ha solido decir, entidad dirigida a lograr una verdadera administración de justicia, que corresponda a la organización fundada del Estado y a los derechos reconocidos a todas las personas, sean de una u otra clase.

No se incurre en exageración al decir que el Derecho Procedimental nace con el Estado y el derecho particular, ya que ésa es la conclusión a que se llega del estudio de la historia, la cual muestra también que en el Estado antiguo la administración de justicia estaba en manos del Gobierno, representado por los Príncipes, confundiendo así en una misma persona las funciones públicas o ejecutivas propiamente dichas y las judiciales, lo que se hizo desaparecer posteriormente, señalando las últimas a una entidad bien caracterizada, de manera exclusiva, al Órgano Judicial, lo que es mirado como un grande avance y conquista de la época moderna.

En la mencionada época antigua fué común la existencia del Estado confesional, cuya consecuencia inmediata era la amplia o generalizada administración de justicia en asuntos aún de derecho privado por entidades y personas eclesiásticas, sin embargo de que esos asuntos no encajasen en realidad en conceptos religiosos, de que no fuesen materia propia de la jurisdicción eclesiástica. Con todo fundamento, en el derecho moderno esta jurisdicción no comprende los negocios de meros intereses particulares, de derecho privado, porque sobre ellos se ejerce la jurisdicción estatal, en general independiente de la eclesiástica.

Omitiendo detallar a espacio las diversas modalidades del proce-

dimiento judicial en las distintas etapas suyas, pues ello escapa a los límites del presente trabajo, anotaremos que su estructura encuentra orígenes más definidos en el derecho romano con "las acciones de la ley" (*Legis Actiones*), el Procedimiento formulario o Procedimiento por Fórmulas, y el Sistema Extraordinario, en el Germánico y en el Canónico, cuya recíproca influencia generó las orientaciones y modalidades actuales del mismo, los cuales son considerados fuentes suyas.

Para dar una ligera idea de la evolución del derecho Procesal colombiano se tiene que recurrir, en primer término, a la legislación española, porque ella rigió en el País desde la Conquista y esa legislación, influenciada a su vez por los derechos mencionados en el párrafo precedente, comprende el *Forum Judicium*, impropiamente denominado Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real de España, Las Leyes de Estilo, las Leyes Nuevas de Alfonso el Sabio, las Siete Partidas, elaboradas a mediados del siglo XIII, vigentes desde el año 1348 y consideradas como uno de los grandes monumentos legislativos. Posteriormente tuvieron vigencia: el Ordenamiento de Alcalá (1386), las Leyes de Toro (1602), la nueva recopilación (1657), que fué una colección de leyes vigentes, integrada de nueve libros, de los cuales el segundo y cuarto tratan de la organización judicial y de los procedimientos, aranceles y derechos, respectivamente; la recopilación de Leyes de los Reinos de Indias o Recopilación de Indias, publicada en 1680 y, finalmente, la Novísima Recopilación (1805), la cual fué adicionada con un suplemento de disposiciones expedidas en 1805 y 1806. Todo ello forma, pues, la legislación que imperó en la República hasta la época en que se conquistó la Independencia.

Verificada la emancipación, de inmediato no fué abolida la legislación española sino en lo que fuese incompatible con las nuevas leyes de la República, conforme lo dispuso la Constitución de Cúcuta en el año 1821 y la Ley del 13 de mayo de 1825, la que arregló el procedimiento de los Tribunales y Juzgados de la República y preceptuó que no siendo incompatibles con las Leyes hasta entonces dictadas, o que se dictaran, regirían en su orden: las pragmáticas, órdenes, cédulas, decretos y ordenanzas del Gobierno Español, dictadas hasta el 18 de marzo de 1808 y que imperaban en esa época en la República; las Leyes y Recopilación de Indias; las Leyes de Recopilación de Castilla y las Siete Partidas.

Con posterioridad se dictaron las Leyes del 17 de mayo de 1826, del 14 de mayo de 1834, del 20 de abril de 1836, del 20 de junio de 1839, del 8 de mayo de 1843 en cuyo cumplimiento y de una adicional, se publicó en 1845 la Recopilación Granadina, comprensiva de las leyes dictadas hasta entonces sobre organización judicial y las diversas ramas del derecho, dividida en siete partes y de las cuales la segunda abarca los asuntos judiciales. También fué publi-

cado un *Apéndice de la Recopilación Granadina,* que contiene las disposiciones vigentes hasta el año 1850.

En época posterior fué promulgada la Ley de 29 de junio de 1858 sobre organización judicial y el Código Judicial de la Nación, en el año 1872, el que no tuvo vigencia en todos los asuntos y en todo el territorio de la República, debido al Régimen Federal entonces imperante y a que los Estados Soberanos adoptaron su legislación propia. El aludido Código fué tomado del adoptado por el Estado de Cundinamarca en 1858, el que a su vez se inspiró en la Legislación Chilena y Española.

Extinguido el sistema federal y vuelta la República al régimen unitario, la Ley 57 de 1887 dispuso que regiría en ella el Código Judicial de 1872 y la Ley 147 de 1887 preceptuó la forma de organización judicial. Esos dos estatutos sufrieron modificaciones por obra de varias leyes, entre las cuales cabe citar la Ley 105 de 1890, la Ley 100 de 1892, etc., etc.

Hasta el año 1907 la Legislación imperante carecía de unidad y armonía, era deficiente por múltiples aspectos, incierta, y entonces se dejó sentir la necesidad imperiosa de una reforma fundamental, cuyo proyecto elaboró el doctor Ismael Arbeláez y fué sometido a revisión del Consejo de Estado en los años 1912 y 1914, teniendo en cuenta los conceptos de la Corte Suprema y los Tribunales Superiores, proyecto que se inspiró principalmente en las legislaciones procesales de Chile y España y que vino a ser la Ley 103 de 1923, de transitoria vigencia, pues la Ley 26 de 1924 la suspendió y dispuso la vigencia de lo anteriormente existente, en atención a las deficiencias de una y otra índole de que adolecía y a las innúmeras críticas desfavorables formuladas a ella por la opinión pública.

La ley de 1926 dispuso la creación de una comisión para elaborar un Código Judicial, la que cumplió su cometido siguiendo el proyecto del Dr. Arbeláez, varias legislaciones extranjeras y la doctrina de los tratadistas y la Jurisprudencia. Las labores de tal comisión dieron lugar a la ley 105 de 1931, que es el Código Judicial vigente.

NATURALEZA DEL C. JUDICIAL Y OBJETO

Con el vocablo "Código" se designa la regulación de una actividad jurídica especial, de determinada rama del derecho, en forma ordenada, general y metódica, regulación que debe guardar unidad y armonía con los principios básicos de la juridicidad. El término "Judicial", el que tiene origen etimológico en las palabras *judex* (juez) y *judice* (juicio) significa, en general, la actividad que desempeñan las autoridades jurisdiccionales y los particulares en la tramitación de los asuntos y controversias sobre los derechos privados. De allí que, en términos amplios, quepa definir el Código Judicial diciendo que es el conjunto de normas reguladoras de las entidades encargadas de la administración de justicia y de la forma de

administrarla, en lo cual cabe apreciar que contiene dos partes, a saber: la organización judicial que norma la formación y funcionamiento del órgano jurisdiccional del Estado y la forma de este funcionamiento en los diversos asuntos de que conoce.

La organización judicial pertenece al derecho llamado público, por ser atribución estatal que no depende de la voluntad de los particulares, en lo que se aprecia también que el código judicial tiene sustantividad, sin embargo de señalar los procedimientos adecuados para la efectividad de los derechos, por lo cual (lo último) es de usanza considerarlo como adjetivo. Al presente es verdad inconclusa que la administración de justicia es función privativa de la entidad Estado y a normar el desarrollo de tal función tiende el Código Judicial, precisamente, el que no excluye, sin embargo, lo dispuesto en leyes especiales (Art. 204), causa para comprender su carácter de regulador general de los asuntos judiciales.

Dicha función se ejerce permanentemente, exclusiva y definitivamente (Art. 473) por las entidades jurisdiccionales, pues la permanencia de la administración de justicia es indispensable a fin de que los ciudadanos puedan reclamarla en todo momento y no sean vulnerados sus derechos e intereses; lo mismo que la exclusividad, porque no armoniza con una correcta organización estatal y con una certeza necesaria al ejercicio de los derechos ciudadanos, que aquélla sea atribuída a diversas entidades y, por último, contraría elementales principios que las decisiones de aquellas entidades no gozaran de estabilidad en el tiempo y en el espacio.

Comúnmente se han señalado las vacaciones de los funcionarios judiciales y su reglamentación (Art. 181) como manifiestamente contrarias a la permanencia mencionada en el párrafo anterior, porque dan ocasión a la paralización por un lapso de tiempo de las actividades jurisdiccionales con manifiesto perjuicio, proponiendo su reglamentación en forma diferente a la actual, por lo menos.

Entre las otras calidades que debe reunir la administración de justicia, se destacan la imparcialidad, la gratuidad, la celeridad, etc., etc., de las cuales se tratará en las anotaciones sobre el Libro Segundo, en las cuales, además, se concreta mejor el objeto del Código en estudio.

LIBRO SEGUNDO
PROCEDIMIENTO CIVIL

TÍTULO I
DEFINICIONES Y DISPOSICIONES PRELIMINARES

ART. 194. — Es necesario al regular funcionamiento de los órganos de Estado una definición previa de los modos cómo deben actuar en los diversos casos que les correspondan. Así, tratándose de autoridades judiciales el Código de Procedimientos contiene las normas a que deben ceñirse en los distintos casos en que actúan, porque no se compadece con la esencia de los derechos particulares que para su efectividad estén subordinados a normas inciertas que por ser tales les someten a arbitrariedades. Los sujetos, en favor del orden social, no disponen de la facultad de "hacerse justicia por su propia mano" sino que deben solicitarla de las autoridades judiciales por medios apropiados, los que deben ser previamente definidos ya que de lo contrario las garantías de que gozan serían mera ilusión.

De suerte, pues, que el procedimiento civil tiene por finalidad y contenido propios reglar los modos de accionar ante las autoridades judiciales para la definición y reconocimiento de los derechos civiles y también por ellas. De suerte que la legislación no deja los métodos procesales a la libre escogencia de las entidades jurisdiccionales, ni de las personas particulares, como regla general (Art. 1208), sino que determina concretamente los procedimientos propios a seguir en cada clase de actuaciones y cuyo desconocimiento ocasiona la ineficacia de la actuación cumplida (Art. 448) contrariando tal determinación.

Es base del procedimiento la igualdad de todas las personas, por lo que no atiende a su nacionalidad, origen, clase, situación económica, etc., como consecuencia de la recta administración de justicia que persigue, lo que no obsta para que en relación con las personas de derecho público se disponga en ciertos y determinados casos que se mencionan en el presente estudio, algo que a primera vista las desiguala de las personas privadas y tampoco para que se concedan algunas garantías especiales a personas marcadamente paupérrimas

(Art. 584). Son también elementos básicos de la institución en referencia la celeridad (Art. 348), la economía y gratuidad (Art. 563), la imparcialidad (Art. 472), etc., etc.

Por lo común, el procedimiento es escrito y en el idioma nacional, lo que no descarta, según la naturaleza de algunas actuaciones, la oralidad, v. g.: inspecciones oculares, audiencias, la que por lo demás, fué imperante en la época antigua, y es autorizada restrictivamente en algunos juicios (Art. 1208) y propia de otros (Art. 774 ss., L. 10 de 1934, L. 45 de 1939).

A la naturaleza de los diversos asuntos que se cuestionan ante el órgano judicial obedecen lógicamente distintos procedimientos, llamados juicios, entre otros. Por tanto, el juicio es el resultado de la actividad jurisdiccional y la particular, tendientes a la definición, reconocimiento y eficacia de los derechos particulares o de relaciones de derecho. En verdad que el inciso final del artículo ha sido calificado como falto de acierto y técnica, más, sin embargo no entramos a considerar el mérito de esas críticas.

ART. 195. — Existen procesos de características especiales, que no causan la excepción de cosa juzgada, en los que el término probatorio es breve, en los que no se concede traslado para alegaciones de bien probado, que tienen razón de ser en la conveniencia de hacer más rápida la actuación y más conforme a los intereses de las personas, denominados especiales, por oposición a los llamados ordinarios que son usados en general en los asuntos no encajados en los primeros y también en su revisión, cuando es procedente. La especialidad de los juicios es determinada en concreto y específicamente, por lo que no cabe hablar de juicios especiales sin que la ley así los haya definido.

Los juicios ordinarios son de dos clases, según que tengan ese carácter inicialmente, como cuando se promueve una acción reivindicatoria, o que lo adquieran algunos especiales como el de cuentas (Art. 1132) y el de deslinde (Art. 870).

En relación con los juicios existe otra división sustancial y de concretas consecuencias en el campo procesal, a saber: en contenciosos y en de jurisdicción voluntaria, sobre la cual se ha escrito bastante por los autores. Los procesos de jurisdicción voluntaria se caracterizan en que son adelantados en los más de los casos sin contradictor, sin que corresponda al fallador desatar verdaderas controversias por la existencia de derechos particulares opuestos de los que cada interveniente busca el triunfo con la exclusión de los de otro litigante. Los procesos de *jurisdictio voluntaria,* conforme se les apellidó en la legislación romana, en muchos casos tienen marcada calidad administrativa y de reconocimiento de la voluntad privada y en los mismos la jurisdicción se ejerce *inter volentes* y no son objeto general de sentencias de condena. De jurisdicción voluntaria son los asuntos sobre provisión de curador a quien no lo

tiene, sobre insinuación, sobre autorización de venta de bienes de menores, etc., etc.

Por exclusión de los otros, los procesos contenciosos propiamente dichos, se inician, generalmente, con el llamamiento de una persona a quien se considera ligada al demandante por relaciones de derecho preexistentes que la obligan a una prestación, en el sentido jurídico del vocablo, a responder en juicio por actos o hechos ejecutados, porque el actor se proponga exigirle en ellos el bien a que haya adquirido o sobre el que tenga derecho violado por el demandado o liberarse a su vez de una obligación con una acción rescisoria, resolutoria, de prescripción adquisitiva, etc. En ello cabe apreciar que el juicio contencioso tiene como materia propia intereses en principio opuestos, y en consecuencia, la prevención o la represión de las violaciones de los derechos particulares.

Lo anotado muestra que el criterio de diferenciación de unos y otros juicios debe ser el de considerar su objeto inmediato y no la mera conducta de los intervenientes en ellos, puesto que en los que por lo común con llamados de jurisdicción voluntaria, pueden darse casos de controversia verdadera entre los respectivos interesados, al tiempo que en los contenciosos no suscitarse tal controversia, por no presentación del demandado, por rebeldía y demás. Tampoco es fundado tomar el concepto de coacción para hacer la diferenciación acotada, porque en unos y otros tiene aplicación.

El texto de la respectiva demanda, con el que ha de concordar la sentencia, que sobre la misma recaiga, viene a ser en definitiva el mejor elemento en la apreciación de la clase de juicio a que dé lugar, jurídicamente hablando. Tal vez lo anotado sea aprovechable en la distinción de los juicios aludidos, ya que no se dispone para esa finalidad de una regla precisa que sea aceptable en su integridad para ese propósito.

Por último, se anota que los juicios se dividen también en escritos, verbales, de ejecución, sumarios, etc., de los que se tratará en su lugar.

ART. 196. — En muchos casos, el valor de los juicios es importante, abstracción hecha de otros conceptos, en la determinación del funcionario competente para aprehender su conocimiento, ya que dentro de la técnica de toda legislación los hay de diversos grados y jerarquía que actúan en armonía con la significación económica de los múltiples asuntos sometidos a la decisión judicial. Es claro que una buena organización judicial tiene que tomar en cuenta la diversidad múltiple de los asuntos debatibles por los ciudadanos y de allí que deba establecer diferencia de categoría en los funcionarios, atendiendo a una realidad a la cual no es posible sustraerla (Art. 154).

Por eso se establece que los negocios son de mayor, de menor y de mínima cuantía (Art. 735) según excedan o no de la cantidad de trescientos pesos o de la de veinte pesos, respectivamente la que

se conoce fatalmente por el objeto de ellos, creándose entonces una relación directa entre éste y el concepto de cuantía, porque aquél tiene que definir ésta. Lógica y jurídicamente, no es posible conocer la significación económica de un litigio con prescindencia de su objeto. En verdad, no alcanza a concebirse que sin ese elemento quepa determinar el valor de los litigios.

Despréndese de lo dicho que el principal factor, en relación con el señalamiento de la cuantía, es el objeto perseguido con la acción, por lo que, tratándose de tales cuestiones, lo primordial es conocerlo, analizando sus aspectos. Ahora, en ese análisis hay que tener cuidado de no despreciar lo que en rigor jurídico es accesorio de lo pedido pero que también lo integra realmente.

Cuando una persona demanda un capital, por ejemplo, y sus intereses, los últimos deben tenerse en cuenta, porque ellos concurren a integrar lo exigido, sin embargo de ser accesorios. La acción de que se trata los comprende inmediatamente, al integrar su finalidad, como es obvio, por lo que no es comprensible que no sean tenidos en cuenta en la calificación de la cuantía de la acción incoada.

Puede darse el caso de intereses que alcancen a una suma superior a trescientos pesos, la que constituye la mayor cuantía, con lo que resalta la razón de la tesis que se expone. Pues si el capital debido es menor de aquella cantidad el conocimiento del respectivo negocio, si no fuera aceptada, correspondería a los Juzgados Municipales sin embargo de que la suma del capital y los intereses sobrepase al monto máximo que la ley señala a esos funcionarios para conocer.

La tesis sostenida ha sido bastante discutida, pero creemos que ella armoniza con las normas generales que informan el procedimiento civil y es más fundada que la contraria, pues su base aparece de manifiesto, además, si se considera que el Juzgador está impedido para reconocer cosas miradas como accesorias de la acción principal si en el texto de la respectiva demanda no han sido solicitadas expresamente, puesto que las sentencias en manera alguna pueden reconocer o comprender más de lo pedido en la correspondiente acción, como es obvio. Ello hace ver que el concepto de accesorio juega papel trascendente en la estimación de la cuantía de los negocios, ya que lógicamente no cabe la exigencia de un pedimento como condición necesaria del reconocimiento de un derecho y al mismo tiempo no estimarlo en la valoración de la cuantía del negocio de que se trate.

Tampoco cabe generalizar demasiado la tesis de que lo accesorio pesa en la estimación de la cuantía y sostener que las costas procesales deben ser consideradas como integrantes de ella, puesto que ellas no existen al momento de la iniciación de la acción, momento en el cual se determina en todos los casos la cuantía.

En ocasiones se adelantan ante los jueces municipales ejecucio-

nes por valores menòres de trescientos pesos y en ellas son rematados propiedades de mayor valor y después el ejecutado entabla acción sobre revisión de las mismas y tendiente a recuperar lo rematado. En semejantes circunstancias la cuantía no surge de la que tuvo la ejecución sino de lo que realmente se persiga; por lo siguiente:

Como medio propio de conocer la cuantía de las acciones ejercitadas ante el órgano judicial se tiene en cuenta comúnmente el valor de la cosa constitutiva de su objeto, pues así se logra un mejor conocimiento de tal cuantía y puede conocerse con más acierto, en los casos en que la misma es esencial para saber a qué Juez está atribuído el conocimiento de un negocio dado.

Es, pues, en general, relativamente fácil señalar la cuantía de una acción judicial, al momento de ser iniciada. Es innegable que el demandante de la revisión señale como objeto aparente de su acción un juicio ejecutivo que tuvo por finalidad hacer efectiva una suma inferior a trescientos pesos, pero sin embargo, no por ese motivo debe procederse en la apreciación de la cuestión con el criterio de que forzosamente la nueva acción tiene que ser de menor cuantía, pues parece que la técnica procesal exige que se valore también lo que representa la propiedad rematada en el primer juicio.

Viene al caso anotar que el fondo, lo sustancial y principal de las acciones debe ser considerado para su identificación y clasificación, puesto que de lo contrario no son individualizadas como deben serlo. El interés en el nuevo juicio no está representado apenas por el valor de la deuda demandada antes sino también por el valor de la propiedad rematada, lo que integra un todo indivisible de tal suerte que ha de considerarse tal acción como de mayor cuantía.

Bien claras y conocidas son las razones por las cuales dentro de la organización de las entidades jurisdiccionales se atiende o se da importancia a la llamada jerarquía y en tales razones tiene apoyo la tesis hasta aquí expuesta; si ella no fuese fundada, se daría ocasión a colocar —de manera directa— bajo la competencia de ciertos funcionarios intereses que, por lo valiosos, la ley ha querido sustraerlos a su conocimiento y atribuirlos a funcionarios de mayor jerarquía.

Tal vez armonice con la juridicidad sostener que el hecho de que un juicio especial, sujeto al recurso de revisión por la vía denominada ordinaria, haya sido tramitado como de menor cuantía, no genera o determina por sí sólo la del nuevo juicio que sobre él pueda iniciarse, que ella es señalada en atención a los intereses que éste representa en aquél, mejor dicho, es ajustado a derecho considerar la respectiva cuantía con vista en los intereses que en el nuevo se discutan.

Es evidente que al tiempo de la iniciación de un proceso ejecutivo es cuando queda determinada su cuantía, la que no cambia por la ocurrencia de actos normales en su desarrollo, pero tal cosa no

da base para inferir *a fortiori* que el litigio posterior que a causa suya nazca tenga que ser de la misma cuantía, puesto que, por ciertos aspectos por lo menos, éste es independiente; expresado en otra forma, puede tener por objeto intereses superiores a los que entraron en juego al incoarse el proceso primitivo.

En relación con la mínima cuantía (Art. 735, 119, ord. 1º) procede anotar que la regla común es que ella es la que no excede de la suma de veinte pesos, pero que a su vez tiene la excepción consagrada en los incisos finales del artículo 120.

Por último, anotamos que la firma de estimación de la cuantía en los casos de acumulación de acciones (Art. 209), de tercerías (Art. 1062) y demás, será vista al tratar de ellos.

ART. 197. — La denominación de las actuaciones judiciales es general y no única y concreta, como no podría serlo sino a nombre de un empirismo absurdo o un exagerado curialismo inoperante al presente. Por eso pueden usarse en su designación diversos vocablos bajo condición sí que den idea de ellas; así puede hablarse de proceso, expediente, autos, informativo o diligencias, etc., ya que esos términos comprenden la actuación surtida ante los órganos del poder público. Al respecto, conviene anotar que no debe confundirse la significación del vocablo autos para designar los procesos judiciales con la acepción en que indica ciertas providencias jurisdiccionales.

ART. 198. — En el afán de lograr un mejor acierto en las decisiones judiciales y en garantía de los derechos de que ellas tratan, es establecida como norma general la de que los negocios tienen dos instancias o grados con lo que se da la idea de que de los mismos pueden conocer distintos funcionarios, en oportunidades precisas es claro, y de que, por consiguiente, es más razonable pensar en la mayor posibilidad de efectiva garantía de los derechos. En buena lógica no procede negar que la intervención de varios empleados en un asunto debatido ofrece, a no dudarlo, mayor certeza de la respectiva sentencia.

Tal es el fundamento inmediato de la existencia de las dos instancias, sin que valga argumentar en contrario que solamente ocasiona dilaciones desprovistas de utilidad y además, que son comunes los casos en que la segunda instancia propicia la comisión de notorios errores. Las dos instancias, consagradas en la generalidad de los Estados, son precisas por la conveniencia de procurar el acierto mencionado ya, en el que está comprometido el interés público. En principio, la segunda instancia propicia la actividad de funcionarios de mejores condiciones que los intervenientes en la primera, porque obedecen a conceptos de jerarquía que hacen presumir por lo menos mejores conocimientos en el superior que en el inferior.

Contiene el artículo, en nuestro sentir, una marcada impropiedad al definir que la primera instancia principia con la iniciación del juicio siendo que en otras partes define la misma ley que hay juicio desde la notificación de la demanda al demandado (Art. 981 cds.).

En realidad la instancia se inicia desde que se admite la demanda por cuanto que desde ese momento adquieren los sujetos el derecho cierto a una actividad jurisdiccional concreta sobre cuestiones que ella contenga, se producen determinados efectos como el de la interrupción de la prescripción (Art. 2524 C. C.), y el de que algunos términos para hacer uso de derechos no se venzan, como cuando debe presentarse demanda después de practicarse un secuestro preventivo, etc., etc.

Correcta y propiamente, se denomina instancia la actuación que se cumple en un proceso ante y por cada funcionario con el lleno de las formalidades legales; ante el inferior se verifica una y ante el superior la otra. Por tanto, al admitirse la acción principia el desarrollo de lo conducente a finalizarla, de donde se infiere que con ello iníciase la primera instancia que puede terminar aún sin sentencia de fondo, por desistimiento, caducidad, etc., sin embargo de que el artículo no lo diga.

El inciso final del artículo acotado preceptúa que la segunda instancia se inicia desde que se recibe por el superior el proceso, esto es, desde que se da campo a su actividad.

Algunos negocios solamente son susceptibles de una instancia, como los determinados en el artículo 40. La verificación de las dos instancias es forzosa en los negocios en los cuales sea procedente la consulta (Art. 508, 821), pero no en los otros por cuanto que en ellos se da lugar a la segunda por recursos de apelación que interpongan los litigantes, quienes pueden conformarse con la sentencia dictada en la primera, dejando transcurrir los términos para apelar, etc., lo cual es conforme con la base de la segunda instancia o sea el interés particular y la garantía de que debe gozar.

Art. 199. — Los traslados tienen marcada importancia procesal ya que no son otra cosa que el medio de dar a conocer a las partes los diversos actos cumplidos en los juicios o cuando se presenta demanda para promoverlos, en los incidentes y demás, a fin de que puedan estudiar y proponer lo que más les convenga, asumir su defensa, para que el procedimiento no se convierta en cosa propicia a actuaciones sorpresivas y por tanto contrarias a los altos fines de la justicia.

La significación de lo que se habla puede medirse observando que cuando se omite hacerlo en debida forma da lugar a nulidades por la falta de citación o emplazamiento de las personas interesadas en los juicios (Art. 448), por lo que los Secretarios deben esmerarse en colocar las correspondientes notas, llegada la oportunidad, ya que ellas tienen el mérito de documento público (Art. 632) y definen si los traslados han sido cumplidos a satisfacción, bien.

Dos son las formalidades necesarias para la verificación del acto procesal denominado traslado, por cuyo mérito no se sustraen los autos al conocimiento de las respectivas partes, a saber: la notificación en debida forma del auto por medio del cual se ordena y

la constancia de origen secretarial por medio de la cual se ponen los expedientes o partes de ellos a disposición del interesado o de los interesados. Sin el lleno de una de las aludidas formalidades no puede estimarse surtido el traslado por falta de lo ordenado en el artículo y de allí que el cumplimiento de ellas sea indispensable.

Antiguamente, en el derecho español, el vocablo *traslado* significaba el trasunto o copia fiel de un escrito o documento original y al presente significa el conocimiento que se da a las partes, de demandas, de autos, etc., sin necesidad inmediata de tomar copias y se refiere a distintas etapas y actos procesales.

ART. 200. — La doctrina de este artículo tiende a facilitar la simplificación de los procesos, en cuanto al tiempo, permitiendo al demandante presentar con la demanda varias copias de ella y los documentos adjuntos, cuando la parte demandada está integrada por varias personas para surtir los traslados simultáneamente, si es posible y evitar así la pérdida de tiempo factible con los traslados sucesivos. De consiguiente, en los traslados del caso dichas copias representan la demanda original, y pueden ser extendidas en papel común. Sin embargo de que los traslados en copias no hayan sido contestados pasado su término y el del emplazamiento, los procesos siguen su curso en lo que puede verse que para la constitución de ellos no es tanto indispensable la contestación de la demanda, máxime cuando su falta no acarrea sanciones especiales para los demandados.

ART. 201. — Compulsar la fidelidad de las copias de que trata la precedente disposición es deber imperioso de los Secretarios y trascendente, porque si no lo satisfacen, en los incidentes que al respecto se susciten sobre si la copia era exacta o no, sobre si fué adulterada, etc., se puede dar lugar a situaciones inciertas y hasta a abusos por parte de los litigantes, fuera de errores que habían podido evitarse. La compulsa de las copias es, además, medio de evitar sorpresas a la buena fe y crear la seguridad de las actuaciones.

ART. 202. — En todo litigio, los sujetos que los promueven o contra quienes se promueven adquieren la calidad jurídica de partes, la que en sí misma tiene notoria trascendencia, pues se sabe bien claramente que a ellas únicamente corresponde hacer uso de todos los derechos derivados de la respectiva relación procesal, v. gr.: del desistimiento, de la caducidad, de los recursos comunes, etc.

La parte, bien activa o pasivamente, puede estar integrada por varias personas las que en general tienen intereses independientes entre sí y con relación a la o a las contrarias. De allí que cuando ello ocurra hay que tener en cuenta lo dicho para no menoscabar sin razón sus derechos. Así por ejemplo si son varios los actores el desistimiento unilateral no es eficaz contra quienes no lo hagan, las sanciones propias de la mora en devolver los expedientes apenas son procedentes contra quien incurra en ellas (Art. 381) y no contra sus colitigantes, como no podrían serlo sin mengua de la justicia.

Lo dicho demuestra que para ser "parte" es menester que los sujetos tengan verdadero interés jurídico en el asunto debatido, puesto que dicha calidad obedece a conceptos preestablecidos y fundados, no arbitrarios.

ART. 203. — Ante la dificultad insalvable de que el legislador pueda condensar en normas concretas soluciones determinadas para todos los múltiples casos que pueden ocurrir en las relaciones sociales, autoriza la llamada analogía (sistema de construcciones jurídicas) que consiste en la aplicación de una regla dada y cierta, referente a un caso concreto, para la solución de otro similar no previsto expresamente.

De suerte, pues, que ella requiere la ausencia de una norma comprensiva del caso presentado y una similitud de él con otro previsto expresamente, esto es, que su naturaleza no sea opuesta o esencialmente diferente, por cuanto que es obvio que naturalezas distintas encajan lógicamente en elementos a la vez diversos.

La legislación obedece a principios estables y constitutivos de verdaderos sistemas en lo que encuentra su cimiento la aplicabilidad de la analogía, ya que es adecuado a toda técnica que lo que la informa tenga efectos en lo que puede caer bajo su radio de acción. Además, la necesidad de no abandonar la actividad jurisdiccional a posibles inactividades por falta de reglas expresas respalda la aplicación de la analogía. Por otra parte, ella es garantía de los derechos para que no queden pendientes del mero arbitrio de los funcionarios, haciendo que su actividad se ciña a normas concretas. Finalmente, se anota que lo dispuesto en el artículo en estudio es lo mismo que lo preceptuado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por lo cual el primero no era necesario.

ART. 204. — Los procedimientos generales son excluídos por los especiales, puesto que éstos por ser tales priman en los casos a que ellos se refieren, por lo que los previstos en leyes especiales están subordinados a ellas y sólo en su defecto son aplicables las normas del C. Judicial. Francamente, extraña que la legislación procesal no tenga una unificación total para descartar las incertidumbres derivadas de tal cosa, puesto que es incuestionable que un cúmulo de leyes dispersas ocasiona confusiones inconvenientes, fuera de que no es conforme con la verdadera técnica legislativa.

En asuntos sobre minas existen disposiciones especiales, lo mismo que en algunas cuestiones contenidas en la ley de régimen de tierras, en relación con las expropiaciones, etc.

V.	Leyes	120	de	1.928	Ley	39	de	1.933	D.	E.	1.855 de 1933
„	„	21	„	1.931	„	80	„	1.933	„	„	652 „ 1935
„	„	50	„	1.931	„	10	„	1.934			
„	„	37	„	1.931	„	50	„	1.935			
„	„	70	„	1.931	„	83	„	1.935			
„	„	74	„	1.931							
„	„	134	„	1.931							
„	„	28	„	1.932							

El artículo referido quizás tenga explicación en la relativa premura de la expedición del Código y guarda armonía con el pensamiento expresado por el Órgano Legislativo al impartir la aprobación del último, pensamiento que se dió a conocer en las proposiciones aprobadas por el Senado y la Cámara, en el sentido de considerar subsistentes algunos procedimientos especiales señalados en otras leyes.

LAS ACCIONES CIVILES

Es oportuno antes de seguir adelante exponer someramente algunas ideas sobre las acciones, sobre las cuales se han presentado innúmeras discusiones a través de los tiempos, con relación a su naturaleza especialmente. Se deriva el término acción de *agere* o de *actio,* y su origen más claro se encuentra, como el de la mayor parte de las instituciones jurídicas, en el derecho romano con sus concepciones en los tres períodos que se le han señalado: acciones de la ley, formulario y extraordinario. Precisamente, en el segundo cabe apreciar un origen más propio de la concepción que al presente se acepta como fundada, sobre la acción, pues en él se tiene la definición de Celso: *Jus persequendi in judicio quod sibi debetur* (es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido), a la cual han sido agregadas expresiones de carácter descriptivo, que atienden a la operancia de la acción, pero que no modifican la concepción esencial contenida en la definición transcrita.

Según las distintas escuelas y tendencias, se concibe la acción:

a) Como un derecho público contra el Estado para la tutela del derecho. Esta concepción —abstracción hecha de que desconoce el sentido tradicional de la acción— adolece del defecto de confundir el medio con el fin. Una cosa es la facultad que tienen todas las personas para pedir justicia y otra muy distinta la reclamación de un derecho particular y concreto en juicio. Además, es de todo punto de vista infundado considerar que el sujeto pasivo de la acción es el Estado, en principio, pues es impropio desconocer que él por lo común, carece de tal calidad. En estas materias el objeto de las instituciones influye en forma decisiva en la integración de su esencia y si en realidad con la acción se busca la eficacia del derecho, tomado el término en sentido amplio, resalta que es equivocado por lo menos concebirla como poder público contra el Estado.

b) Como mera norma de procedimiento para la efectividad o realización de los derechos subjetivos. Esa manera de concebir la acción rebaja la misma a una calidad que la desnaturaliza haciéndola una entidad desprovista de toda sustantividad y, por otro aspecto, confunde la acción con los distintos medios suyos de actualización, fuera de que con la aludida concepción no alcanzan explicación y justificación la extinción del derecho por la extinción de la acción, etc.

c) Como poder o derecho autónomo e independiente del derecho

al cual se refiera, concepción defendida por eminentes tratadistas pero que, sin embargo, es falta de solidez, porque no permite explicar la condena en las costas procesales, mejor dicho, aceptar dicha tesis sobre la acción equivale a negar la viabilidad de tal condena. Toda acción se refiere a una relación de derecho determinada en lo que, en verdad, puede observarse con razón que ellas (las acciones) no deben ser miradas como entidades independientes en sí mismas, pues tampoco tienen siempre la característica de interrogatorias, que la tendrían si fuesen autónomas del derecho a que se refieran. En la vida real se aprecia constantemente que el ejercicio de acciones fracasa, pero de ello no cabe sacar un argumento en apoyo de la mencionada concepción de que se viene tratando, porque en asuntos de derecho se atiende sobre todo a conceptos éticos, del deber ser, y de ninguna manera únicamente a situaciones de hecho. Si la acción tuviese existencia por sí misma, sin ser condicionada a otros conceptos, desaparecería la ilegitimidad de personería, tanto adjetiva como sustantiva.

d) Por último, se concibe la acción como la facultad particular o medio legítimo de demandar ante las entidades jurisdiccionales la efectividad de un derecho, con la prevención de sus violaciones, la reparación de su desconocimiento, su reconocimiento formal, etc., concepción de la acción comúnmente apellidada clásica y que goza de aceptación más general, no obstante las críticas que le suelen formular, por ejemplo diciendo que el insuceso de las acciones pone de manifiesto que no son medios de lograr la efectividad del derecho, a lo cual se replica que es falto de acierto confundir situaciones de hecho y situaciones de derecho. También se expresa que la acción no es simple medio de lograr la eficacia del derecho porque en muchos casos propicia la extinción suya. En puridad de verdad, lo que ocurre en esos supuestos es que la extinción del derecho se presenta por renuncias de su titular, con el no ejercicio de la acción oportunamente, con el desistimiento, la caducidad, renuncias que son expresas o tácitas (Arts. 2512 ss., 2535 ss. C. C. Arts. 364, 461 C. J.). Por otra parte, el fracaso en juicio de quien realmente tiene un derecho, es fenómeno irregular que no debe pesar en la estructuración de la naturaleza de las acciones, por no adecuarse a las ocurrencias normales y que en buena técnica y lógica jurídicas son de estimación principal en la materia.

La acción, llamada por algunos el derecho en movimiento o el derecho reaccionando ante su violación, es única, lo que vale decir su ejercicio no es múltiple e indefinido, mirada en concreto, lo que explica claramente la institución de la cosa juzgada (Art. 473) y la excepción de pleito pendiente (Arts. 330 ord. 4º y 334), característica que no tuvo en un período del antiguo derecho romano, en el cual para un derecho existían varias acciones. Íntimamente está relacionada la acción con el derecho que le sirve de base o al cual se refiere, hasta el punto de que es común la expresión de que no

hay derecho sin acción y a la inversa, pero esa relación no lleva hasta identificarlos, a hacer desaparecer sus diferencias y considerar el derecho y la acción como una sola entidad. Tampoco debe confundirse la acción con la demanda, pues la última no es otra cosa que el medio apropiado de actualizar la primera, de ponerla en movimiento.

La acción consta de estos elementos esenciales sin los cuales no es dable concebirla, a saber: subjetivo que comprende al sujeto activo de ella y al pasivo; la causa de pedir (*causa petendi*) o sea los fundamentos de derecho en los cuales se apoya, y el objeto al cual se dirige, el que propiamente está formado por lo pedido por el accionante (*petitum*).

A no dudarlo, los mencionados elementos son suficientes para la identificación de las acciones, la que importa en orden al conocimiento de su naturaleza, para saber cuándo son procedentes las excepciones de pleito pendiente y cosa juzgada, contra cuáles personas, quiénes se consideran ligados a la sentencia que recaiga en una acción determinada, a cuál entidad corresponde su conocimiento y demás.

Toda acción presupone: una entidad jurisdiccional ante la cual se presenta, ya que ante los órganos jurisdiccionales del Estado es ante los que debe reclamarse la protección del derecho; por lo general una o varias situaciones de hecho susceptibles de tutela o sanción jurídica, y la necesidad de aplicación de esa tutela en beneficio del accionante. En realidad resulta que esa necesidad no es otra cosa que el interés del demandante apoyado en derechos particulares suyos, para demandar en juicio. Interés concreto y no meramente conjetural e hipotético. Presupone también la acción la capacidad procesal para ser parte.

Ella se dirige contra quien es obligado legalmente a verificar una prestación de uno u otro orden en pro del demandante, sea persona natural o jurídica, contra quien por vínculos anteriores debe responder en juicio de determinados asuntos. De forma que el sujeto pasivo de la acción lo es a causa de su conducta anterior y nexos legales también anteriores, pues la iniciación de ella apenas concreta su sujeto pasivo sin crearlo, ya que sería contrario a sanas normas de derecho que el individuo contra quien va a accionarse pueda ser escogido libre y arbitrariamente por el presunto accionante. Por la misma naturaleza de la acción, potencialmente, por decirlo así, es predeterminado con relación al momento en que es incoada, el sujeto pasivo suyo.

Varias divisiones de las acciones se han formulado, en atención a la relación tanto inmediata con el derecho a que se refieran, a la forma de su tramitación, al objeto próximo que cumplen, a su finalidad propia, etc.

En cuanto a la rama del derecho a que se refieran, se clasifican las acciones en: penales, administrativas, civiles y canónicas.

El derecho particular comúnmente es materia de la acción y aten-

diendo a su naturaleza, esto es, a su división en real y personal (Arts. 665 y 666, C. C.), de idéntica manera se dividen las acciones. *Las reales* se refieren a una cosa determinada en forma que puede llamarse absoluta (Arts. 669 y 946, conc. C. C.), porque no hace relación a un individuo dado sino al bien que forma su objeto o sobre el cual recae el derecho que va a debatirse en juicio. El modelo que pudiéramos llamar clásico de acción real es el de la reivindicatoria. Entre las reales se cuenta la acción de servidumbre, sea negatoria o confesionaria, la hipotecaria, la prendaria, la publiciana, etc. Su fuente está, pues, en los derechos reales.

Las personales, sustancialmente, se refieren a sujetos determinados, por gracia de su origen y su objeto. Se originan en la ley, como la relativa a alimentos, en los contratos y convenciones, como la resolutoria y la rescisoria, en los cuasicontratos, como la de restitución de lo pagado indebidamente, en los cuasidelitos, como la pauliana y en los delitos (Art. 1494, C. C.). En las referidas acciones, se determina siempre el sujeto pasivo de ellas, por razón de su causa y en la misma.

También se acostumbra clasificar las acciones en mobiliarias e inmobiliarias, según la naturaleza de los bienes a que se refieren (Arts. 654, 655 y 666 C. C.). De suerte que si se persigue con ellas un inmueble son inmuebles y si lo perseguido es mueble serán muebles a su vez.

Acciones mixtas. — Generalmente se denominan así aquéllas en las que los distintos interesados pueden asumir indistintamente el carácter de demandantes o demandados, como la de división de la herencia (*familiæ eosciscundæ*), la de deslinde (*finium regundurum*) y la de división de bienes comunes (*communi dividundo*). También se usa denominar mixta la acción cuando con ella se persigue a un tiempo un derecho real y otro personal, pero en realidad en ese supuesto lo que ocurre es un concurso de acciones en que cada una conserva sus características propias, su índole peculiar, sin desnaturalizarse y perder su identidad. De ello despréndese que no es muy acertado hablar de acciones mixtas, como no lo hacen la generalidad de las legislaciones, porque aquel concepto no obedece a algo real, como tampoco cuando se habla de las mencionadas al principio del párrafo, según los tratadistas.

Acciones accesorias. — Se califican así aquéllas que, por aposición a las principales, tienen marcado carácter de tales, que son medio de asegurar los resultados de un proceso principal que se subordinan al mismo en su existencia, que son por sí mismas únicamente medio y no fin, que en general no contienen o propician una decisión de fondo de los derechos. Entre ellas procede citar el embargo y el secuestro preventivos, la exhibición, la suspensión. La existencia de las aludidas acciones está condicionada por el juicio a que se refieren, así la suspensión (Art. 360) no se concibe sin él, lo mismo que un secuestro.

Existen otras acciones llamadas prejudiciales que tienen por objeto próximo, aún cuando no único y último, la preparación de los juicios; por ejemplo, la recepción de declaraciones extrajuicio (Art. 695), las posiciones extrajuicio (Art. 610, inc. 2º), la inspección ocular extrajuicio (Art. 731), etc., etc.

Los autores también dividen las acciones en: de condena, de declaración, de constitución, de mandamiento y perjudiciales sobre las cuales se hablará a medida que se adelante en el estudio de los juicios, división que tiene relevada trascendencia, como las anteriores, según se verá.

Finalmente, la acción se extingue con el derecho a que se refiera (v. C. C.), por prescripción (Art. 2512 y ss. C. C.), por renuncia del titular (Art. 15 C. C.), por la caducidad (Art. 364), por el desistimiento (Art. 461), por su completo ejercicio, el que comprende la ejecución de la sentencia que en la misma recaiga. Es claro que la suspensión (Art. 360, 370, 181) es en esencia diferente a la extinción, la que se cumple también en cada caso concreto, por la denegación en firme de los pedimentos del accionante.

No sobra en esta oportunidad expresar que es propio considerar que la cedibilidad es otra de las características comunes de las acciones civiles, esto es, que sus titulares disponen de la facultad de trasmitirlas a otras personas, antes o después de propuestas ante el Órgano Judicial, caso este último en el que la cesión comporta modalidades especiales, puesto que se hace bajo el concepto de derecho litigioso y requiere el lleno de ciertos requisitos para su validez (Arts. 1969 ss. C. C.).

A pesar de lo anotado, existen determinadas acciones cuyo ejercicio es estrictamente personal como la de alimentos, la que nace del pacto de retroventa (Art. 1942, ib), las sobre estado civil, calidad que las aparta del comercio y por consiguiente no tolera que sean objeto de cesión alguna, por estar comprometido en ellas el interés social que prima sobre el privado de los sujetos particulares haciéndolas incedibles por esencia y naturaleza.

TÍTULO II

DEMANDA Y RESPUESTA

ART. 205. — Es demanda la solicitud con la cual se inicia un procedimiento ante el órgano judicial, que provoca la actividad de él sobre el asunto concreto que aquélla contenga. Esto indica que debe contener una especificación exacta del asunto que por su medio queda sometido a una decisión jurisdiccional, ya que es indispensable conocer qué es lo que reclama una decisión de tal índole. Dentro del sistema vigente en la República la justicia en asuntos de orden civil es solicitada y no espontánea, por lo que se comprende que la certeza de lo demandado es imprescindible.

Resalta la trascendencia de lo dicho con anotar que la entidad denominada cosa juzgada, sobre la que se tratará adelante (Art. 473), tiene el mérito de impedir el nuevo debate judicial de lo que antes se debatió y de allí la necesidad y conveniencia de la especificación concreta de lo que se demanda.

Es claro que los pedimentos formulados por el demandante han de obedecer a hechos o actos generantes de derechos particulares ante las normas legales. Esto muestra que la relación de todo ello corresponde hacerla al demandante porque así se dan las bases precisas de la relación procesal que hà de formarse, se hacen conocer del demandado para facilitarle la defensa suya, pues el proceso civil no es medio de fáciles sorpresas, y se sabe mejor, por último, la forma cómo el funcionario respectivo ha de orientar sus actividades.

La persona sujeto pasivo de la acción incoada, o sea, el demandado, debe ser individualizada correctamente ya que sería absurdo a todas luces considerar factible que contra un sujeto cualquiera se pudiera avanzar un proceso sin su llamamiento expreso y cierto. Sobre el particular no está por demás observar que técnicamente es indicado tener cuidado al confeccionar una demanda en la determinación de que se viene tratando para que no quede sujeta a seguro fracaso. Así, por ejemplo, al demandar a una sociedad, procede anotar si es de carácter civil o mercantil, si es colectiva, de responsabilidad limitada, etc.

Como existen personas jurídicas e incapaces que comparecen en juicio por medio de sus representantes legales, al accionar contra alguna de tales personas débese determinar quién es su representante, pues de lo contrario en manera alguna cabe dar admisión a la demanda presentada por cuanto que no se sabe qué persona debe ser llamada a juicio.

Es tan necesaria la especificación concreta de la persona demandada cuanto que el Juez, en términos generales, carece de facultad para llamar al proceso a personas no designadas por el demandante por ser su actividad condicionada en relación con las súplicas concretas del último. El siguiente caso ilustra lo dicho: diez personas poseen una propiedad en común y una de ellas demanda la partición, pero sin embargo de mencionar como condóminos a los otros nueve individuos omite señalarlos a todos como demandados. En semejantes circunstancias no compete al Juez tener como demandados a todos los comuneros, porque extralimitaría sus atribuciones extendiendo el alcance de la voluntad del demandante mencionado, lo que le está vedado.

Sin embargo de que el procedimiento judicial circunscribe las actuaciones que por él se surten, mejor dicho, determina sus formalidades, no se incurre en el rigorismo de vedar a los jueces la interpretación de las demandas, con la finalidad de no sacrificar el derecho a las fórmulas y atendiendo a que el Juez es un colaborador de las partes, si se quiere, en el descubrimiento de la verdad jurídica

Anteriormente esta tesis carecía de la aceptación general que hoy tiene, lo que se debe a verdadera revaluación de los conceptos imperantes en otra época sobre la materia, a que ya el procedimiento no es esencialmente formulista.

El texto de las demandas es susceptible de dar a conocer su contenido esencial aun cuando en un todo no sean ordenadas y armónicas con la técnica de la práctica forense; luego es exagerado desconocer en los funcionarios judiciales la facultad de valorar ese contenido, porque mengua la justicia y la equidad. Si aquélla da campo al conocimiento de lo pedido por el demandante, resalta lo equivocado de negar la mencionada atribución a los Jueces.

Ahora, la interpretación en cuestión está limitada por el interés mismo que las demandas contengan, porque sobre él puede únicamente recaer la interpretación del Juez por ser aquél la materia sobre la cual incide el ejercicio de sus funciones. Al proponerse una acción cualquiera es provocada la actividad estatal sobre ella y de allí que su objeto no sea susceptible de variación por parte del Juez.

Si expresamente la parte ha dicho ejercitar acción reivindicatoria y desarrollado el proceso aparece que carece de base legal su pretensión porque apenas puede lograr éxito con la publiciana (Art. 951 C. C.), a pretexto de la interpretación de la demanda no procede decidir sobre la última, pues implica una acción distinta a la puesta *sub-judice*. Análogas circunstancias se presentan cuando una cónyuge actúa en una reivindicación, supongamos el caso, a nombre propio y exclusivo y resulta que lo perseguido pertenece a la sociedad conyugal en la que tiene interés concreto. Entonces tampoco es fundado decidir el litigio reconociendo los derechos de ésta, ya que se da el caso de dos intereses distintos en forma sustancial ante los principios del derecho y no es indicado decidir sobre el último, porque sobre él no ha sido pedida la actividad jurisdiccional, la que no se cumple espontáneamente.

Las precedentes reflexiones acreditan la importancia que en sí tienen las demandas y la marcada conveniencia en estudiarlas detenidamente cuando son presentadas para admitirlas o no, pues si no llenan las exigencias legales en especial en relación con lo que en ellas se pide, lo correcto es desecharlas.

El artículo estudiado exige la indicación en las demandas del domicilio del demandado, en atención a su mejor individualización y sobre todo a que en la generalidad de los casos la competencia de los funcionarios es determinada en consideración al domicilio de quien tiene esa calidad (Art. 152, núm. 2º) exclusivamente, lo que se denomina *forum domicilu*.

Es de toda claridad que la demanda llamada también pedimento, libelo debe indicar la entidad jurisdiccional a la cual se dirija, por cuanto que ello es indispensable para conocer la entidad que avoca su conocimiento, y que debe ser presentada personalmente por su signatario (Arts. 223 y 359), con exhibición de la cédula de ciuda-

danía o la postal en su caso. La demanda debe contener, además, la estimación de su cuantía (Art. 735) para conocer el procedimiento que debe adelantarse y qué funcionario es competente para su conocimiento, tramitación y decisión (Art. 154) cuando la competencia es fijada con relación al valor de la respectiva acción (Art. 196).

La demanda no es otra cosa que la fórmula adecuada de la proposición de las acciones, por lo que en buena técnica, no debe confundirse con ellas y genera los efectos que más adelante se verán.

ART. 206. — La competencia de los jueces en algunos casos queda determinada de acuerdo con la cuantía de los negocios (Art. 154), la que aprecian los demandantes al proponerlos, pues es una forma aceptable y que por lo menos permite obviar las dificultades que se presentarían con otra diferente, fuera de que aquéllos están en mejores condiciones de apreciar el monto de sus pretensiones. Pero como en ocasiones por error o por temeridad los demandantes incurren en apreciaciones excesivas, la ley brinda a los demandados la oportunidad de objetarlas, lo que tiene significación por ser la cuantía trascendente en relación con los términos, los recursos y la competencia. La objeción en sí es falta de trascendencia en relación al fondo del negocio, mejor dicho, en cuanto a la existencia o no de las relaciones de derecho pretendidas, porque se hace sobre el supuesto de que existan, a menos que el objetante las reconozca.

El perito que en tales casos interviene ha de conceptuar si el negocio es de mayor, menor o de mínima cuantía, y no sobre su valor exacto, expresado en un guarismo, pues hacer lo último, es poco menos que imposible y de escasa utilidad procesal. Por otra parte, en algunos casos deberá conceptuar si los negocios de que se trate valen más o menos de mil pesos, en especial en la capital de la República y en las capitales de los Departamentos (Art. 120), pero sin que tenga que señalar una suma precisa.

La exposición pericial es la base de que dispone el Juez en el señalamiento de la cuantía, pero sin que tenga que acogerse a ella forzosamente, porque sobre el particular es de aplicación el principio de que los Jueces no están en el deber de acoger mecánicamente, por decirlo así, las pericias. La providencia mediante la cual haga el referido señalamiento es un auto interlocutorio (Art. 466, núm. 2°).

Prevé el artículo comentado el evento de que varias personas integren la parte demandada, disponiendo para el mismo que la fijación de la cuantía las liga a todas aun cuando una sola la haya pedido. A primera vista puede verse que la disposición es distinta en su esencia a las relativas, al desistimiento, a las sanciones por la no devolución de los expedientes, etc., que está inspirada en razones diferentes que la justifican. La determinación aludida está lejos de entrañar un asunto de fondo en el litigio, verdadera lesión a los intereses de los no objetantes y es de utilidad marcada; luego su cimentación es clara.

Finalmente, en gracia de la celeridad procesal el artículo acotado

dispone que el incidente originado por una objeción no suspende el curso del litigio, para descartar dilaciones arbitrarias de él, armónicamente con el artículo 393. Además, solamente en los juicios en los cuales hay traslado de demanda es viable la objeción de la cuantía y de allí que no lo sea en aquéllos en que no hay traslado, v. gr.: en el ejecutivo y si de hecho es propuesta en manera alguna ha de admitirse, pues lo procedente es desecharla de plano, o sea sin estudiarla de fondo, sin audiencia de parte y sin decidir sobre tal fondo.

ART. 207. — La declaración de los derechos se sujeta a la comprobación adecuada que el interesado haga y para eso goza de diversas oportunidades para aducir sus probanzas. Una de ellas es el momento de la presentación de la demanda. De tal suerte que su estimación en la correspondiente sentencia queda definida desde entonces porque se da margen a la controversión de las pruebas por la parte contraria que es lo que mejor calidad les infunde. A causa también de una ordenada definición de las oportunidades procesales para probar y con la finalidad de no convertir los procesos en algo caótico, se justifica la disposición aludida. Concretamente dice el artículo que debe tratarse de documentos (Art. 630 ss., 637 ss.), en el sentido jurídico del vocablo, por lo que no comprende las declaraciones sumarias (Art. 693).

Es elemental que la estimación de dichos documentos depende de que hayan sido expedidos en debida forma, de que no adolezcan de defectos que les resten mérito y de que la persona contra quien se aducen no demuestre su ineficacia por cualquier medio legal. De allí que la expresión "los que se estiman sin más requisitos al dictar sentencia", no deba ser aplicada literalmente sino con un verdadero sentido jurídico, como es obvio.

ART. 208. — Debido a diversas causas, por la premura del tiempo, ligerezas del actor, etc., la relación procesal no se conforma con sus intereses, en vista de lo cual la ley ha de darle oportunidad de corregirla con el propósito de que proceda en más conformidad con ellos, sin incurrir en exagerados rigorismos. Por ejemplo, puede que haya omitido formular peticiones subsidiarias, que sólo haya reclamado parte de su derecho, y lo demás. Pero al respecto cabe anotar qué alcance tiene la mencionada facultad.

La corrección, aclaración o enmienda es la modificación que se hace en los escritos para suprimirles defectos o errores, por lo que en sí no es independiente por completo sino que está ligada a ellos, liga que por lo menos determina la naturaleza de aquélla. De donde resulta que la corrección ha de ser conforme con la naturaleza de la demanda corregida porque de no serlo, entonces equivale a una sustitución, a un verdadero cambio sustancial.

La acción reivindicatoria, pongamos por caso, es en esencia distinta a la divisoria y así no podría entablarse la última a pretexto de corrección de aquélla, pues la corrección, aclaración o enmienda se subordinan en algo a lo actuado primeramente y la última acción

es independiente y diversa a la primera. La facultad de que se habla tiene por objeto, pues, facilitar el entendimiento de las demandas.

Lo que se deja anotado muestra que la corrección está ligada en forma inmediata a la naturaleza de la correspondiente demanda la que a su vez resulta de la acción en ella contenida, de donde se desprende, pues, que la corrección no debe contener acción distinta a la demanda corregida, y que vienen a formar (demanda y corrección) en un todo indivisible. Sobre el particular se anota que la corrección puede referirse bien a los hechos de la demanda, a la causa *petendi* o a las peticiones formuladas (*petitum*).

La doctrina y la jurisprudencia, sin embargo de que el elemento subjetivo juega papel trascendente en la identificación de las acciones, admiten que la agregación de uno o varios demandados es viable en la corrección de las demandas y procedente, porque no debe obrarse con rigorismo extremado, inconveniente e injusto en muchos casos, para no compeler a los demandantes a la necesidad de instaurar otra u otras demandas y luego solicitar la acumulación de los juicios, con pérdida de tiempo, verificación de gastos, etc.

La corrección y la demanda forman un solo cuerpo y verificada la primera debe darse nuevo traslado al demandado para la formación cierta de la relación procesal, fuera de que de esa manera le queda un campo de mejor defensa, cosa equitativa por lo demás.

En mérito de la ordenación de los pleitos han sido determinadas las oportunidades de corrección, antes de que queden realizadas ciertas etapas. Cuando los procesos deban abrirse a pruebas antes de la notificación del auto que los abra es tiempo propio para las correcciones y cuando no deban serlo, v. gr. en un ejecutivo en que no se propongan excepciones, antes de la notificación de la citación para sentencia. Fuera de las ocasiones dichas no hay lugar a correcciones y si de hecho se presentan no obstante ya haber pasado aquéllas, el Juez tiene el deber de desecharlas (Art. 394).

Art. 209. — Imperan en los procedimientos judiciales los principios de economía, celeridad y unidad, los que dan fundamento a la llamada acumulación de acciones, distinta a la de autos como se ve al tratar de ella (Art. 396). La primera se caracteriza por la reunión en una demanda de varias acciones independientes y de que sea titular el demandante, para que avoque su conocimiento un solo funcionario.

La primera condición es la de que el Juez ante quien sea propuesta sea competente para conocer de todas las acciones que ella comprenda, de su reunión, porque en asuntos judiciales una de las cuestiones más importantes es la capacidad legal del funcionario, sin la cual no es posible actualizar o realizar la potestad estatal de administrar justicia, sin ella lo actuado adolece del vicio de nulidad (Art. 448).

Es sabido que la cuantía es factor trascendente en la atribución de la competencia funcional, y que en general el conocimiento de

los negocios de menor cuantía está atribuído a los jueces Municipales y que el de los de mayor a los Jueces de Circuito. Empero, tratándose de acumulaciones existe la excepción de que los asuntos de menor cuantía siguen la suerte, en cuanto al funcionario, de los de mayor, lo que se ha llamado "atracción de fuero". Varios problemas se presentan sobre la materia y uno de ellos es el de saber si en la determinación de la cuantía (Arts. 154, 196, 735) se atiende al valor independiente de cada acción incoada o al valor total de ellas, esto es, se procede con un criterio de suma. En nuestro sentir, aun cuando la cuestión es discutible, el último criterio debe primar en los asuntos referidos, por estas dos razones principales.

Íntima relación tiene la jerarquía judicial con la importancia de los litigios, con su valor y si, por ejemplo, un ejecutante acumula varias acciones y se acepta que se deben valorar separadamente, resulta entonces que se colocan bajo la autoridad de los jueces municipales mayores intereses que los que la ley les ha confiado.

Al acumular varias acciones lo que en realidad reclama el demandante es su monto total, eso es lo que persigue y que coloca bajo la decisión jurisdiccional, luego no se comprende que en su atención no sea apropiado valorar la cuantía.

La segunda condición de la acumulación es que las acciones acumuladas encajen dentro de un mismo procedimiento determinado en la ley, porque éstos son de derecho público y como tales son preestablecidos y no sujetos a la voluntad de las partes, las que carecen de la facultad de determinarlos a su arbitrio. No consultaría ningún principio básico del procedimiento civil admitir acumulación de acciones distintas en su naturaleza porque pugna con ellos y de ninguna utilidad resultaría. Basta pensar en la acumulación de acciones ordinarias y especiales, ella generaría la arbitrariedad del procedimiento y el caos.

El tercer requisito de la entidad tratada, es éste: que las acciones acumulables no sean incompatibles entre sí. Es de claridad evidente lo absurdo de provocar la actividad estatal, por una misma persona, sobre asunto que envuelva la negación de otro propuesto a la vez, cuyas bases los excluyen mutuamente. Así, es inconcebible e inaceptable que un individuo demande las obligaciones nacidas de un contrato y al mismo tiempo su nulidad.

Bajo ciertas condiciones pueden proponerse acciones distintas y aún contrarias en apariencia, pero de manera subsidiaria, por cuanto que la una aparece como principal que reclama una primera decisión y en el supuesto de que fracase sí cabe entonces decidir sobre la otra ya que no resalta una oposición inmediata entre ellas: un individuo reclama la restitución de un bien cualquiera en la calidad de propietario y en subsidio que se le declare tal por usucapión. En verdad, en semejantes condiciones se trata de acciones distintas, pero la segunda, por ser subsidiaria, no excluye la primera y lo supuesto encuadra dentro de los principios antes destacados. Una persona

incoa acción reivindicatoria y la publiciana como subsidiaria, entonces desaparece una oposición formal e inmediata, entre ellas. Otro ejemplo sobre la materia es éste: bien puede iniciar un individuo acción de nulidad de un contrato cualquiera y en subsidio acción resolutoria, pero no ambas a la vez, por lo que fué anotado.

La acumulación de acciones se verifica inicialmente en forma unilateral, es decir, por obra del demandante, quien puede provocarla libre y voluntariamente, pues no es una obligación que pese sobre él hacerla. El momento en que ella aparece es en la presentación de la demanda. Presenta analogías, como antes se dijo, con la acumulación de autos, y también con las tercerías, pero sin confundirse con ellas, pues esas instituciones poseen caracteres que las distinguen en su esencia.

La acumulación es: *a*) Concurrente cuando se formulan dos peticiones distintas y como principales, v. gr. si se pide el cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios por la mora; *b*) Alternativa, si se ejercitan dos acciones con el fin de lograr la eficacia de una de ellas. Ej.: se demanda la nulidad absoluta o la relativa de un acto; *c*) Sucesiva, la que se presenta cuando una de las acciones está condicionada o depende de la otra., v. gr. la petición de solución de lo que deba un administrador, a quien se exigen cuentas; *d*) Eventual o subordinada, cuando una de las acciones se ejercita de manera subsidiaria.

Art. 210. — En las sentencias de declaración y en las de condena su contenido depende directamente de los actos y hechos acreditados en debida forma, pues en ellas el Juez tiene sobre sí limitaciones precisas de orden legal que se desprenden, en garantía de los derechos ciudadanos, del sistema de la tarifa legal de las pruebas, imperantes con exclusión del de la convicción privada. De allí que en las sentencias solamente pueda reconocerse lo que el demandante acredite que se le adeuda, el derecho demostrado, no obstante que pida más (Art. 593).

Es posible que una sentencia condenatoria del demandado contenga también una condenación del demandante, lo que ocurre cuando pide más de lo debido, sin un justo motivo de error, porque se hace responsable de las costas causadas al demandado en la demostración del exceso de la demanda. De forma que si la justificación del error no se aporta, la condena por él es inevitable, porque es manifiesta la temeridad de quien a sabiendas reclama en juicio una cantidad superior a la debida, temeridad que se sanciona en mérito de no tolerar el abuso del derecho, y ello deja comprender que en tales casos es preciso que el demandante demuestre la falta de malicia por parte suya al demandar más porque de no hacerlo es condenado, ya que la disposición referida no tiene interpretación y aplicación diferentes.

En el antiguo derecho justiniano se sancionaba al demandante excesivo con la pérdida del derecho suyo, que fuera menor, considerando, entre otras cosas, que la acción era única e indivisible, pero

posteriormente, en la evolución del derecho llegó a admitirse, como en la actualidad, que lo mayor comprende lo menor, y a ser factible que sin embargo de pedir más pueda condenarse a menos.

El exceso de la demanda o *plus petitum* puede referirse: al objeto perseguido, como cuando se demanda por quinientos pesos sin embargo de sólo tener derecho a cuatrocientos, cuando se demanda por cien metros de un inmueble no obstante tener apenas derecho a cincuenta; al tiempo, cuando se demanda antes de la época fijada para el cumplimiento de la obligación perseguida o de verificarse una condición señalada; a la calidad de la prestación perseguida, cuando debiéndose una cosa de género se pide una especie de la mejor calidad, y al modo o forma de la prestación de que se trate como cuando en obligaciones alternativas se pide sólo una de las cosas debidas en esa forma.

El artículo referido consagra un principio general sobre carga probatoria, establecido en otros de la ley procedimental (Art. 593) y en la ley sustantiva (Art. 1757 ss. C. C.), echándola sobre el demandante y aceptando aquello de que toda persona se presume libre de obligaciones.

Antes de pasar al artículo siguiente es indicado anotar que si bien es cierto que el exceso en la demanda no impide reconocer el derecho a que se refiera, lo es igualmente que cuando el demandante pide menos en su demanda de lo que resulte adeudársele en el respectivo proceso, es improcedente reconocerle derecho a lo último, porque, es obvio, lo menor no comprende lo mayor y el juzgador carece de facultad para sobrepasar en la sentencia los límites de esa estimación menor que en realidad integra la acción a la que deben ceñirse las actuaciones de las entidades jurisdiccionales. Por otra parte, ello armoniza con la posición favorable que se reconoce a los demandados. Claro es que la estimación menor debe ser concreta y no disyuntiva e indeterminada, como lo es cuando se expresa que se estima la cuantía en más de trescientos pesos, en un tanto o en lo que determinen peritos, etc., etc.

ART. 211. — En otro lugar se estudia cuáles son los requisitos de la cosa juzgada, en aplicación de los que este artículo preceptúa que si el demandante fracasa en la reclamación de un bien dado no por ello queda impedido para accionar en reivindicación sobre el mismo. En efecto la acción sobre simple posesión (Art. 762, 972 ss. C. C.) es distinta a la de dominio (Art. 946 ss. C. C.) de donde se desprende el fundamento del artículo acotado, ya que para la cosa juzgada se requiere identidad de acciones, esto es, la igualdad jurídica de la que se instaure y la que lo fué antes (Art. 473 y conds.). Análogamente, quien ejercita la acción reivindicatoria (Art. 946 C. C.) y fracasa en ella, no queda impedido por ello para entablar la publiciana (Art. 951).

ART. 212. — En los casos de comisión de hechos delictuosos sobre una propiedad —hurto, robo, estafa— el perjudicado goza de la fa-

cultad de demandarla al responsable de ellos, de usar contra él la acción persecutoria, por cuanto que en justicia tal sujeto tiene la carga de restituirla, pues lo ilícito no le genera derechos sino obligaciones, aun cuando en la actualidad no la posea, lo que —abstracción hecha de otros conceptos— es una especie de sanción a su conducta inmoral. Tal perjudicado goza también de la facultad de demandarla a quien la tenga, pero no simultáneamente a los dos, delincuente y tenedor o poseedor, sino contra uno de ellos puede dirigir su acción, lo que no excluye que si fracasa con relación a uno pueda accionar contra el otro.

Por lo demás, la doctrina del artículo, establecida en la generalidad de las legislaciones, tiene antecedentes remotos, entre los que se destaca lo dispuesto en las partidas (Partida 3ª, Tít. II, L. XXX).

ART. 213. — El anterior artículo contiene la misma doctrina del artículo 955 del Código Civil. Ella está inspirada en la justicia de sancionar actuaciones dolosas y en la protección debida a la buena fe, por eso el enajenante con el propósito de hacer al reclamante más difícil el pleito está sujeto a demanda para el pago de los perjuicios provenientes de su enajenación, en primer lugar.

En segundo lugar, el demandante tiene el derecho de demandar el precio de la cosa al enajenante, pues no está obligado a demandar el poseedor de ella previamente. Ahora, ese derecho no excluye el pago de los perjuicios causados. Si a simples poseedores de mala fe se les obliga a restituir la cosa poseída y sus frutos, con mayor razón al enajenante en mención (v. C. C.).

Por último, el artículo dispone, en armonía con el artículo 1874 del C. Civil, que obtenido el precio de la cosa por el demandante carece de facultad de demandarla. Esa obtención equivale a una ratificación de la enajenación y sería absurdo que sin embargo de lograrse aquélla pudiera el citado demandante continuar persiguiendo la cosa de que se trate, siendo que el derecho suyo queda amparado con la entrega de lo que representa económicamente y por un acto de su voluntad. A primera vista aparece que el artículo se aparta, en cierto aspecto, de la norma general en gracia de la cual la acción para obtener la entrega y la restitución de bienes se dirige contra los poseedores y los tenedores, según el caso.

ARTS. 214-215. — Al trabarse la *litis contestatio* quedan definidas las posiciones de las respectivas partes en cuanto a la decisión del negocio, comprometiendo la potestad jurisdiccional a definirlo en su fondo. Al reclamarse un bien cualquiera es obvio que deben actuar dos partes por lo menos, la que lo reclama y la contra, quien es formulada la reclamación, por ser la negadora del derecho de la primera. Por tal motivo no debe permitirse que un sujeto pueda darse por poseedor sin serlo en realidad, impunemente y burlando a su contrario y haciendo cumplir una actuación ineficaz a la autoridad judicial.

Despréndese de lo dicho que es fundado obligar al demandado

señalado como poseedor a expresar si realmente lo es, bajo la sanción de hacerlo responsable de la cosa perseguida o su precio si prueba el actor su propiedad y procede de buena fe al señalar al poseedor que en realidad resulta no serlo, sin embargo de darse por tal.

Si el demandado niega ser poseedor procede tramitar para resolver el asunto una articulación, porque su negativa entraña en sí una excepción dilatoria de inepta demanda que requiere decisión especial (Arts. 330, núm. 3°; 333, núm. 2°, 335 C. J.).

En las anotaciones a los anteriores artículos quedaron vistos los casos en que cabe demandar contra quienes no sean poseedores; en ellos, aun cuando el demandado diga no ser poseedor, no es indicado admitir y tramitar la excepción propuesta sino desecharla en gracia de que por haber dejado de poseer no se libera por completo de responder de la cosa perseguida.

Fuera de los casos mencionados en el párrafo anterior, en el supuesto que en el incidente que se tramita resulte que el demandado no es poseedor, procede declarar la excepción de inepta demanda, suficiente en orden a liberarlo de la acción propuesta en su contra.

ART. 216. — Varias pueden ser las causas de absolución de los demandados, entre las cuales figura la pérdida de la cosa sin culpa suya. Sobrepasaría todo extremo descargar una condenación sobre quien no tiene una cosa ni ha incurrido en actos o hechos generantes de su responsabilidad. Pero la modificación de las circunstancias influyentes en una absolución, esto es, su cambio sustancial, operan la desaparición de sus cimientos, por lo que en justicia no debe permanecer intocable.

De lo anterior despréndese la posibilidad de que un sujeto absuelto antes sea condenado después a la restitución de una cosa, porque adquiera la posesión que no tuvo al tiempo de la absolución, siendo ésta la condición esencial e imprescindible de la posible condena posterior y sin la que es errado hacerla.

Finalmente, adviértese que lo expuesto está lejos de implicar un desconocimiento de la cosa juzgada, como se ve al tratar de ella, y que guarda perfecta armonía con lo preceptuado en el artículo 1734 de la ley civil.

ART. 217. — Al tratar de la demanda quedaron vistas las calidades que debe reunir, entre las que se comprende la identificación de su objeto material, porque importa en el señalamiento de la cuantía de las acciones, en su estructuración, en cuanto a la cosa juzgada, etc. Al demandar cosas muebles es claro que deben especificarse lo mejor posible y no con la determinación general de su género, v. gr. Si se trata de semovientes ha de indicarse su clase, raza, edad, marcas y otras señales particulares, el lugar en donde se encuentran, etc., en fin, todo lo que concurre a distinguirlos de otros.

Esos elementos son de utilidad marcada, pues aparte de que per-

miten una decisión cierta, evitan posibles sustituciones lesivas de los intereses del demandante que triunfe en sus pretensiones. En consecuencia, los jueces al admitir las demandas deben tener sumo cuidado en que se dé cumplimiento a las exigencias del artículo referido, desechándolas cuando contengan determinaciones vagas e inciertas. La determinación deficiente del bien mueble perseguido es propicia a graves inconvenientes en la ejecución de la correspondiente sentencia y aun puede llegar a hacerlas ilusorias, lo que relieva la trascendencia de la correcta individualización del bien mueble perseguido con la acción.

ART. 218. — Obedeciendo a la finalidad de no embarazar la instauración de las acciones, se permite o se acepta que el demandante de bienes muebles contentivos de objetos diversos, no tenga que especificar los últimos, pues si se quiere, de cierto modo, se reputan accesorios del que los contiene. Además su conocimiento se logra por la localización suya, lo que pone de manifiesto que no falta entonces la individualización o especificación exigida comúnmente. A este respecto, debe tenerse presente siempre lo dispuesto en los artículos 2248 y 2249 del C. Civil, por los que es creído el depositante sobre el contenido del mueble cerrado que entregó en depósito.

ART. 219. — Las herencias constituyen una universalidad de bienes (v. C. C.) causa de la no exigencia de determinación pormenorizada de los que en el fondo se persigan con la acción de que se trate. En la de petición de herencia por ejemplo se reclama por uno de los partícipes legales de ella lo que por la ley le corresponde y ocupado por otro heredero, y tiene concreción en relación con el respectivo sucesorio en el que se practican los inventarios que sí determinan los respectivos bienes aludidos.

Conviene advertir que no deben confundirse los casos similares al anterior con los que contengan pedimentos en nombre de las sucesiones para ellas, por cuanto que en sustancia son disímiles y éstos están sujetos a las normas comprensivas de los demás. En consecuencia, no podría admitirse una demanda reivindicatoria formulada a nombre de una sucesión sin que contenga la identificación del bien perseguido, ya que trata el artículo acotado es de acciones sobre herencias, vale decir, concretadas en ellas lo cual es distinto a acciones en beneficio de las mismas.

ART. 220. — El objeto de las demandas sobre rendición de cuentas es la determinación de las relaciones de derecho nacidas entre el mandante y el mandatario o quienes tengan relaciones análogas, en gracia del desarrollo de las funciones de éste. De allí que como al momento de la presentación de la demanda falta el conocimiento de su monto no sea exigible el señalamiento preciso de lo que se pretenda reclamar después de que sean rendidas.

Ahora, como la naturaleza de los negocios de esa clase, en cuanto a la competencia de los funcionarios, nace de su cuantía (Art. 154, 152 numerales 13 y 14), forzosamente el actor debe estimarla

al incoar la acción, en otros términos decir si la considera de mayor o menor cuantía etc., sin que ello impida al demandado formular objeciones a ella (Art. 206), pues esa estimación está autorizada en el artículo 205, en la parte final.

ART. 221. — En ocasiones, en la demanda de bienes muebles se trata de tales que constan de peso, número o medida por lo que su determinación es exigible en ella como medio de identificación de los derechos reclamados. No obstante, considerando la posibilidad de que el demandante no disponga de medios, en el momento de iniciar su acción, en orden a satisfacer la mentada formalidad, para no imponerle dilaciones en muchas veces causa de prescripciones en su contra, el legislador le brinda oportunidad de cumplirla con posterioridad.

Esta facultad está sujeta siempre a que el actor manifieste en su escrito no recordar con exactitud el peso, número o cantidad de lo reclamado o que ofrezca aportar la correspondiente prueba. También es requisito del asunto la promesa, previa a la admisión de la demanda, de no proceder con dañada intención, la que es bajo juramento, como en los denuncios de bienes del ejecutado y en las sucesiones, en las cesiones de derechos y demás.

El juramento tiene por objeto próximo crear una valla a la temeridad. Es difícil en mayor grado obrar con malicia prestándolo.

Omite el artículo definir en qué momento es la oportunidad de que habla, pero tiene algún fundamento sostener la tesis de que esa oportunidad debe ser señalada en armonía con el artículo 208, aplicando la analogía, por cuanto que la determinación del peso, la medida etc. de lo perseguido, es una verdadera aclaración o corrección de la demanda, fuera de que el impulso procesal obedece siempre a acciones ciertas de las que no debe tolerarse incertidumbre indefinida. Así se da al interesado un término razonable para precisar sus pretensiones y no se dejan inciertas y tampoco se coloca al demandado en condición precaria en su defensa. Algunos sostienen que dicha oportunidad es hasta el término probatorio.

ART. 222. — Atrás quedó cimentada la identificación indispensable de lo perseguido con las demandas, la que aparece con mayor razón cuando se persigue en ellas la propiedad inmueble. Entraña nada menos que la seguridad patrimonial particular, motivo por demás suficiente para hacer imprescindible esa exigencia.

Cuando se presentan demandas sobre reivindicación de fincas raíces hay que aplicar el artículo 42 de la ley 57 de 1887 en cuyo mérito, en interés general han de ser inscritas en la oficina de registro correspondiente a la ubicación de los inmuebles, los que quedan fuera del comercio, y si fuera admisible una demanda sin la identificación cuestionada mal podría darse aplicación al citado artículo, que es de carácter imperativo.

No obstante lo anotado, tratándose de reivindicación de mejoras plantadas en bienes raíces, basta que se indique su clase y ubicación,

sin que se exija la especificación de su extensión y alinderación precisas, según lo ha sentado la jurisprudencia.

ART. 223. — Los asuntos que se someten a las autoridades son propiamente contenciosos o de jurisdicción voluntaria (Art. 195). Especialmente, en relación con los primeros, han de ser presentados personalmente ante el Juzgado que va a avocar su conocimiento, requisito de completa justificación. Las acciones implican interrupción de la prescripción y nacimiento de relaciones ciertas entre quienes las promueven y los sujetos pasivos de ellas, motivo bastante para exigir la presentación en la forma dicha.

Claro es que cuando el interesado no está en condiciones de acudir personalmente al Juzgado *a quo,* puede presentar demanda por medio de su apoderado o representante legal y aun ante otro Juez, presentación que es hecha para efectos de autenticación y para identificar a la parte misma con la presentación de su cédula de ciudadanía, etc.

El artículo 359 del C. J. tiene algunas diferencias sustanciales con el que queda visto, pues aquél se refiere a juicios, de donde se deduce que no deben confundirse.

ART. 224. — Las copias de las demandas desempeñan el papel de medio de seguridad en los casos de retención indebida de los expedientes v. gr.: pérdida de los mismos, etc. A pesar de todo, la disposición es incompleta porque no comprende aquéllas que no son suceptibles de traslados especiales, pongamos por caso de prestaciones sociales (Art. 1208, ss.) en las que concurren los mismos motivos que en las otras. Tales copias son de cuenta de los interesados (Art. 361) y en papel sellado (D. L. 92 de 1932, L. 20 de 1923 art. 6º).

ART. 225. — En pro de una correcta formación del "cuasi contrato" de *litis contestatio* el demandado debe indicar qué acepta de la demanda, qué rechaza e indicar también qué es lo que constituye la base de la defensa suya; ahora, si no lo hace y da respuesta inarmónica con lo dicho el Juez debe desecharla y disponer que la haga en forma debida. En verdad que esa atribución no está contenida expresamente en la ley, pero surge de su doctrina. Con la misma lógica que se desecha una demanda debe desecharse una contestación deficiente, que no sea concreta.

Aún cuando el Juez no dispone para garantizar la eficacia de una disposición de esa índole de medios coactivos, siempre conviene que la dicte en busca de mejor iniciación del litigio y para sentar bases ciertas de su futuro desarrollo, ya que no incurre con ello en ninguna violación de ley. Sobre el asunto era más acertado el código anterior que permitía la imposición de sanciones al demandado que se abstenía de responder la demanda promovida en su contra.

ART. 226. — En gracia de la igualdad procesal así como el actor tiene derecho a presentar con la demanda los documentos que en ella cita en apoyo de sus pretensiones y de que sean estimados en

la sentencia, el demandado puede también, con el mismo derecho, aducir los que le sirvan de sustento a su defensa, ya que la legislación es amplia en cuestiones probatorias y no puede embarazar la adución en oportunidad de los elementos de que las partes quieran hacer uso particular. En consecuencia, sin extender más estas líneas sobre el artículo nos remitimos a los expuestos con relación al 207.

LITIS CONTESTATIO

Esta institución de derecho (deducción en juicio) ha sido objeto de discusiones en cuanto a la determinación del momento en que existe y a su naturaleza misma. Algunos han llegado a sostener que es un contrato, incurriendo en notorio error, puesto que en ella no se reúnen todos los elementos que los configuran. En efecto. en los contratos es factor primordial sin el cual no tienen verdadera existencia jurídica el consentimiento de los contratantes y en la *litis contestatio* falta ese consentimiento en la parte demandada, la que es compelida a comparecer ante las autoridades judiciales sin que sea precisa su voluntad inicial. Además, todo sujeto en frente del desconocimiento de sus derechos por otro u otros carece de la facultad de hacerse justicia por su propia mano y tiene que recurrir al Órgano Judicial que se la conceda. Estas dos consideraciones bastan para poner de manifiesto que es falta de todo apoyo la tesis de que la *litis contestatio* sea un contrato o presente modalidades análogas (Art. 1495 C. C.)

La institución en referencia ha sido clasificada como un cuasicontrato, clasificación que no obstante gozar de general aceptación adolece del vicio de ser falsa por cuanto que la naturaleza propia de los cuasicontratos no la comprende. El cuasicontrato, por su propia esencia (Art. 34 Ley 57 de 1887) abarca propiamente relaciones privadas de los sujetos, como lo indica con claridad meridiana la reglamentación suya hecha por la ley sustantiva (Art. 2303 ss. C. C.) y no directamente la intervención de la autoridad pública que se cumple en la *litis contestatio*. El cuasicontrato presupone el libre obrar particular, como en la agencia oficiosa, o una situación jurídica puramente particular formada por adquisiciones conjuntas o de varios sobre una cosa, como en la comunidad, y de allí que tenga origen distinto a la institución en mención la cual es de nacimiento forzoso, digamos, porque la administración de justicia es de interés público y corresponde a las entidades judiciales a las que tienen que acudir las personas. El cuasicontrato es susceptible de desaparecer por causa de simples convenciones particulares y en cambio la *litis contestatio* en algunos casos no, como cuando trata de cuestiones sobre el estado civil de las personas. Aquél no impide la libre enajenación particular del derecho que tenga quien esté ligado por él, por cuanto no lo coloca fuera del comercio y en cambio la *litis contestatio* los sitúa fuera y hace in-

dispensable autorización judicial para su enajenación (v. C. C.). Concretando, sin extendernos en diferenciaciones, cumple anotar que la *litis contestatio* no es un cuasicontrato, ni por su origen, ni sus modalidades ni por sus efectos.

La *litis contestatio* nace con la notificación de la demanda presentada, como lo ha sostenido la Corte en su jurisprudencia (G. J. Nº 1901 y 1902, pág. 471, 1948, pág. 263), y no antes, ya que en ese momento quedan definidos sus efectos. Aquélla no es otra cosa que el llamamiento a juicio de quienes deben serlo, la creación de una situación en cuyo mérito las partes quedan ligadas a la decisión que deba pronunciarse y al curso del litigio y la vinculación del Juzgador al mismo. A no dudarlo, luego de la proposición de una acción, su admisión y notificación, se satisfacen los requisitos primarios o iniciales de todo pronunciamiento judicial de fondo cuya necesidad nace así y de allí que aparezca fundado lo que se anota. Por la *litis contestatio* las partes quedan ligadas a una decisión, la que no puede hacerse correctamente sin un llamamiento a la demanda y en realidad, por ello procede sostener que nace con la notificación prementada, como lo indican los textos legales.

Algunos han sostenido que la *litis contestatio* nace después de la contestación de la demanda, pero esa tesis no aparece fundada, máxime si se tiene en cuenta que en muchos casos los demandados omiten hacerlo y sería impropio negar la mencionada *litis* por tal ocurrencia. Además, con la demanda se determina su objeto y, por tanto, el de la decisión judicial que debe pronunciarse y de allí que aparezca fundado lo anotado, tanto más cuanto que la no contestación no impide el impulso del litigio, aunque bien es cierto que la contestación define mejor —aunque no propiamente— la *litis contestatio.*

Son efectos propios de la última: la determinación del funcionario que asume el conocimiento del litigio o ante quien debe continuar representando las partes; del objeto y partes en el mismo; la exclusión de otra acción sobre la misma materia (v. pleito pendiente); la determinación de la posición de los litigantes, esto es, de demandados o demandantes; la interrupción de la prescripción; la concreción del derecho a una resolución judicial; la negación de la enajenación simple por el particular de la cosa litigiosa, etc.

En principio, la *litis contestatio* crea un estado definitivo que, no obstante, es susceptible de desaparición sin la voluntad unánime de ambas partes, por la procedencia de las excepciones llamadas dilatorias que la demandada proponga. Así, la declaración de ilegitimidad de la personería, la de pleito pendiente, etc., hacen desaparecer la *litis contestatio* de manera de no estimarla subsistente y firme en sus efectos.

Se dijo antes que la institución en estudio determina el objeto litigioso y las partes, lo que no excluye su modificación por la ocurrencia de ciertos fenómenos procesales que de suyo tienen esa con-

secuencia. La denuncia de pleito engendra la intervención de personal no señalada antes por aquélla, conforme se ve al tratar de ella y el llamamiento de ciertos acreedores, que en algunos casos debe hacerse, produce el mismo resultado. El derecho de corrección de la demanda que asiste a los demandantes, en el supuesto de ser ejercitado, genera comúnmente modificación de la determinación precitada. La enajenación del derecho litigioso, en forma regular o legal ocasiona la intervención del adquirente, físicamente distinto al enajenante, aunque no jurídicamente.

DEMANDANTE Y DEMANDADO

REGLAS GENERALES

ART. 227. — Consagra este artículo la calificación de las partes que intervienen en los procesos judiciales, calificación sencilla que en sí no adolece de complejidad, pero que, sin embargo, es importante en las cuestiones procesales especialmente en lo que dice relación a la caducidad (Art. 364), al efecto en que deben concederse cierto recurso, etc. (Art. 1031), pues la caducidad sólo tiene efectos en perjuicio del actor, quien también es denominado demandante, de donde se desprende que la aludida calificación tiene verdadero objeto.

Por otra parte, en términos generales, reviste trascendencia la diferenciación de los litigantes, puesto que comúnmente quien es demandado, opositor o reo —términos con los que también se le denomina, aunque el último es un tanto anticuado en materias civiles— lleva en el litigio una posición más favorable si se quiere, porque en la mayoría de los casos la carga probatoria pesa sobre el actor y aquél se beneficia en la mayoría de los mismos del principio de que toda duda se resuelve en su favor: *in dubio pro reo.*

Además, es fácil al opositor asumir una actitud pasiva en los litigios sin que por ello sufra consecuencias, porque, puede decirse, al actor corresponde desarrollar actividad mayor y tendiente a desvirtuar la presunción que favorece al demandado considerándolo libre de obligaciones.

Es demandante quien somete un negocio a la decisión judicial mediante demanda y hace llamar al debate promovido a otra persona contra quien lo promueve, la que tiene el carácter de demandada.

ART. 228. — Según esta disposición en las dos instancias que comúnmente tienen todos los procedimientos judiciales (Art. 198) puede invertirse la posición inicial de los litigantes. El demandante, actor en la primera instancia, puede ser opositor en la segunda por apelación que haga el demandado, inversión que puede tener definidas consecuencias procesales, en relación con la retención de los expedientes (Art. 381), en la caducidad (Art. 364), etc. La razón de dicha inversión estriba en que al demandado interponer apelación en realidad promueve la segunda instancia y ello debe acarrear

sus efectos que son favorables a quien no lo provoca. Es indudable y fuera de discusión que si ambas partes promueven el segundo grado del negocio su posición inicial en el mismo no se modifica por faltar una causa real que opere la inversión de que antes se habló.

ART. 229. — Como reconocimiento de la inmunidad parlamentaria, este artículo dispuso que contra los parlamentarios, mientras ella dure, no puede adelantarse procedimiento judicial alguno sin previo permiso de la Cámara a que pertenezcan, lo que tiene su notoria justificación en materia penal pero no en la civil.

Por fortuna, mediante el artículo 2º de la Ley 180 de 1936, las cosas fueron modificadas en relación con la última materia. Esa disposición hizo desaparecer un privilegio aberrante en pro de los intereses generales, limitando la aludida inmunidad a cuestiones penales únicamente y no colocando a los ciudadanos en condición precaria cuando intentasen definir sus intereses y derechos particulares con quienes estuviesen investidos de la calidad de congresistas, privándolos del derecho de demandar.

La parte final del artículo acotado sienta reglas relativas a los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Estado Colombiano, disponiendo que en lo que con ellos toca se estará a lo dispuesto en los tratados públicos. En el país se acepta, salvo lo dispuesto en los tratados, que pueden ser demandados dichos sujetos, en estos casos: cuando ejercen el comercio, cuando renuncian su inmunidad, cuando...

Tal inmunidad es debida al principio de derecho internacional en gracia del que se considera que el agente diplomático encarna la personalidad del Estado que representa. Al respecto es del caso anotar que los agentes consulares no son, en armonía con el derecho internacional, agentes diplomáticos y, por tanto, no gozan de aquella inmunidad.

ART. 230. — Esta disposición contempla nada menos que la cuestión de capacidad procesal. Sobre lo que se anota:

Por regla general, las personas menores de edad (v. C. C.) comparecen en los litigios por medio de sus representantes legales (Arts. 240 y ss.) en ausencia de los cuales son representados por curadores *ad-lítem*. Si un menor va a actuar judicialmente contra su padre ha de lograr previa autorización del Juez competente para hacerlo y siempre comparece por medio de un curador (Art. 242).

De forma que la capacidad procesal de las mencionadas personas no es completa, entre otras causas porque el legislador las juzga faltas del discernimiento necesario para ejecutar actos de trascendencia e importancia innegables como son los que pueden cumplirse en las actuaciones ante los órganos jurisdiccionales. Resalta así que existe un verdadero interés público en proveerlas de personas naturalmente más capaces y que puedan tener más garantías de seguridad para los intereses de distinto orden de quienes tengan la calidad de menores.

ART. 231. — Como la representación judicial tiene consecuencias importantes en relación con los derechos del representado, la ley exige que se acredite formalmente la facultad del representante, pues si ella no se demuestra la actuación cumplida por su causa adolece de nulidad (Art. 448) y de allí la importancia del artículo en referencia. Empero, como excepción a la anterior norma de carácter general aparece lo dispuesto en los artículos 269 y 270 que luego se verán.

La formación inicial de los litigios demanda una capacidad procesal bastante en orden a su solidez, puesto que la provocación de la actividad jurisdiccional la presupone y, además, no consulta la seguridad patrimonial de los sujetos admitir que uno obre en lugar de otro sin facultad que le haya sido conferida en forma legal. La falta de representación impide el pronunciamiento de fondo, lo que apoya también el artículo en referencia.

ART. 232. — No impone al actor la carga de aportar con su respectiva demanda la prueba de que la persona que designa como representante de otra lo es en realidad, con el fin de no hacer demasiado dificultosa la iniciación de los procesos. Empero, necesariamente esa prueba debe resultar de los autos, porque si no resulta hay el riesgo de que la actuación quede viciada de nulidad (Art. 448), en especial en cuanto al presunto representado.

Si el demandado en nombre de otro sujeto no es realmente su representante, debe expresarlo así o proponer oportunamente la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería suya, pues si no obra en tal forma y se da por investido de tal carácter, incurre en responsabilidad por los perjuicios que de ello se deriven.

La doctrina y la jurisprudencia tienen definido que el artículo en estudio no es aplicable en los procedimientos ejecutivos y en los hipotecarios y prendarios, esto es, al iniciarlos debe el actor acreditar quién es el representante del demandado si los demanda en cabeza de aquél, ya que la naturaleza propia de esos procesos excluye que puedan adelantarse sin una certeza de las partes que en los mismos intervienen y de sus personeros. Son el objeto y la naturaleza misma de tales juicios lo que basa lo que se expone.

La necesidad del demandante de acreditar la personería procesal de quien señala como representante del demandado, debe satisfacerla en el incidente que se surte si es propuesta la excepción de ilegitimidad de la personería (Art. 332) o la de inepta demanda (Art. 333), y en los otros supuestos antes del fallo, para evitar vicios de nulidad y para que la sentencia pueda surtir efectos contra el demandado, pues a nadie se oculta que sin un representante que lo sea en verdad no se producen consecuencias de derecho contra persona alguna.

ART. 233. — Autoriza la anterior disposición la intervención en los litigios de aquellas personas que inicialmente no tienen la calidad de partes en ellos, subordinándola a que conforme la ley pueda

aprovecharles o perjudicarles la sentencia que se dicte. Pero su intervención tiene modalidades propias por las cuales se concluye que es bien limitada. En efecto: el sujeto "interviniente" debe actuar ligado a una sola de las partes y no en completa independencia de ellas, como lo autorizan algunas legislaciones extranjeras como la italiana. Subordínase entonces su interés al de la parte cuya causa coadyuva hasta el extremo de que no tiene todos los derechos procesales de ella, v. gr. el desistimiento de la parte principal enerva la acción del interviniente (Art. 461), a éste no corresponde hacer uso, por sí solo y con la parte contraria, del derecho de acordar la suspensión del litigio (Art. 360).

De forma que vistos los varios aspectos de la intervención en referencia cabe concluir que ella es bastante precaria, limitada. Además, carece del alcance de revestir a quien de ella hace uso del carácter de parte, de igualarla a la adyuvada.

El requisito primario de la intervención adhesiva es el de que se apoye en un verdadero interés jurídico y no meramente conjetural, como sería el del presunto heredero del litigante, el del acreedor del litigante notoriamente solvente. Interés jurídico existe por ejemplo en el comunero, en el tradente de la cosa en litigio y en general en los individuos contra quienes produce efectos la cosa juzgada, la que si se quiere es medio de determinar tal interés (Arts. 473-474).

Conviene anotar que la intervención dicha, que es voluntaria, difiere en sustancia de la del denunciado de pleito (Art. 235), de la del acreedor hipotecario (Arts. 2452, inc. 3º C. C.) y también de la llamada principal que es la que establecen legislaciones extranjeras y por cuyo mérito el interviniente puede aún accionar en contra de ambas partes.

ART. 234. — Tradicionalmente, si se quiere, ha sido consagrado el principio de que en los casos de duda debe decidirse en favor del demandado, como aplicación de conceptos de equidad y como resultado del principio común que considera a los hombres libres de obligaciones mientras no se demuestre lo contrario.

Sumo cuidado debe observarse al dar aplicación al comentado artículo, pues antes debe el Juzgador usar de los medios adecuados para despejar la falta de certeza que se presente, inclusive debe dictar auto para mejor proveer, si es el caso (Art. 600). La duda ha de ser racional, lógica y no meramente de orden sentimental, por decirlo así, pues de lo contrario carecerían de estabilidad los derechos y se daría margen a fáciles abusos.

En las últimas épocas, la jurisprudencia, acogiendo las exposiciones de los doctrinantes y en el afán de interpretar el derecho con criterio social, en cuestiones denominadas sociales, en debates entre empleadores y asalariados, ha sentado la tesis de que en casos de duda corresponde resolver en favor de los últimos, mirados como parte débil que es preciso favorecer con miras a un mejor estar social, por equidad.

CALIDAD DE DEMANDANTE Y DEMANDADO EN NEGOCIOS DE MINAS

No está por demás expresar aquí que en litigios ocasionados por causa de las oposiciones a la posesión (entrega) de las minas la posición de los litigantes es definida de manera especial, pues el artículo 54 de la Ley 292 de 1875 sienta como norma general que quien hace uso de ellas lleva la calidad de actor, a menos que tenga título o documento de propiedad de la respectiva mina, título revalidado, que sea descubridor anterior al denunciante, o que esté en posesión de la mina dada por autoridad competente, siempre que aporte la demostración correspondiente de lo anterior y que las pretensiones del denunciante comprenden por lo menos parcialmente la mina sobre que tenga o en relación con la cual tenga derechos.

Ahora, la definición de las calidades de cada uno de los litigantes —de actor o demandante y de opositor o demandado— que se hace por el Juez competente (Art. 393 C. de M.), no ofrece las mismas consecuencias que cuando se hace en asuntos puramente civiles, por ser claro que la posición del demandado en éstos tiene ventajas que no tiene en los otros por la presunción de que las minas pertenecen al Estado, según se infiere del articulado de la legislación minera y lo sostiene la jurisprudencia constante de Tribunales y Juzgados.

LITIS CONSORCIO

Antes de pasar al estudio del siguiente capítulo conviene expresar que la intervención de varias personas en una u otra parte o en ambas en un litigio, configura la institución denominada *litis consorcio,* la cual tiene su estructuración propia y se clasifica: *a*) en activa, cuando varios sujetos con intereses propios integran la parte demandante, v. gr. varios comuneros demandan la reivindicación de la comunidad; *b*) pasiva, si varias personas forman la parte demandada v. gr. son demandados los mencionados comuneros, y *c*) mixta, la cual se presenta simplemente en el supuesto de que ambas partes estén formadas por más de un sujeto.

La *litis consorcio* limita, por decirlo así, los derechos procesales de las personas, entraña en los juicios actuaciones diferentes a los casos en que no existe y aun variación de las reglas sobre competencia, etc. En las acumulaciones, pongamos por caso, la competencia por razón del domicilio puede modificarse, también por razón de la cuantía si a acciones de mayor cuantía se acumulan de menor. Otra limitación de derechos se presenta también cuando un litisconsorte omite promover una segunda instancia y otro la promueve, con el recurso de apelación, pues entonces el primero queda ligado a ella, procesalmente hablando.

Con todo, la autonomía o independencia de quien actúa en

juicio con otros sujetos que sostienen pretensiones opuestas a la parte contraria está lejos de desaparecer en un todo, pues la naturaleza de la *litis consorcio* no la destruye sino que únicamente la condiciona. En consecuencia, la renuncia expresa de la acción, con el desistimiento u otra cosa análoga en la práctica, corresponde a cada litigante, al igual que la enajenación del derecho litigioso suyo, puesto que no son actos dependientes de la voluntad de los colitigantes de aquél.

La institución en referencia, que hace relación a las personas, puede coincidir en su aparición con la iniciación de los juicios y ser posterior a ella. La primera o inicial se da cuando la contiene la demanda, activa o pasivamente, la comparencia de varios sujetos o el llamamiento a varios o las dos cosas a la vez. La segunda o posterior aparece luego de una iniciación independiente de procesos, v. gr. en la acumulación de autos. Dicha institución mira a la economía procesal en gastos, actividad y tiempo, a la unidad y orden en las acciones y a evitar sentencias contradictorias y tiene vinculaciones con la cosa juzgada.

La doctrina distingue tres clases de *litis consorcio*, a saber: simple, necesario, e impropio. Hay *litis consorcio* propio cuando es sostenida la existencia de una vinculación de derecho entre distintos sujetos y que tengan elementos comunes a ellos y de lo que se desprende una conexión entre las acciones o los pleitos. *Litis consorcio* necesario se presenta en la hipótesis de que sea imposible jurídicamente adelantar diversas acciones con relación a un objeto determinado en número igual al de los interesados en ello. Así, tratándose de la acción de nulidad de un contrato en que intervinieron varios sujetos no es posible accionar contra uno solo sino contra todos, pues ello obedece a un factor de indivisibilidad que hace indispensable la intervención de ellos ya que, por un racional entendimiento del derecho, es equivocado hacer desaparecer el acto para unos y para otros no y, además, deben considerarse los efectos de la cosa juzgada. Surge la *litis consorcio* impropio en el supuesto de que los litisconsortes no estén ligados por una relación de derecho directa entre ellos, haya puntos de afinidad en las acciones o en los procesos y una cuestión de hecho que definir por las entidades judiciales, atendiendo a esa afinidad, v. gr. cuando las cosas son diversas pero la acción y los litigantes son los mismos.

El *litis consorcio* desaparece por transacción, caducidad, desistimiento, sentencia de fondo, etc., en lo que cabe apreciar que su permanencia depende de la finalización del litigio que se haya adelantado o de la voluntad de los intervinientes.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

Capítulo II

DENUNCIA DE PLEITO

Art. 235. — Dentro de los preceptos de la ley sustantiva, la ejecución de determinados actos hace nacer para sus ejecutores determinadas relaciones jurídicas que son de ocurrencia o cristalización posterior a los mencionados actos. Uno de los casos más claros del asunto de que se trata es la obligación llamada de saneamiento por evicción (Arts. 1893, 1899, 1402, 1480, 2777 C. C.). En determinadas circunstancias el favorecido por ella, necesita su actualización para lo cual establece la legislación la llamada denuncia de pleito, que no es otra cosa que un medio expedito de que dispone el demandado para poder obligar a otro a acudir en su defensa y para descartar los efectos perjudiciales de su no uso. Sabido es que omitir la denuncia por quien tiene derecho a hacerla es dar oportunidad al obligado a sanear de liberarse de su obligación (Art. 1903 C. C.).

El artículo señala términos de oportunidades precisas para denunciar un pleito, de donde se desprende que conviene que el respectivo interesado obre con sumo cuidado para así no verse colocado en condiciones desfavorables que pudo evitar.

La denuncia es un acto procesal que no encaja dentro del concepto de incidentes, por presentar modalidades distintas a los de éstos, por lo que las disposiciones que los reglan no le son aplicables sino la del capítulo que trata de ella, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema (Gaceta Judicial, Nos. 1957 y 1958, pág. 689).

Art. 236. — Faculta al denunciado para proceder también a la denuncia contra otro, ya que realmente en la vida de los negocios ocurren verdaderos encadenamientos de derechos, de reconocimiento innegable. Por tanto, el primer denunciado merece oportunidad de ejercer los derechos que tenga contra otro, en relación con lo que se le denuncia, pero bajo las mismas condiciones exigidas a su denunciante. De manera que una denuncia no impide la práctica de otras, no liga al denunciado a constituirse en único defensor del denunciante sino que puede provocar el llamamiento de otras personas. En sana técnica, esa facultad del denunciado nace después de la admisión de la denuncia en su contra ya que antes no se realiza una relación procesal que la fundamente, puesto que es llamado a juicio con la notificación de la aludida admisión.

Art. 237. — Esta disposición tiene por objeto exigir una determinación cierta del denunciado, para evitar así interrupciones arbitrarias de la actuación, para no contrariar el principio de celeridad que informa la actuación jurisdiccional. Es manifiesta la necesidad de señalar concretamente la persona denunciada. Sería absurdo que se calificara como procedente una denuncia sin un conocimiento de

la persona contra quien es hecha, pues entonces se incidiría en la gran arbitrariedad de propiciar la suspensión infundada de los procesos. La vocación a juicio que genera toda denuncia no es posible sin el señalamiento concreto de la persona a quien se llama, en gracia de la imprescindible certeza que inspira a la actuación judicial.

ART. 238. — Si la denuncia satisface las exigencias legales, dispónese su notificación al denunciado. De allí que corresponde al Funcionario del conocimiento valorar los elementos probatorios adjuntos a ella, si en verdad por gracia de ellos aparece la existencia de una relación jurídica entre el denunciante y el denunciado a causa de la que el último deba comparecer a asumir la defensa de los intereses del primero, por cuanto que sin esa relación desaparece el fundamento de la denuncia, su razón de ser.

De tanto interés es la calificación de una denuncia que ella puede ser causa de una situación sustancialmente distinta a la originaria de un pleito, porque si es procedente entraña la aparición de una persona nueva en él. Además, la denuncia implica la suspensión del litigio, motivo más para relievar su importancia y la necesidad de valorarla prudentemente, para que no dé lugar a actuaciones dilatorias de notoria inutilidad.

La aceptación de la denuncia por el juzgador tiene, pues, el alcance de llamar a la persona denunciada al proceso que se agite, para que asuma la posición que corresponde al denunciante, para que ocupe el lugar suyo. Empero, por ese fenómeno el último no queda descartado para continuar interviniendo también de acuerdo con su interés y aún cuando en el hecho no lo haga no por eso es extraño a la sentencia, ni mucho menos a la demás actuación, por ejemplo se le pueden pedir posiciones, etc., etc.

El denunciado asume, pues, en el litigio una posición que lo inviste del derecho a hacer uso de las facultades procesales de que disponen las partes en relación con los recursos, etc. En síntesis, adquiere una posición procesal independiente en cuanto a sus derechos personales y que puede ejercitar a voluntad en su interés.

El auto que admite o deniega una denuncia tiene el carácter de interlocutorio. Reúne en sí calidades bastantes para calificarlo así. En consecuencia, en su contra son procedentes los recursos establecidos en relación con los de su naturaleza.

ART. 239. — La disposición anterior no es sino la consecuencia racional de lo dispuesto en los artículos anteriores. Por ello, debe colocarse al denunciado en situación de conocer el pleito promovido y la causa para llamarlo a él, dándole así oportunidad de orientar su actividad en la forma que le parezca. Esa colocación es hecha mediante notificación personal, forma propia de llamarlo al juicio, porque en relación con él es la primera providencia que se dicta (Art. 312). El llamamiento irregular, hecho en forma indebida

(Art. 310 y ss.), tiene la consecuencia de que los resultados propios de las denuncias y del respectivo proceso en que son hechas, no pesen contra el denunciado.

TÍTULO IV

REPRESENTACIÓN JUDICIAL

CAPÍTULO I

INCAPACES Y PERSONAS JURÍDICAS

ART. 240. — La comparecencia en juicio presupone la llamada capacidad procesal que casi siempre concuerda con la pura capacidad civil (Arts. 73 y ss. y conc. C. C.). La incapacidad procesal no es en sí el desconocimiento a ciertos sujetos de la facultad de reclamar en juicio sus derechos sino, más bien formal, porque en sus reclamaciones han de asesorarse de personas en quienes las leyes reconozcan plena capacidad, por lo que cuando comparecen por sí solos no vale admitir que lo hacen eficientemente, las actuaciones cumplidas quedan viciadas de nulidad, por lo común. Ciertamente, en pro de sus intereses ha sido establecida la institución de la representación legal, imprescindible en la recta administración de justicia y en el desarrollo de las instituciones jurídicas, la que, es obvio, supone la incapacidad del representado (Art. 63 C. C.). De suerte que la incapacidad procesal de un sujeto cualquiera, no le priva del derecho sustantivo de obrar ante el Órgano Judicial, pero ese derecho se actualiza por medio del respectivo representante, como norma general.

La proposición y el adelantamiento de una acción determinada genera diversas consecuencias en relación con los derechos de que trate, motivo bastante para que la Ley exija la representación del incapaz, bien sea sujeto activo o pasivo de dicha acción, demandante o demandado, con lo cual se busca darle una protección eficaz.

ART. 241. — El menor adulto —la mujer de doce años y el varón que ha cumplido catorce (v. C. C.)— no está impedido por falta de representante legal o mera ausencia suya a comparecer en juicio ni podría estarlo porque la protección que quiere darle la ley es constante y no admite siquiera la posibilidad de colocarlo en la situación precaria de impedirle en el hecho la comparencia en juicio por la falta del representante o por la ausencia suya. De allí que el menor en tales circunstancias disponga de la facultad de pedir al Juez la designación del curador, quien la hará con conocimiento de causa, nombrando uno de su escogencia o confirmando la designación hecha por el menor si recae sobre persona idónea, pues la ley sustantiva da esta facultad a los menores (Arts. 306, 583 C. C.). Claro es que una de las condiciones que debe llenar tal persona es la de ser abogado matriculado, conforme las leyes que reglan el ejercicio de la abogacía.

En la disposición se observa un vacío y es el de que no trata expresamente de los impúberes (Art. 34 C. C.) pero lógicamente ha de llenarse aceptando que ellos en caso necesario tienen la facultad de pedir designación de curador que los represente en juicio, ya que por múltiples circunstancias pueden verse compelidos a recurrir a las entidades jurisdiccionales en defensa de sus derechos y sería absurdo colocarlos en situación precaria, de verdadera imposibilidad, contrariando con ello las normas de justicia. Con esta tesis no se hace otra cosa que aplicar con toda razón la analogía autorizada en la legislación y evitar innumerables perjuicios a los impúberes en sus derechos e intereses (v. Libro II, Tít. XXI, C. J.).

Arts. 242 y 243. — La ausencia del representante legal de un menor —padre, tutor o curador— puede ser prolongada y originarle perjuicios en sus intereses por lo cual tratan de evitarse con el nombramiento que luego de las comprobaciones del caso, haga el Juez de un curador *ad-litem* o con la confirmación del hecho por el menor si es adulto. Dicho curador toma a su cargo la representación del menor en el respectivo litigio.

En análoga forma a la anterior se obra cuando el menor ha de comparecer en juicio contra su padre, el tutor o el guardador suyos. No obstante en los casos en que vaya a comparecer contra el primero ha de cumplirse también lo dispuesto en el artículo 305 del C. Civil, esto es, darse por el Juez al menor autorización previa para obrar en tal forma. Por lo demás, el artículo comentado acoge la doctrina de la ley sustantiva, por la cual la autorización y la designación pueden cumplirse en un solo acto.

Finalmente, el curador *ad-litem* puede ser removido del cargo a petición del menor adulto, previos los trámites de un incidente (Art. 395), y por causa legal, entre las que pueden encontrarse, la incapacidad, la conducta inmoral, en fin, las señaladas en el C. Civil (Art. 627 ss. C. C.). Al contrario, también goza el curador de la facultad de renunciar cuando tenga motivos suficientes para hacerlo.

Por otra parte, debe anotarse que el curador *ab-litem*, en los casos de ausencia del representante legal, termina en sus funciones, las que de suyo son transitorias, por el regreso del padre o del tutor o el curador del menor, porque entonces cesa la causa determinante de ellas.

Art. 244. — Según la ley sustantiva por falta del padre corresponde el ejercicio de la patria potestad a la madre (Art. 53, L. 153 de 1887, L. 45 de 1936) lo que de ninguna manera podría significar que con relación a ella no caben las mismas disposiciones que con relación a aquél quedan vistas en los artículos anteriores. Cuando existe la misma razón debe ser aplicable la misma disposición, es aforismo de derecho que en lo comentado tiene completa vigencia. La madre puede incurrir en las mismas causales que el padre en lo tocante a la representación del hijo menor. Por tanto, en ese evento

procede la designación de curador de su descendiente (Arts. 289 ss. C. C.).

ART. 245. — La patria potestad, verdadera *capitis diminutio* de quien es sujeto pasivo de esa institución de derecho, lo coloca en dependencia del sujeto activo, de tal suerte que los intereses del primero citado en gran parte están sometidos al obrar del segundo, quien en consecuencia puede discurrir mejor acerca de la manera conveniente de salvaguardarlos. En plurales circunstancias sus modalidades hacen que el menor adulto pueda proteger bien sus derechos y de allí que sea factible que el padre lo autorice a obrar por sí mismo en juicio. Igual cosa acaece con el menor bajo curaduría. El curador tiene facultad de conceder aquella autorización.

Ésta ha de ser escrita, puesto que la forma verbal no es la general en los asuntos judiciales y, además, la actuación escrita da certeza de autenticidad de los actos, más indispensables en asuntos como los tratados. Ella descarta toda posibilidad de nulidades. Por otra parte, a la cuestionada autorización han de agregarse las comprobaciones de la patria potestad, de la curaduría y de la calidad del menor adulto ya que sin ellas faltan elementos en orden a la admisión del menor a litigar por sí mismo. De suerte que en el supuesto de que no sean aducidas toca al Juez desechar la actuación del mentado menor. Es de lógica incontrovertible que la autorización armónica con la legislación civil (Art. 306 C. C.) y, que debe ser concreta, tiene duración dependiente de la voluntad del autorizante porque carece de los caracteres de la irrevocabilidad. En estricto derecho sería un contrasentido que el padre o el curador estuvieran en imposibilidad jurídica de acudir en pro del menor en el asunto en que *ab-initio* debieron actuar.

ART. 246. — Dispone el artículo que cuando el padre o la madre están moralmente impedidos para representar al hijo menor en un juicio universal, como lo es el sucesorio, procede el nombramiento de curador *ad-litem*. El impedimento moral se presenta sin embargo de que no haya finalizado el ejercicio de la patria potestad con relación a dicho menor, por ejemplo cuando el padre o la madre han sufrido condenas penales, llevando una conducta depravada o viciosa, etc. También creemos que en los casos de notorio abandono por parte de los mismos del cuidado del hijo y sus derechos e intereses, existe impedimento moral, puesto que la presunción de lesión de los intereses del menor es la base de la disposición acotada y en un caso de la índole mencionada es notorio el fundamento de la designación de curador *ad-litem*, con el que se propicia una efectiva protección de los incapaces.

Con relación a la otra parte del artículo mencionado, esto es, el llamado interés opuesto, se han planteado dos tesis contradictorias. La una sostiene que es indispensable para proveer de curador al menor que la oposición de sus intereses con los de su ascendiente sea expresa o manifiesta y que sin que ella aparezca deja de ser

factible la designación de curador *ad-litem* en el juicio sucesorio, por ejemplo, tesis que se apoya diciendo que ya no impera el inciso tercero del artículo 23 de la Ley 100 de 1890, que era de este tenor: "Cuando en un juicio universal el padre del menor sea por sí interesado en la causa, no podrá representar al hijo, a quien se nombrará curador *ad-litem* como se dispone en el citado artículo"; que en las atribuciones inherentes al ejercicio de la patria potestad está la de representar al hijo bajo ella y de la cual no se priva al ascendiente sino por causas justificadas y expresamente previstas en la ley sustantiva (v. Libro 1º, Tít. 14 C. C.); que la Comisión de elaboración del Código dijo: "Decir que esa oposición existe virtualmente cuando junto con la herencia se liquida la sociedad conyugal y que el padre incontrolado puede abusar de los intereses de los hijos, es ir contra las leyes naturales y destruir las bases fundamentales de la patria potestad que enseñan que, por regla general, nadie tiene más interés que el padre en la conservación y prosperidad de la familia" y que el objeto de los sucesorios apenas muestra un interés común, a saber: que la herencia se liquide y se parta. Por lo demás, la tesis aludida ha sido aceptada varias veces por el H. Tribunal Superior de Medellín (v. Crónica J., § 275).

La otra tesis, en nuestro sentir de solidez innegable, sostiene que basta que el interés sea virtual para que sea viable el nombramiento de curador *ad-litem* al menor. En efecto: la realidad pone de presente a diario que es común que en asuntos de interés económico sea manifiesto un marcado egoísmo de cada sujeto interviniente, y que no hacen desaparecer los vínculos familiares; que en las sucesiones son también comunes las ocultaciones de bienes con miras a burlar impuestos fiscales, que suele demorarse el pago de esos impuestos dando ocasión a los correspondientes recargos. Todo ello repercute en contra de los intereses de los menores y a evitarlo tiende la designación de curador *ad-litem*.

Si el cónyuge supérstite en la respectiva sucesión, representa a sus hijos menores al momento de la confección de inventarios, no hay un control necesario de sus actividades maliciosas o de sus errores y así se ve que la partición, en la cual son tomados por base, será lesiva de los derechos de los menores, los que entonces se ven en la necesidad de iniciar otras actuaciones en su defensa y que hubieran podido evitarse con la designación oportuna de curador *ad-litem*.

Considerando que la legislación tiende a defender al menor en sus derechos aun en frente de su padre y que no deposita en el último una confianza ilimitada, según lo demuestra la lectura del inciso final del artículo 169 del C. Civil, del 303 de la misma Obra, el artículo 1º de la Ley 67 de 1930 y de otros, cabe concluir que no contraría la esencia de la patria potestad ni tampoco la de los vínculos familiares, el no exigir oposición expresa de intereses para el nombramiento del curador mencionado antes, sino oposición vir-

tual o potencial, máxime si se tiene en cuenta que, en general, los menores cuando son representados por sus padres poco o nada saben de los juicios y su marcha y que la oposición expresa surge normalmente luego de la intervención del curador *ad-litem*, por medio de quien obran los menores, quienes así se liberan de las dificultades que nacen del temor reverencial y ponen bajo mejor garantía sus intereses.

A no dudarlo, lo expuesto por la Comisión premencionada deja de ser un argumento irrefutable contra la tesis en cuestión, ante las reflexiones precedentes y ante la consideración de que la interpretación que mejor cuadra con los fines de la legislación, con el de proteger a los incapaces, con la justicia y la equidad, es la que tratamos de exponer. En las sucesiones existe el interés común por su liquidación y partición, pero siempre uno particular en gracia de lo que a cada interesado corresponda y por ello es razonable que la oposición virtual o potencial dé lugar a la designación de curador *ad-litem*.

ART. 247. — La habilitación de edad posée efectos relativos que no llegan hasta hacer legalmente, en un todo, igual al habilitado a las personas mayores de edad (Arts. 345 C. C.). Esa relatividad queda marcada por ejemplo cuando está en el caso de actuar judicialmente en litigios sobre el dominio de inmuebles u otros derechos reales sobre los mismos, aun cuando sean de su cónyuge, pues requiere la asistencia de un curador especial. El legislador mira esa clase de derechos como los de más importancia económica y, en consecuencia, atendiendo a la verdadera personalidad del habilitado en lugar de la ficticia al mismo atribuída, dispone que sea asistido por un curador especial que en realidad viene a tener la representación suya. No dispone el artículo en estudio cuál es la forma de constitución del curador, pero lo indicado es aplicar lo dispuesto para los casos precedentes con los que guarda completa analogía lo acotado.

ARTS. 248 y 249. — La vigencia de la Ley 28 de 1932 quitó a esos artículos trascendencia puesto que pueden considerarse, al menos en parte, derogados. La verdadera incapacidad en que estaba sumida la mujer casada aun cuando fuese mayor y no estando divorciada, hacía representante suyo al cónyuge, por lo que para comparecer en juicio personalmente necesitaba su autorización especial y escrita. Hoy día en virtud de la citada ley, posee la mujer casada mayor la potestad de comparecer en juicio con entera libertad.

Si la mujer es menor y está bajo la curaduría del marido, a quien debe dársele (Ley 28 de 1932) en razón de su edad pero no por el hecho de ser casada, él la representa pero es dable que la autorice para actuar por sí misma, aún en la designación de apoderado en el negocio adelantado.

ART. 250. — Las personas jurídicas —morales, ficticias, legales, como se las quiera llamar— por ser tales y su naturaleza en esencia diversa a la de las personas naturales, tienen que actuar por medio

de las últimas que obran en su lugar en calidad de representantes legales, constitucionales o convencionales. Así el Gerente de una Sociedad Comercial tiene su personería (v. C. C.) o el apoderado constituído por él. Las certificaciones que al respecto expida una Cámara de Comercio (Ley 28 de 1931) o las copias de los actos escriturarios respectivos (v. C. C.) valen para acreditar quién tiene la personería de una Sociedad en un momento dado.

Las fundaciones y corporaciones (Arts. 633 y ss. C. C.), son representadas por las personas indicadas en los actos de su constitución, pero para abreviar dificultades posibles, en especial cuando su existencia es de hecho, por cuanto no pueden incumplir sus obligaciones, corresponde su representación a la persona que las presida y aun para exigir sus derechos llegado el momento.

(V. Ley 28 de 1931, Arts. 31 y ss.; Ley 134 de 1931, Art. 69; Ley 62 de 1932 y Ley 85 de 1934.)

Capítulo II

APODERADOS

Art. 251. — La persona capaz para el ejercicio de la abogacía (v. Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931 y Dto. Ej. 999 de 1932), que contrata la representación de otra en juicio, recibe la denominación de apoderado judicial, que no es otra cosa que el encargo de actuar en lugar y en nombre de ella. La legislación autoriza la actuación personal de los sujetos en juicio directamente sin que sea deber de ellos constituir apoderado, lo que también pueden hacer, pues al presente son aplicados conceptos contrarios a los imperantes en época remota en el derecho romano, en la que no era admitida la representación *per extraneam personam*. La constitución de apoderado es un mandato y, por consiguiente, a ella son aplicables las reglas de la ley sustantiva sobre él (Arts. 2142 ss. C. C.), en sus lineamientos generales.

Con todo, en los tiempos que corren la facultad general de todas las personas de comparecer ante las autoridades judiciales por sí mismas ha sido suprimida en varios estados, no con la primitiva concepción romana, sino con un criterio verdaderamente técnico, enderezado a conseguir una mejor y más acertada actuación ante las autoridades jurisdiccionales y también una protección a una clase profesional que, en principio por lo menos, ofrece garantías que repercuten en favor de los litigantes y de los intereses generales, fuera de que descarta la rabulería, uno de los males más graves en la vida social, como a nadie se oculta.

Por otra parte, para ser representante convencional de un sujeto en juicio basta ser abogado matriculado conforme las normas de las leyes reglamentarias del ejercicio de la Abogacía; para representar ante todas las autoridades es suficiente dicha calidad puesto que aún no existe entre nosotros la verdadera escala profesional, que sí

impera en otros países, en los que a los abogados no se les permite obrar en toda clase de negocios, y así, por ejemplo, no todos pueden intervenir en negocios de casación, etc.

Bien se sabe que, en gracia de las leyes que fueron citadas, hay en el país abogados consagrados, licenciados y titulados y quizás la única excepción a lo anotado en párrafo anterior sea lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, el que dispone que a menos que las acciones sobre filiación natural sean incoadas por el Ministerio Público, deben serlo por medio de abogado titulado. Con lo que pretendió el Legislador evitar que sujetos inescrupulosos se escudasen en reclamantes de la misma índole para adelantar actuaciones incorrectas, faltas de ética. La claridad de la disposición es innegable (v. *Derechos de los hijos naturales,* GUSTAVO A. VALBUENA, pág. 304), y de allí que bajo pretexto de interpretarla no pueda desconocerse su alcance y aplicación, como lo han hecho algunos juzgados y tribunales. En buena lógica, solamente cabe admitir la intervención de abogado no titulado en la proposición y adelantamiento de acciones de filiación natural cuando en el lugar en donde se proponen no haya abogado titulado, porque no hacerlo equivaldría a un rigorismo exagerado y absurdo, contrario a la equidad y a la justicia, a colocar a los titulares de las acciones en imposibilidad de ejercitarlas. El espíritu de la ley no es lesionado al proceder en la forma anotada ante la falta de titulados en el supuesto dicho, porque se presenta entonces lo que pudiera llamarse una verdadera sustracción de materia.

En los estados europeos existe generalmente la institución de procurador, de antecedentes históricos antiguos y objeto de reglamentaciones especiales. En términos breves, el Procurador tiene una intervención entre las partes y el abogado suyo, pero como en el país no ha sido creada especialmente esa institución, cabe omitir estudiarla con algún detenimiento.

Por último, la naturaleza del mandato conferido al apoderado judicial implica la representación del poderdante en juicio y no comprende atribuciones absolutas, por decirlo así, y por consiguiente, para ciertos actos requiérese que el mandante haya conferido al mandatario atribución expresa, así para desistir (Art. 465, ord. 3º), para transigir (Art. 2471 C. C.).

ART. 252. — A ciertos funcionarios corresponde la representación de las entidades de derecho público denominadas Estado, Departamentos, Intendencias y Municipios (Arts. 175, 176, 178, 179 y conc. C. J. y C. de Régimen P. de Mpal., Ley 67 de 1941) y son sus personeros naturales, por lo que no se les da fácil medio de esquivar al cumplimiento de sus funciones propias. De donde se infiere que dichas entidades deben ser representadas por apoderados especiales sólo en los casos señalados en el artículo 173 del Código, con lo que también quedan protegidas sus economías respectivas, en buena técnica, la disposición anotada tiene suficiente fundamento porque es

función propia de los Agentes del Ministerio Público representar los intereses de las personas públicas con la cual no se compagina que se siente como norma general que sean representadas en todo caso por apoderados especiales. De allí que los supuestos de representación por los últimos sean señalados restrictivamente.

ART. 253. — El curador *ad-litem*, bajo su responsabilidad, dispone de la atribución de constituir apoderados judiciales, cosa conforme con la equidad y que en sí no es perjudicial a los intereses del sujeto puesto bajo la curaduría. Un cúmulo de circunstancias pueden dificultar el ejercicio de las funciones del primero: que el proceso deba continuar adelantándose en lugar distinto a su domicilio, dificultades del negocio debatido que le hagan utilizar los conocimientos de persona de mejores aptitudes, recargo de trabajo, etc. De allí que tenga completo apoyo la referida facultad, pues sería absurdo ligarlo en forma absoluta, a una actuación personal en juicio. El curador *ad-litem* al designar apoderado queda con la atribución de revocar el poder, autorizar sustitución, porque al conferir el mandato no finalizan sus funciones y siempre carga con la responsabilidad que le es propia, ya que sería equivocado por lo menos hacer desaparecer esa responsabilidad con la mayor facilidad, inconveniente a la naturaleza de la investidura de curador *ad litem*.

ART. 254. — Con miras a garantizar una mayor imparcialidad y corrección del Órgano Judicial, el Legislador veda a los funcionarios suyos y del Ministerio Público, a los que ejerzan mando y jurisdicción, a los Notarios y a los Registradores el ejercicio de la abogacía, porque las posiciones por ellos ocupadas son propias a lesionar tal imparcialidad con el desarrollo de actividades de esa índole y a perjudicar el exacto cumplimiento de sus obligaciones. Las personas jurídicas, por su naturaleza especial, tampoco poseen la facultad de representar judicialmente a otras. Además, la representación en juicio entraña la actividad de una persona natural, de donde resalta el fundamento de lo dicho, más manifiesto aún si se considera que así se da mayor certeza sobre el representante y se descarta la posibilidad de burlar el principio de que por una persona no pueden gestionar dos o más apoderados a la vez.

En gracia de la posición especial ocupada en la República por los Ministros de la Religión Católica, carecen de la potestad de representar en juicio como mandatarios (v. Concordatos), excepción hecha de aquellos asuntos relativos a la misma Iglesia y a sus representantes.

El uso de licencias mediante las cuales los funcionarios consiguen separarse por algún tiempo de sus cargos tampoco los faculta para ejercer la abogacía ya que por ellas no pierden su investidura.

Antes de la Ley 80 de 1936 los Congresistas durante la inmunidad que les es propia y los Diputados a las Asambleas Departamentales en la época del ejercicio de sus funciones, tampoco podían ejercer la abogacía, pero aquella ley derogó la prohibición y les dió campo

a desarrollar sus actividades profesionales, con mengua de lo que el Código antes quiso proteger y con evidente menoscabo de la justicia y la equidad, de los principios de la conciencia pública que ojalá, con su reacción manifiesta, haga que en el futuro vuelva el legislador al antiguo precepto. Fué esgrimida como razón de la derogatoria de lo existente antes de que la cesación de la inmunidad civil de los parlamentarios debe correr parejas con su capacidad para representar en juicio, pero en realidad ello no es fundado sino en un falso sofisma. Un medio de contrariar la imparcialidad con que deben obrar los funcionarios judiciales y asegurar a los congresistas profesionales un verdadero privilegio en relación con los profesionales comunes.

ART. 255. — La actuación cumplida por medio de apoderado impone relaciones de derecho al poderdante (v. C. C.) quien en la actuación es sustituído, por decirlo así, por el apoderado suyo, pues ése es el alcance natural del poder especial. Aquél asume, como es obvio, las consecuencias de la actividad del otro, lo que basta para justificar que sea menester que el poder dado contenga la especificación concreta de su objeto, con el fin de que no sea confundido con otros y aparezcan situaciones inciertas en su mérito. Si es presentado sin el lleno de sus requisitos compete al Juez desecharlo.

Los poderes generales para toda clase de pleitos y para algunos o varios son eficaces si son conferidos por medio de escritura pública. De lo contrario carecen de valor y aun cuando con base en uno de ellos otorgado por documento privado quiera instaurarse una acción cualquiera, el funcionario ante quien se presenta debe desecharlo, porque de no hacerlo viola la disposición estudiada. El artículo está basado en la trascendencia que con relación a los terceros tienen los poderes generales y en la utilidad consecuente de que los contenga un documento provisto de garantía de autenticidad.

De conformidad con el artículo 47 de la Ley 95 de 1890 los poderes generales para pleitos no requieren la formalidad de la inscripción en el registro para su validez, lo que es una verdadera excepción a los principios generales (Arts. 2652 y cons. C. C.).

El acto de constitución de un poder requiere capacidad, tanto por parte de quien lo confiere como por parte de quien lo acepta, y de allí que mandante y mandatario deban ser sujetos no considerados incapaces por la ley, pues si carecen de plena capacidad se aplica lo que en el capítulo anterior quedó visto.

ART. 256. — De dos medios igualmente auténticos disponen los individuos para dar poderes especiales, a saber: la escritura pública y el escrito que presentan a la autoridad —en papel sellado— y en forma análoga a las demandas (Art. 223). La presentación es personal y, por tanto, si de hecho no se verifica así, el funcionario está en el deber de no reconocerlos y rechazar de plano lo pedido por el apoderado, ya que no cabe surtir actuaciones estatales y jurisdiccionales sin el lleno previo de las formalidades dispuestas para ellas.

En todo caso, es evidente, el poder para actuaciones judiciales se confecciona por medio de escrito y su efecto inmediato es la representación del apoderado y la inexistencia, cuando se reúnen las condiciones legales respectivas, de la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería adjetiva.

ART. 257. — Cuando el poderdante reside en lugar distinto al de asiento del funcionario ante quien va a pedir, puede presentar el poder ante el Juez de su residencia o domicilio, bien sea Municipal o de Circuito o un Tribunal, con el fin de autenticarlo. Nótase que el artículo habla expresamente de Juez y no de otras autoridades, de las del orden político como en otros casos (Art. 359), lo cual ha dado margen a que se sostenga que con relación a los poderes es falto de acierto autenticarlos ante las autoridades policivas. No obstante, habida consideración de que es básico en el procedimiento que las personas gocen de facilidades en las actuaciones suyas, en beneficio de la rapidez, procede sentar la tesis de que aun cuando se trate de la autenticación de poderes cabe hacerla ante autoridades del orden político. Y ello resulta más fundado ante la hipótesis de que en el lugar de residencia del poderdante no haya Juez, de que el día de autenticación sea feriado, de que en ese día no haya Despacho en el Juzgado o de que exista impedimento por parte del Juez, etc.

ART. 258. — El acto principal tratándose de poderes es su constitución en sí, por lo que su admisión apenas constituye un acto formal y secundario, nada sustantivo en el proceso que después se desarrolla. Tanto es así que el no reconocimiento de la personería está lejos de dar margen a nulidad (Art. 450). El auto mediante el cual se reconoce personería al apoderado es apelable en el efecto evolutivo, como interlocutorio que es, pero en la práctica ocurre que la admisión de las demandas y el reconocimiento de personería son hechos en un solo auto. La apelación de la admisión de las demandas, por lo común, es concedida en el efecto suspensivo, por lo que en los aludidos autos el reconocimiento referido corre la misma suerte, porque no cabe llegar hasta el extremo de la exégesis sosteniendo la tesis contraria y que no se adecúa a los principios procesales, es decir, que en la hipótesis propuesta la apelación se surte en el efecto devolutivo.

Ahora, es al funcionario competente para avocar el estudio del negocio a que el poder haga referencia a quien toca reconocer la personería y no a otro, por lo mismo que dicho poder se da en vista de una acción que constituye lo primordial siendo la cuestión del poder —permítase la expresión— accesoria. Ningún sustento tiene el que un funcionario que no sea indicado en el conocimiento de un negocio cualquiera proceda al reconocimiento de personería, pues sería una actuación inconducente y desprovista de suficiente apoyo.

ART. 259. — Por lo común la representación en juicio es voluntaria y convencional, no forzosa, de donde resalta que si el presunto apoderado no manifiesta su aceptación al poder conferido, faltan

elementos o bases para el Juez reconocerlo como tal. En esa ocurrencia dicho funcionario debe tener antes el poder en conocimiento del sujeto a quien se refiera, con el fin de que exprese su aceptación o no, por medio de un auto de sustanciación. Para evitar demasiados formulismos inconducentes, la aceptación de un poder puede ser hecha por medio de simple firma de quien lo recibe, y así reconocerle personería sin más actuación. En el caso de que no se cumpla por descuido el reconocimiento de personería sin aceptación expresa del apoderado, se incurre en una irregularidad, que puede ser subsanada con la gestión en el correspondiente negocio del apoderado, pues entonces se cumple una aceptación tácita (Art. 450, ord. 2º). A nadie se oculta que es condición necesaria para el reconocimiento de la personería del designado apoderado que sea abogado matriculado (v. Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931), por lo que si no se cumple, la actuación queda viciada de nulidad sin embargo de que en alguna providencia de la H. Corte (v. G. J. Nº 1930, pág. 865) se haya dicho que esa ocurrencia no está comprendida en el cuadro taxativo de las nulidades (Arts. 448 y ss.). La ilegitimidad de personería del representante tiene que radicar en la falta de capacidad procesal suya, la que puede desprenderse de su falta de idoneidad para el ejercicio de la abogacía, luego sin duda alguna se da ocasión a la nulidad, pues si no fuese así las leyes reglamentarias de la profesión serían inoperantes y se tendría que la violación de una norma imperativa (prohibitiva), violación ilícita por su causa y su objeto, genera actividades procesales firmes. En nombre de otro, un sujeto que carezca de la calidad de abogado matriculado carece de la facultad de comparecer en juicio, aun cuando le otorgue poder y en realidad esa carencia implica ilegitimidad de la personería y, por tanto, nulidad sin que valga argumentar en contrario que el código no previó expresamente el caso, ya que la legislación, por lo común, no los define sino que sienta reglas en las cuales encajan.

Art. 260. — Permítase a las partes y aún a sus apoderados, constituir de palabra o por escrito voceros que, como su nombre lo indica, lleven su voz en actos que se surten en forma oral, v. gr. las audiencias en los procesos verbales (Arts. 1208 y ss.), asuntos de ocurrencia en Inspecciones Oculares (Arts. 724 y ss.), etc. Los voceros han de tener las condiciones propias para ejercer la abogacía, puesto que si no fuese así quedarían burladas a diario las disposiciones imperantes sobre ella ya que al presente los procesos verbales absorben la mayor parte de la actividad de Juzgados y Tribunales.

Llama la atención el artículo en cuanto no exige presentación personal por el constituyente de la vocería, del memorial en que designa vocero, pero ello se debe a que es claro que, en armonía con los términos de la ley, el carácter de vocero es distinto al de apoderado en atención a su objeto, porque aquél tiene funciones más restringidas y menos generales que los apoderados. El vocero carece comúnmente de facultad de interponer recursos y su misión es limi-

tada a la diligencia concreta de que se trate a diferencia de la del apoderado, la cual recae sobre todas las ocurrencias del litigio que se agite. Verificada dicha diligencia, finaliza de manera normal la intervención del vocero.

ART. 261. — La sustitución del apoderado principal en otra persona es un acto análogo por completo al acto inicial de constitución del poder y de allí que debe llenar, entre el delegante y el delegatario, las mismas condiciones de forma del primer poder, porque el último mencionado viene a ser representante del mandatario. Sin embargo, la delegación de un poder para un negocio especial cabe hacerla por simple memorial, como en los demás de su clase, aun cuando quien la hace haya recibido el encargo que delega por escritura pública. En asuntos de la índole mencionada, llegado el caso, no hay que olvidar la doctrina contenida en la ley sustantiva (Arts. 2161 y conc. C. C.).

ART. 262. — La sustitución por el apoderado principal no lo desliga por completo del respectivo negocio, pues en manera alguna constituye un acto definitivo y absoluto en sus efectos. Por tanto, la delegación crea relaciones entre el delegante y el delegatario y de finalización voluntaria de aquél ya que tiene la facultad de reasumir el poder y demás. Ante la sana lógica, el asunto es diferente si el poderdante es quien sustituye directamente, pues la sustitución en tal forma, implica una verdadera revocación dada al poder del primer apoderado (v. C. C.), quien por ese acto queda separado del respectivo negocio (Arts. 2990 C. C.). Cuando el sustituidor reasume el poder por su mera voluntad o por inaceptación del sustituto, renuncia y cualquiera otra causa de falta, deja de ser indispensable exigir la intervención del poderdante para considerar al sustituto separado del negocio y representando en el mismo al delegante. Ésa es la consecuencia próxima o la característica de la sustitución por el apoderado, de quien depende el sustituto.

ART. 263. — En buena lógica, los poderes se dan para llevar hasta su finalización los respectivos negocios, ya que ése es su objeto propio y no consultaría ninguna norma de derecho que se exigiera otro para la ejecución o cumplimiento de la sentencia que se dicte. Sobre el particular hay que distinguir si la sentencia es susceptible de realización material dentro del proceso o no. Así, en un litigio sobre reivindicación, sin necesidad de promover otro distinto, cabe la entrega al reivindicante por el Juez que la dicta en el supuesto de que el poseedor vencido no la haga (Art. 551). En un ordinario sobre la existencia de una deuda el demandado condenado a su pago, en el caso de que no lo verifique particularmente, puede ser perseguido por la vía ejecutiva (Art. 982). En los mencionados casos el apoderado *ab-initio,* que no haya sufrido la revocación del poder, tiene personería para las ejecuciones indicadas (Art. 2189 C. C.).

ART. 264. — El precedente artículo se aparta un tanto de la doctrina contenida en el ordinal 5º del artículo 2189 del C. Civil,

pues en lo civil el mandato termina por la muerte del mandante o del mandatario, en tanto que en asuntos judiciales, si ha sido notificada la demanda, no finaliza con el fallecimiento del primero, lo que tiene su fundamento.

Análogamente, existe diferencia entre el ordinal 9º del artículo 2189 de la ley civil y el inciso 2º del artículo en referencia; por la cesación de las funciones del mandante, si confirió el mandato en ejercicio de ellas, según la ley sustantiva, se extingue. Al contrario, en asuntos judiciales no, bajo la condición indicada en el párrafo precedente. El Gerente de una Sociedad Anónima confiere un mandato, pongamos por caso, para una venta. Si no ha sido verificada al cesar en sus funciones tal mandato termina; en cambio si lo ha conferido para un asunto judicial y la demanda está notificada, la cesación de su cargo no extingue el mandato dado por él.

ART. 265. — En interés del mandante, para que no quede falto de representación y por consiguiente sus intereses de hecho abandonados en los procesos, la renuncia del mandatario por sí sola no pone término al poder, ya que requiere para ello que quede sustituto del renunciante en su lugar, que se haga saber al poderdante o si es el caso, al apoderado sustituidor. Tal cosa encuentra plena justificación, además, para poner coto a fáciles y perjudiciales entendimientos de los apoderados con la parte contraria a la que representan (Art. 2193 C. C.). En el supuesto de que sea admitida una renuncia sin el lleno de las condiciones mencionadas, es factible que se dé ocasión a viciar la actuación de nulidad por falta de emplazamiento en debida forma (v. Art. 448 y ss.), porque la legislación quiere que los intereses materia de los juicios no sufran abandono, que las partes tengan medios eficaces en su favor.

En consecuencia, la cesación de las obligaciones de quien representa en juicio a una o varias personas ocurre cuando se hace sabedores de la renuncia a los poderdantes y se designa sustituto que asuma el cargo, conforme se desprende del texto del artículo.

ART. 266. — Revócanse los mandatos en forma expresa o tácita (v. C. C.). La constitución de un nuevo apoderado implica la revocación del primer poder, por cuanto que de acuerdo con el artículo 268 está vedado actuar en nombre de una misma persona a dos o más apoderados y entonces la nueva designación hecha por el poderdante envuelve el reemplazo del primer apoderado. El fondo del mandato es un concepto de verdadera confianza y por ello cabe su revocación. Sería absurdo que el mandante quedara ligado en todo el proceso, de manera forzosa y fatal, al apoderado inicial suyo. La revocación tácita no se entiende si la sustitución es para una instancia distinta u otras acciones específicas, porque no es hecha en las mismas condiciones tratadas en el párrafo anterior. De allí que a pesar de una sustitución para una segunda instancia, v. gr. al volver el negocio a la oficina de la primera, tenga facultad para seguir actuando en

ella el primer apoderado, a menos que se le revoque en ella el poder, como es obvio.

ART. 267. — La naturaleza del mandato no excluye que a pesar de él gestione también el mandante sobre el negocio de que se trate, porque el constituir apoderado no es renunciar la facultad de intervención directa por parte del poderdante, quien posee pleno derecho a enterarse de la forma de cumplimiento del mandato en orden a adoptar las medidas que le sean convenientes. Claro es que la gestión dicha carece del efecto, por consiguiente, de equivaler a una revocación. Esa intervención directa de la parte armoniza, por lo demás, con el sistema imperante que autoriza la intervención de los sujetos en juicio a debatir sus propios derechos e intereses.

ART. 268. — La unidad, la celeridad, la certeza y la economía procesales impiden la gestión judicial de varios apoderados a la vez y por ello la razón del precedente artículo. Es claro que varios apoderados a un mismo tiempo dificultan un desarrollo procesal eficaz y ordenado, pues unos podrían asumir una actitud y otros otra dispar, en cuanto a recursos, medios de defensa, incidentes, etc., dando a los procesos una naturaleza caótica a todas luces inadmisible. En gracia del contenido de la disposición acotada cuando un poder, de hecho, se confiere a varios sujetos, el artículo estudiado considera al primero nombrado como apoderado principal y a los otros como sustitutos, en el orden en que sean mencionados, quienes actúan como se expone a continuación.

El apoderado principal, mientras conserva sus atribuciones, excluye el obrar de los sustitutos, los que por su calidad carecen en realidad de personería, lo que pone más de manifiesto la disposición que prohibe que un sujeto tenga en juicio más de un apoderado. Por tal motivo el sustituto no puede actuar simultáneamente con el principal y cuando en las diligencias no haya constancia de que éste no actuará en adelante es improcedente admitir la gestión del sustituto. Dicha constancia puede nacer de una manifestación de aquél en que así lo exponga, de la petición suya de que en su lugar sea admitido el sustituto y aun de su renuncia al mandato (Art. 265), pero en ningún caso es correcto sin la aludida constancia adelantar el procedimiento con el sustituto porque se incurre en vicio de nulidad (Arts. 448 y ss.).

El apoderado principal tiene la representación actual de su patrocinado y no el sustituto, de donde se infiere que si sin la ausencia del primero nombrado son hechas las notificaciones sólo al segundo se incide en nulidad por falta de citación en debida forma, salvo, sí, que no concurran circunstancias que la destruyan (Arts. 448 y ss.).

Sobre el particular ésta es la jurisprudencia sentada por la Corte: "Cuando hay un apoderado principal y uno sustituto es necesario acreditar la voluntad del primero de no actuar, para que sea admitida la gestión del segundo. La intervención de este último debe tener lugar cuando falta la del principal. Por eso se le llama sustituto y

quien debe informar aquella falta es quien la ocasiona o produce. Como él tiene la personería principal puede ejercerla en cualquier momento, por lo cual el Juez no ha de darle entrada al sustituto mientras el principal no manifieste su voluntad de no intervenir. El silencio del principal puede equivaler y equivale legalmente en ciertos casos, a una gestión suya: el apoderado principal sabe que si no reclama, *verbi gratia,* de una providencia dentro de un término prefijado por la ley, aquélla se ejecutaría y en consideración a esa consecuencia legal de su silencio, bien puede él callarse para esperar la ejecutoria, con lo cual está virtualmente actuando en el proceso. Darle entrada al sustituto valdría tanto como quitarle al principal la posición que tiene derecho a ocupar en el juicio de acuerdo con la ley. El principal podría válidamente reclamar de la intromisión del sustituto sin haberse conocido antes su voluntad de que éste gestione (Sent. de nvbre. de 1937, G. J., Nº 1930, pág. 894).

ART. 269. — La actuación en juicio en nombre de otro presupone una representación legal de quien la hace (curador, padre) o convencional (mandato) que tiene que acreditarse en oportunidad (Art. 231), porque los intereses particulares son debatidos en juicio a petición de parte legítima y no de la que caprichosamente quiera hacerlo. Empero, como una manifestación de solidaridad social, es admisible que luego de notificada una demanda al interesado y en oportunidad de la interposición de un recurso, pueda una persona extraña contestarla o interponerlo cuando de no hacerlo resulten perjuicios al mencionado interesado, pero garantizando, bajo caución calificable por el funcionario del conocimiento, que la persona por quien pretenda obrar ratificará su actuación.

Se tiene por contestada la demanda o interpuesto el recurso luego que es otorgada la caución —fianza, hipoteca o prenda— a satisfacción del Juez y antes no procede darla por hecha o por interpuesto y seguir la actuación posterior a los aludidos fenómenos procesales, porque precisamente la ley condiciona esos actos de persona extraña al otorgamiento de la caución dicha, la cual debe serlo en el término señalado por el Juez, ya que mal podría aceptarse que en cualquier tiempo sea constituída.

ART. 270. — La llamada agencia oficiosa (Arts. 2304 y ss. C. C.) también tiene alguna relativa aplicación en cuestiones judiciales, puesto que cuando un sujeto está ausente o impedido por alguna causa, enfermedad u otra similar, en orden a instaurar una acción cualquiera, el extraño puede instaurarla jurando la existencia del impedimento, pero, como en el caso del artículo anterior, debe constituir caución de que el sujeto en nombre de quien obra ratificará su actuación dentro de dos meses y para cubrir los perjuicios que puedan ocasionarse al demandado sin la aludida ratificación.

Expresamente no dice la ley desde cuándo empieza a contarse el mencionado término, si desde la presentación de la demanda, desde la promesa de la ratificación o desde la notificación de la demanda.

Creemos que el plazo empieza a contarse desde la última, porque es cuando en verdad queda definida una relación procesal, que reclama la ratificación, que se hace necesaria desde ese momento y racionalmente el término para la ratificación de un acto corre desde que se realiza y la vocación a juicio no es perfecta antes de la notificación acotada, máxime si se considera que la actuación oficiosa queda suspendida cuando es surtida dicha notificación. La gestión oficiosa en verdad no es firme antes de la ya varias veces mencionada notificación y por ello es conforme a la equidad la tesis anterior.

Despréndese del texto del artículo que la agencia oficiosa es viable sólo de manera restrictiva en los asuntos judiciales y que no presenta la amplitud que en los casos previstos por el C. Civil, y que es posible apenas en casos de ausencia e impedimento de la persona por quien se actúa.

ART. 271. — En asuntos de derecho internacional, público o privado, se acepta el principio de que los actos se sujetan a la ley del lugar de su otorgamiento: *lex loci regit actum.* Por consiguiente, cuando una persona constituye poder en el extranjero ha de sujetarse a las leyes allí vigentes, a menos que lo otorgare ante Agente consular o diplomático de la República, pues cuando ante éstos se otorga no requiere autenticaciones posteriores para su estimación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39 de 1933 que modificó también lo preceptuado en los artículos 657 y 658 del C. Judicial. Los poderes otorgados ante funcionarios extranjeros sí requieren nota de autenticación de los empleados mencionados antes o de los de estados en relaciones con el colombiano, para que pueda presumirse su conformidad con la legislación foránea.

ART. 272. — Las entidades jurídicas domiciliadas principalmente en país distinto al nuestro, en garantía de los derechos e intereses de los nacionales y del comercio en general, para desarrollar legítimamente sus actividades en él deben llenar determinados requisitos, entre los cuales resalta la designación de apoderados (Arts. 469 y ss. C. de Co. Dto. Ley Nº 2 de 1906, Ley 43 de 1923, Dto. Ejvo. 1890 de 1931, Dto. Ejvo. 1607 de 1934, Ley 28 de 1931, Art. 41).

La doctrina se orienta a desconocer nacionalidad a las sociedades con argumentos de uno y otro género que llevan a concluir que únicamente la persona natural debe estar investida del atributo de la nacionalidad; pero, sea de ello lo que fuere, lo cierto del caso es que la legislación patria habla de sociedades extranjeras, las que han de sujetarse a las disposiciones citadas entre paréntesis y al Decreto-Ley Nº 37 de 1906.

TÍTULO V

ACCIONES ACCESORIAS

CAPÍTULO I

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS

Las acciones principales requieren para su efectividad la práctica de ciertas medidas precautelativas que precisamente son garantes de la conservación de lo perseguido con ellas, bien sean objetos muebles o inmuebles, tienden a evitar que la insolvencia o la mala fe de los demandados hagan ineficaces en la práctica los derechos de los demandantes. Por ellas son retirados los bienes sobre que recaen del comercio, no permitiendo en principio que sobre los mismos recaigan enajenaciones. También son puestos bajo la custodia de depositarios luego del retiro de manos de los demandados —reales o presuntos— o de los agentes suyos.

Entre las medidas dichas, se encuentra la acción accesoria real de embargo y secuestro preventivos, y se dice accesoria por cuanto su existencia se subordina a la de las acciones principales, puesto que en ellas tiene su razón de ser, sin que sea acertado concebirla independientemente. La aludida acción tiene la calidad de real en consideración a que se ordena con independencia de las personas, en atención a las cosas que constituyan su objeto material, principalmente. Además, dicha acción es de vigencia general en las legislaciones y de antecedentes históricos precisos, ya que en toda época se ha visto la necesidad de asegurar los resultados de los juicios con medios que impidan que sean ilusorios.

En los artículos que se estudian en este capítulo reglamentó el legislador el embargo y secuestro preventivos, pero no toda la materia acerca del embargo y secuestro, pues en la reglamentación del juicio ejecutivo (Arts. 982 y ss.) y de otros asuntos, se encuentran normas sobre la mencionada institución, las que se comentarán en oportunidad, por cuanto que ahora nos limitamos a concretar algunos apuntes sobre el articulado del capítulo.

ART. 273. — El que es o va a ser reivindicante de cosa mueble directamente o como consecuencia de una acción distinta goza de la facultad de conseguir su embargo y secuestro preventivos, bajo estas condiciones: que asevere que tiene motivos para temer que la cosa se desmejore en manos del poseedor o que éste se ha ausentado o teme que se ausente y la de que preste caución de reparar los daños que la medida ocasione.

Por lo visto ésos son los requisitos únicos que tiene que satisfacer el peticionario, pues no pesa sobre él la carga de aducir pruebas especiales de ausencia, de los motivos de temor por posibles desmejoras, de título en que sustente el derecho alegado. La caución (Art. 65

C. C.) —fianza, hipoteca, prenda— es calificada antes de ordenar el embargo y secuestro por el Juez, quien en ella debe ceñirse, fuera de las normas comunes, a la circular Nº 12 de 30 de enero de 1937, emanada de la Procuraduría General de la República.

Tratándose de cosas muebles el secuestro y el embargo, no obstante ser diferentes se confunden, pues el último no se cumple como en tratándose de inmuebles con la inscripción del auto que lo ordena en la respectiva Oficina de Registro (v. C. C.), debido a que la tradición de los muebles no requiere inscripción sino simple entrega. Naturalmente por el embargo quedan los bienes sobre que recae fuera del comercio, con lo que su enajenación nó es posible, jurídicamente hablando, por objeto ilícito (Arts. 1521 y 1502 C. C.). De allí que pueda definirse el embargo diciendo que es el cumplimiento de una disposición judicial en cuyo mérito quedan colocados fuera del comercio los objetos sobre que recae. El secuestro no es otra cosa, prescindiendo de las múltiples definiciones que de él se han dado, que la ejecución de una orden judicial por la que se entrega uno o varios bienes a un depositario, denominado secuestre, sacándolos de manos del poseedor con miras a asegurar lo perseguido en un proceso, directa o indirectamente.

Sobre el artículo, como solamente autoriza el embargo en reivindicación de bienes muebles (Arts. 654 a 658 C. C.), se ha presentado el interrogante de si puede decretarse o no, en armonía con el artículo 659 de la ley sustantiva, el secuestro de las cosas indicadas en el mismo en juicio de reivindicación de una propiedad inmueble. Parece que la cuestión deba resolverse negativamente por lo mismo que es principio general que al poseedor de un inmueble perseguido en reivindicación no se le priva de su posesión en la iniciación del litigio (Art. 959 C. C.) y decretar y practicar el secuestro equivaldría a una privación. Por otra parte, el texto del artículo 275 está indicando que en casos diferentes al previsto en él es improcedente el secuestro preventivo de inmuebles. Precisamente, esas dos consideraciones apoyan la tesis anotada, fuera de que ella evita el surgimiento de situaciones inciertas y contrarias a toda técnica, ya que a nadie se oculta que es poco menos que imposible en la práctica secuestrar, por ejemplo, los pastos y bosques de un bien raíz sin privar al poseedor de la posesión del inmueble (Arts. 1229, 740 y 293).

Art. 274. — El sujeto activo de una obligación personal está investido de poder para impetrar el embargo y secuestro preventivos de objetos muebles del demandado presunto y únicamente el embargo de inmuebles del mismo, en cantidad bastante para asegurar el pago del crédito. Nótese la diferencia en relación a las dos clases de bienes: muebles e inmuebles (Arts. 655 y 656 C. C.).

La acción preventiva contenida en el artículo comentado sujétase al lleno de estos requisitos: *a*) Que el acreedor aduzca prueba, la que puede ser sumaria, o sea, no controvertida, de la existencia del crédito con calidad de exigible. La prueba de que se habla puede

consistir en documentos públicos o privados pero que en todo caso tengan mérito en orden a acreditar que la obligación existe. Cuando se presenta prueba de testigos, el funcionario ha de examinar cuidadosamente si ella reúne calidades que por sí le den fuerza legal, si basta a establecer un crédito y su exigibilidad actual. No está por demás observar que la llamada prueba sumaria tiene que ser completa en sí puesto que si no lo es, conclúyese la improcedencia de las medidas demandadas.

b) En segundo lugar exige el artículo que el peticionario asevere una de estas cosas: que el deudor se encuentra en mala situación de negocios, que trata de eludir el pago, etc., porque en verdad ellas son las que hacen necesarias las medidas preventivas, sin las cuales no tienen justificación. Al respecto vale anotar que en algunas legislaciones extranjeras se toma en cuenta de modo especial, para adoptar una medida preventiva, la calidad que tenga el sujeto contra quien se adopta, o sea, su nacionalidad. Por ello, contra quien no es nacional del respectivo Estado es tomada más fácilmente.

c) Finalmente, para evitar arbitrariedades y poner vallas a hechos inescrupulosos es indispensable que el actor caucione los posibles perjuicios de ocurrencia por las medidas preventivas. La caución, como bien lo ha definido la H. Corte Suprema de Justicia, se ordena y otorga habida consideración por el Juez del monto de la obligación y de la significación de lo que se pretende secuestrar y embargar, y antes de resolver sobre la procedencia de lo pedido. La caución dice relación al presunto demandado y también a terceros, de manera que si son perjudicados y ha sido otorgada por persona distinta al peticionario, queda obligada, según el caso, en favor de unos u otros.

El embargo mencionado antes se cumple con la inscripción que hace el Registrador correspondiente a la ubicación del o de los bienes de la orden del Juez que ordena el embargo, la cual se le trasmite por medio de oficio en papel común (Art. 38, Ley 57 de 1887). Por el embargo no se quita al poseedor su posesión sino que se saca del comercio lo embargado, vedando la enajenación de lo que se trate. Si de hecho verifica el demandado actos de enajenación, después de la respectiva inscripción, ellos son viciados de nulidad absoluta (Arts. 1740 y ss., 1502 y conc. C. C.) y, por consiguiente, carentes de eficacia, mas no los que ejecuta un sujeto distinto al demandado, pues el artículo 42 de la Ley 95 de 1890 establece que cuando la enajenación de la finca embargada sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, no se considerará en litigio la cosa con respecto a dicha persona distinta ni de los que contratan con ella, lo cual está diciendo claramente que no pueden ser terceros los que derivan su título del mismo ejecutado. Esa disposición se refiere a los contratos celebrados entre terceros, que como tales, no derivan su título del ejecutado, o del demandado, conforme lo ha dicho la H. Corte (v. G. J., Nos. 1911 y 1912, pág. 735).

El secuestro, a diferencia del embargo, implica la privación del

poseedor de la cosa de que se trate y su entrega, por gracia de orden del Juez, al secuestre (Arts. 2273 y ss. C. C.), la que tiene por finalidad evitar la pérdida o desmejora de dicha cosa en manos del demandado, en una palabra, garantizar su conservación, pues a nadie se oculta la facilidad con la cual desaparecen los muebles, por uno u otro concepto. Esa entrega es de dos clases: real y simbólica, como se verá adelante (v. Arts. 2488 C. C. y 1058, 999, 1189, 293, 982 y 905 C. J.).

Cabe aquí la anotación de que contra los Departamentos y Municipios, por ser entidades de derecho público y bien distintas a las personas particulares, son improcedentes el embargo y secuestro preventivos pues las primeras no están en condiciones de eludir el pago como las últimas, con ocultaciones, ausencias y simulaciones, en una palabra, no pueden considerarse a aquéllas en las condiciones del numeral segundo. Las personas públicas no pueden ser consideradas en mala situación de negocios o capaces de dolo, de donde se desprende que contra ellas carece de verdadero objeto una medida preventiva de embargo y secuestro. No se justifica como tratándose de personas comunes. En verdad, a nadie se oculta la finalidad de las medidas preventivas y que ella no aparece como necesaria tratándose de los Departamentos y los Municipios.

ART. 275. — Adelantándose juicio de reivindicación en segunda instancia el reivindicante que haya triunfado en la primera goza de la facultad de pedir el secuestro del inmueble perseguido. Siempre que se cumpla lo siguiente, es procedente:

Que haya justo motivo de temer que el bien perseguido se desmejore en manos del poseedor, conforme la doctrina del artículo 959 del C. Civil. En principio, durante el adelantamiento de los procesos de la índole mencionada el poseedor (Art. 762 C. C.) continúa en ejercicio de la posesión, lo que hace indispensable que en ellos sea demostrada la razón del temor, ya que la importancia de esa institución de derecho impide de suyo finalizarla con base en simples afirmaciones del mismo litigante. Además es preciso que el demandado no constituya caución de responder de la conservación y restitución llegado el caso.

Lo anterior muestra que el asunto debe resolverse mediante la tramitación de una articulación, pues es un verdadero incidente (Art. 395): El traslado de la petición es imprescindible al demandado, pues así logra saberse si quiere constituir caución de conservación y restitución, si carecen de solidez las pretensiones del actor. Por otra parte, la naturaleza suya difiere de la de los asuntos tratados en los artículos anteriores, e implica una verdadera contención. Además, sería absurdo aceptar que la posesión puede finalizarse por solas afirmaciones de un actor.

El artículo comentado omite señalar el funcionario competente para conocer de los casos que con base en él sean propuestos, pero consideramos que sea el de la segunda instancia, por esto: Es

condición esencial para que un funcionario judicial aprehenda conocimiento de un negocio determinado que en concreto esté investido de competencia para conocer del mismo (Art. 142 ss.) y que ella esté vigente, esto es, no suspendida (Art. 147 y cds. íb.)

Entre las causales de suspensión de la llamada competencia y determinadas por la ley procedimental, de manera general, está el recurso de apelación concedido en el efecto suspensivo (Art. 501 inc. 2º). Este recurso, tiene pues, el efecto de suspender la jurisdicción del funcionario que lo concede, en el negocio de que se trate, y se exceptúan sólo los casos especiales previstos por la legislación procesal, y los relativos a la seguridad y depósito de las personas (Art. 501, núm. 1º y 2º). Los casos de excepción a ese principio general están contenidos en los arts. 1081 y 1092 y pueden presentarse en los casos de divorcio v. gr. (Art. 157 C. C.)

La apelación de una sentencia en los juicios mencionados se concede en el efecto suspensivo y por ello ha de conocer del incidente aludido el funcionario *ad-quem*. Evidentemente, no se trata del estudio del juicio principal a conocimiento del funcionario de segundo grado, pero sí de un asunto incidental que en manera alguna puede considerarse independiente del mismo, puesto que de su existencia nace en realidad la posibilidad del secuestro pedido. El litigio sobre reivindicación fallado en primera instancia en favor del actor es condición principal para que en su beneficio cristalice el derecho de hacer secuestrar la cosa de que se trate, por lo que puede apreciarse una relación directa e inmediata entre el juicio y el secuestro.

El secuestro preventivo cabe solicitarlo ante el Juez a cuya jurisdicción corresponda la ubicación de los respectivos bienes, aún en el supuesto de que no sea competente para conocer del futuro juicio a que él haga relación (Art. 292) pero obsérvese que la respectiva disposición no hace referencia a cosas de juicios ya iniciados, lo que respalda la tesis expuesta. Para comprender mejor su fundamento basta pensar en un secuestro que se pida en un proceso ejecutivo ante funcionario distinto a aquél que de él conozca.

Es claro que de toda cuestión incidental corresponde conocer el Juez ante quien es adelantado el litigio en que se ocasiona o se propone, y ya quedó visto que la cuestión en estudio entraña un incidente relativo a un proceso conocido por el funcionario de segundo grado, ante quien se ha interpuesto apelación, por lo que ante el mismo ha de proponerse y tramitarse el asunto de secuestro del inmueble perseguido en una reivindicación, sin que valga argumentar en contrario que análogamente con lo previsto en el artículo 525 ha de conocer de la cuestión referida el funcionario del primer grado, porque este artículo no trata de una nueva instancia sino de un caso de interposición de un recurso extraordinario.

Art. 276. — Con el propósito de que el depósito judicial sea llevado a efecto como corresponde a su naturaleza, esto es, breve-

mente, debe practicarse dentro de los dos días siguientes a la prestación de la caución que al respecto se exige, sin que la petición se reparta si en el lugar hay varios jueces. Por lo mismo, la apelación que contra el auto mediante el cual se ordena es en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, según la regla general.

Llama la atención en semejantes casos que la providencia que lo ordena tiene cumplimiento antes de su ejecutoria, mejor dicho, antes de que quede en firme en lo que puede apreciarse una excepción al principio común de que cuando contra las resoluciones judiciales no existe ningún recurso es cuando procede su ejecución, lo que no podría ser en forma diferente atendido que de lo contrario los depósitos judiciales en realidad no serían llevados a término por las maniobras de los futuros demandados.

Tampoco es indispensable que antes de secuestrar se haga notificación del respectivo auto al sujeto contra quien se toma la medida dicha precisamente para facilitar la eficacia y celeridad de la actuación. No obstante, la notificación que de todas las providencias debe hacerse también debe cumplirse después, sino lo ha sido antes, porque así se conoce el momento propio para interponer los recursos del caso y cuando no proceden.

De forma que el embargo y secuestro preventivos se disponen y practican sin audiencia de la persona contra quien lo son, la que realmente es favorecida con la caución ordenada por el artículo, la que por lo menos constituye, además, una traba a las actuaciones abusivas.

Art. 277. — Es regla común que ningún acto produce efectos en relación con una persona sin su intervención o su conocimiento y precisamente el embargo de un crédito es acto que no liga al deudor hasta tanto sea notificado de él. De forma que antes de la notificación su situación jurídica no se altera en cuanto a sus derechos, que los tiene todo deudor, y los del acreedor. En consecuencia, puede solucionar la deuda por pago, compensación, etc., sin que esté obligado por concepto alguno con un tercer acreedor demandante o ejecutante, en el supuesto de que no le sea hecha la notificación cuestionada, porque para él no ha tenido realización la desaparición del crédito del comercio, que es el efecto propio del embargo (Art. 1009.)

Notificado éste, las relaciones dichas sufren un cambio notorio, porque entonces él surte todos sus efectos y el deudor no debe entenderse directamente con su acreedor sino con el secuestre para el pago. Por lo demás, la doctrina del artículo en referencia es completamente similar a la contenida en la ley sustantiva (v. Ley 57 de 1887, Art. 33, Arts. 1960 ss. C. C. y 998, 1009 y 1020 C. J.).

Art. 278. — El embargo y secuestro son medidas preventivas que obedecen en un todo a la conveniencia de asegurar los resultados de los juicios y que por lo mismo son tomadas contra el demandado y no contra personas extrañas, como es claro. Por ello cuando

al momento de secuestrar un bien se encuentra en manos de persona que alegue ser dueña o que es de un tercero, ha de dejársele en su poder, en calidad de secuestre.

Al practicarlo, el funcionario actuante está en el deber de tomar las precauciones conducentes a esclarecer si en efecto la persona distinta al presunto demandado es poseedora, puesto que ese carácter es lo que la faculta para impedir la práctica del secuestro como ha sido ordenado. De suerte que si las circunstancias en medio de las cuales se va a llevar a término el secuestro indican que la persona que trate de oponerse carece de la calidad mencionada al secuestro ha de cumplirse en su totalidad.

Si la tenedora del bien lo tiene a nombre de persona distinta a la que va a ser demandada, si es arrendataria o depositaria, por ejemplo, corresponde también dejárselo en calidad de secuestre.

Es de posible ocurrencia que al momento de la práctica del secuestro el peticionario reconozca que el bien o algunos comprendidos por él son de persona o personas diferentes a aquélla contra la cual es ordenado. En ese evento no cabe secuestrarlos, por lo que se dijo al principio de estas notas.

En la oposición a un secuestro, alegando el carácter de dueño, cuando quién la hace es presunto demandado, no hay lugar a dejar la cosa materia de él en poder de esa persona que formula la oposición, puesto que poca o ninguna eficacia tendría esa medida preventiva si se le reconociese al presunto demandado la facultad de seguir en la posesión de ella, en calidad de secuestre, aún. Por ello el artículo 279 dispone que el secuestro se lleva a término simbólicamente cuando la cosa está en poder de persona que la tenga a nombre del presunto demandado, pero que alegue derecho para conservarla, dejando comprender que es siempre el interés distinto al de las respectivas partes lo que trata de protegerse principalmente cuando se deja al poseedor la cosa de que se trate, en calidad de secuestre.

La naturaleza de una medida de carácter preventivo excluye que por simple petición se deje la cosa materia de él en poder de quien figure como presunto demandado, pues si por ella queda tal cosa fuera del comercio, conviene observar que no por ello queda satisfecha en un todo la finalidad perseguida con el secuestro preventivo. En verdad, él se dirige también a obtener que un poseedor contra quien ha de entablarse una acción continúe usufructuando la cosa que sea su objeto inmediato o mediato, y es claro que si se deja en sus manos no se da la seguridad perseguida con el secuestro.

En realidad es fácil si se quiere lograr la medida preventiva aludida, mas, sin embargo, de allí no se sigue forzosamente que la oposición del presunto demandado, alegando el carácter de dueño, genere el que deba dejarse la cosa en su poder en calidad de secuestre, ya que el artículo 278 no parece ser de una aplicación tan absoluta, pues no debe aplicarse teniendo en cuenta únicamente su texto

y sin apreciar la doctrina de los demás preceptos legales. Por lo demás, lo expuesto está confirmado en varias providencias del H. Tribunal Superior de Medellín.

Finalmente, es de lugar observar que el artículo acotado consagra una verdadera excepción a los principios generales sobre el procedimiento en vigencia en materia civil, por cuanto que conforme a ellos los Jueces carecen de facultad para proceder oficiosamente, por propia iniciativa, en materia probatoria y aquél los faculta para tal cosa, mejor dicho, les impone el deber de proceder a la investigación del verdadero poseedor (v. Ley 83 de 1920. Art. 1º. Arts. 1021 y 1022 C. J.).

ART. 279. — El artículo hace referencia a casos en esencia distintos a los del artículo anterior, pues se concreta al hecho de que la cosa materia del depósito judicial esté en manos de un mero tenedor a nombre del sujeto contra quien es ordenado, pero que alegue derecho para retenerla. Tal sería el caso de un arrendatario que ha hecho mejoras en la cosa arrendada, de un depositario, etc. (v. C. C.).

Con miras a no causar perjuicios a los sujetos distintos a los demandantes y a los posibles demandados, en los eventos mencionados no son privados de su posición sino que el secuestro se hace simbólicamente, sin despojarlos, pero quedan obligados a continuar entendiéndose con el secuestre designado en relación con los bienes de que se trate, quien suplanta legalmente al dueño. En el supuesto de que no satisfagan su obligación, quedan sujetos, entre otras cosas, a las providencias que pueden dictar los Jueces para el cumplimiento de sus disposiciones, ya que si no fuese así la legislación sería inoperante.

En verdad, se trata de una entrega simbólica al secuestre y que difiere del material propiamente dicha, que se hace cuando la cosa respectiva está en manos del demandado real o presunto, y que da la tenencia, en el más amplio sentido del término, al depositario judicial. En el supuesto del secuestro simbólico puede decirse que se crea una verdadera relación jurídica entre el secuestre y el tenedor reteniente.

ART. 280. — Un secuestro llena en sí todas las finalidades que le son propias, esto es, sacar del comercio y de manos del presunto demandado los bienes sobre que recaiga y de allí que sea absurdo admitir la posibilidad de que sobre una misma cosa puedan existir simultáneamente varios. Comprometida una cosa a las resultas de un proceso no hay causa para comprometerla en otro, porque el primero la comprende. Además las causales de finalización de los secuestros, en general, no comprenden otro, pues si no fuese así quedarían burlados los intereses de los que los solicitan en primer término. Con todo, lo dicho no alcanza la calidad de lo absoluto, pues al tratar del artículo 1198, veremos cómo un secuestro posterior llega a primar sobre uno anterior, etc.

ART. 281. — El ser comunero en el dominio de un bien cualquiera (Arts. 2322 ss. C. C.) en manera alguna puede ocasionar la consecuencia de ser desposeído de la posesión que se tenga por virtud de actos legales cumplidos contra otro copropietario. Por ello, el secuestro de derechos proindiviso se hace previniendo a los condóminos que en cuanto a la comunidad se entiendan con el secuestre, sin desposeerlos. Ahora, para proceder en esa forma es preciso que el peticionario de la medida precautelativa reconozca la comunidad o que ella aparezca acreditada por algún medio legal. En consecuencia, en cuanto a producción y conservación de la cosa común interviene el secuestre en lugar del comunero cuyo derecho se secuestra, sin menoscabo de los intereses de los demás comuneros.

Suele ocurrir que cada comunero posee mejoras de su propiedad exclusiva, como sembrados, etc., de las que sí se hace entrega al depositario judicial cuando el secuestro es ordenado contra quien las tiene, porque la existencia de la comunidad no es, ni puede serlo, medio de esquivar la acción de los acreedores, cuyos derechos trata de proteger la legislación, cuando la medida preventiva se pide también sobre tales mejoras.

Cuando la comunidad corre a cargo de un administrador (Arts. 16 ss., Ley 95 de 1890) tampoco se hace el secuestro materialmente sino que se le previene, como en lo anterior, que se entienda sobre ella con el secuestre designado, entendimiento que se limita o circunscribe al derecho del comunero que va a perseguirse o que se persigue con una acción determinada. Claro está que si la cosa produce frutos o productos, cuyo valor se reparta entre los condóminos, lo que corresponde al precitado comunero debe entregarse al secuestre, puesto que en manera alguna se justifica que aquél continúe percibiéndolo a pesar del secuestro o que deba retenerse por el administrador ya que entonces las funciones del secuestre quedarían restringidas en forma que hace el cargo meramente nominal y en la práctica sería sustituído un secuestre por quien no ha sido designado como tal.

ART 282. — Especialmente en la reclamación de derechos personales al juez del conocimiento corresponde condenar u ordenar su pago, hacer reconocimiento de cesiones, etc. También en la reclamación de derechos reales como en la reivindicación de muebles le corresponde disponer su entrega, etc., por lo que tales derechos vienen a estar en buena parte bajo cuidado y es razonable que a él se le dé conocimiento del embargo que se haga de lo que cualquiera de las partes actuantes, actor y opositor, pueda tener. De lo contrario, lo apropiado es que actúe como en los casos comunes, admitiendo cesiones, ordenando entregas, etc. Si los procesos finalizan antes del levantamiento del embargo y secuestro, cabe poner la cosa materia de ellos a disposición del Juez que los haya decretado, ya que no debe continuar el Juez a quien son comunicados el conocimiento que toca a otro funcionario (Arts. 1969 ss. C. C.).

Análogamente a los casos comunes, el embargo en los supuestos mencionados surte sus efectos desde que es recibida la comunicación del mismo por el Juez del conocimiento del respectivo litigio, sin que afecte por sí mismo la validez de los actos contrarios verificados con anterioridad. Entre los efectos inmediatos que él produce resalta la restricción de la libertad procesal de la parte a quien se refiera, porque es de evidencia incuestionable que ella entonces es falta de facultad para ciertos actos como entrega de lo litigado, desistimiento por sí misma, etc. Si no fuese así el embargo sería únicamente un "papeleo" inoficioso, insuficiente para llenar las finalidades que se le atribuyen. Por otra parte, no existe ninguna razón de peso para negar lo anotado.

Art. 283. — A no dudarlo, el embargo y secuestro también sirven para compeler al demandado al pago de lo debido, porque sus efectos lo colocan en situación real un tanto desfavorable que le merma su libertad de acción en el campo de los negocios, pero si ello puede ser aprovechado por el demandante, el demandado dispone de la facultad para conseguir la reducción del embargo y secuestro cuando sean excesivos, si sobrepasan el monto de lo que con ellos se quiera asegurar, en gracia de la equidad y la justicia que vedan el abuso del derecho. El deudor, por ser tal, no está sometido a toda clase de extremos y la ley le brinda protección, que se traduce en el derecho mencionado.

Supone ese derecho una carga para el demandado que es la de acreditar satisfactoriamente el exceso de las medidas preventivas, por cuanto que debe desvirtuar el fundamento de ellas sin que sea equivocado reducirlas, porque tampoco es justo que pueda menoscabarlas con simples aseveraciones propias colocando así al demandante en situación precaria. Las pruebas básicas de su pretensión pueden ser aducidas con la respectiva petición o en el término probatorio de la articulación que se tramita para decidirla, siguiendo las normas generales. En realidad, el demandado goza de garantías ya que la legislación no le señala un término estrecho para pedir la reducción ni hace distinción sobre la naturaleza de los bienes, sean inmuebles o muebles, fungibles o no fungibles.

Art. 284. — En analogía con lo dispuesto sobre las demandas, el demandante puede hacer estimación para efectos del embargo y secuestro, la que en sí tiene importancia en la determinación de la procedencia de hacerlos o no sobre ciertos bienes. En acción de menor cuantía, serán excesivos si son practicados sobre varios bienes de mayor valor. El demandado no está sujeto forzosamente a la admisión de la aludida estimación, pues dispone la atribución de objetarla, para que sea fijada de acuerdo con el artículo 206 del C. J. (Art. 993). En principio, las aludidas medidas no son generales sino que obedecen a la necesidad de garantizar los resultados del ejercicio de las acciones, por lo que entre éstas y aquéllas existe una

relación inmediata y de allí que se precise una estimación para el efecto de las medidas preventivas.

ART. 285. — Salvo los casos de renuncia, porque se trata de un derecho renunciable (Art. 15 C. C.), al demandado real o presunto, asiste el derecho de designar la persona que ha de actuar en calidad de secuestre, el cual no puede desconocérsele (ord. 11, Art. 1085). No obstante, la naturaleza del secuestro hace que en ocasiones se practique antes de oír al demandado dicho ya que su previa audiencia lo haría ineficaz. Por otra parte, en orden de evitar dilaciones conviene que el juez disponga de la facultad de designar secuestre interino cuando el demandado oído no lo designa en oportunidad. Por tanto, en los anteriores supuestos el Juez está investido del deber de designar el interino.

Tan pronto como el demandado ya mencionado haga uso de su derecho es indicado reconocérselo, para no negárselo de hecho. Por tanto, una vez designado el secuestre en propiedad y cumplidas las exigencias para el ejercicio del cargo, lo propio es ordenar al interino la entrega a él inmediatamente. Sobre ello es justo anotar que la designación de secuestre por la parte interesada presenta notorios inconvenientes que bien conocen los Jueces y quienes ejercen la abogacía, y que debe ser atribuída a los Jueces, pues están en mejores condiciones para designar sujetos competentes e imparciales, para que no se dé campo a dolosos entendimientos entre los depositarios judiciales y los demandados, los que a diario burlan el objeto del secuestro, máxime que con la modificación de lo existente no se lesionan los intereses generales ni tampoco los particulares.

ART. 286. — El testimonio propio de la realización de una actuación judicial es la correspondiente acta escrita en que quede relacionada por completo, con la designación de las personas intervinientes, de su objeto, de las circunstancias presentadas, etc. Sin tal acta el acto no es eficaz por omisión de las exigencias legales; ha de reputarse inexistente, desde luego, por falta de la autenticidad que le dan las partes con sus firmas (Arts. 1740 ss. C. C. y Arts. 448 ss. C. J.). Lo dicho no obsta para que el acta referida pueda hacerse en parte distinta al lugar de la diligencia, en la Oficina del Funcionario actuante, por ejemplo, pero de ningún modo es aceptable su omisión. Las partes y el secuestre tienen facultad para solicitar, aun verbalmente, copia de la mencionada acta, en lo que se nota si se quiere una excepción al deber de pedir por escrito (Arts. 345 ss., 361 ss. C. J.). Dicha acta juega papel importante en la individualización de lo secuestrado, pues es la base de la entrega que luego ha de hacer el secuestre, de las cuentas que debe rendir, de la determinación de su responsabilidad, de su cambio por abandono, etc.

ART. 287. — La medida preventiva ha de ser armónica con la economía general y con los intereses de las personas a quienes se refieren, tesis fundada en que su finalidad es conservar y apro-

vechar en pro de los litigantes los bienes constitutivos de su objeto material. De lo dicho se infiere que es fundado el precedente artículo en su contenido. Sería contrario a la economía general y particular suspender por un secuestro el funcionamiento normal de las empresas de producción de riqueza, comerciales, industriales agrícolas navieras y demás o dar ocasión a la desaparición de cosas fungibles (Art. 663 C. C.).

Por ello el secuestre de un establecimiento de tal índole tiene en verdad la calidad de mandatario remunerado (Arts. 2142 ss. C. C.) y debe cumplir todas las obligaciones propias de quienes tienen esa calidad, adelantar las labores comunes del establecimiento, hacer inventario exacto, en fin, asumir la conducta que corresponda a un administrador. De suerte que, en general, queda investido de las funciones necesarias a un funcionamiento normal o natural y correcto de la empresa secuestrada, en cuanto a su organización, reglamentos, producción y demás asuntos similares.

Las actividades del secuestre presuponen una subordinación a los asuntos comunes del establecimiento secuestrado —producción, venta, organización— mas no tiene facultades para actuar con independencia de las partes en asuntos que les generen obligaciones especiales, a menos que ellas se las concedan, como sería el caso de despido injustificado de empleados, ya que él ocasiona en su favor el derecho de cesantía y no encaja dentro del giro normal y común de una empresa (Art. 2273 ss. y conc. C. C.).

Las partes por el acto del secuestro no se desvinculan en un todo de lo secuestrado y de allí que gocen de la facultad de dar instrucciones a los secuestres las que para producir sus efectos han de ser unánimes, si son particulares (Art. 2195 C. C.).

Art. 288. — Condiciones especiales del dueño de una empresa —preparación, honorabilidad, práctica— pueden hacer conveniente que no se cumpla su separación por un secuestro, de la dirección de los trabajos, y el Juez así debe disponerlo, cuidando de que con ello no sufran mengua los intereses perseguidos con el aludido secuestro. Surge entonces el deber del empresario de obrar de consuno con el secuestre y no independientemente. Cuando entre ellos ocurran diferencias las dirime el juez, previo sometimiento de ellas a su juicio.

El obrar en la forma anotada antes está lejos de implicar la creación de una situación definitiva e inmodificable, ya que el juez puede variarla si acaecen causas indicativas de que la actividad del empresario es lesiva de los intereses secuestrados, porque no es justo ni equitativo que la parte contraria tenga que soportarla indefinidamente. Ahora, claro está que no es el concepto caprichoso del Juez lo que basta para separar de la administración al demandado sino que se requiere una causa real que por sí indique que el último no debe continuar al frente de la respectiva empresa así también como se requiere un motivo justificativo para que se decida dejarlo

en el manejo de dicha empresa, pues a nadie se oculta que de ninguna manera puden ser caprichosas las decisiones judiciales.

ART. 289. — Quedó visto que el secuestro es practicado en interés de las partes, las que por lo mismo pueden acordar la remoción del secuestre, quien en realidad obra en su lugar. Ese acuerdo es factible por cuanto dicho cargo es revocable naturalmente, aun cuando sea desarrollado con el lleno de las disposiciones legales. El secuestre no adquiere por el nombramiento, la posesión y su posterior ejercicio, una situación definitiva e inmodificable, porque el interés que en tales asuntos predomina es el de las partes y no de quien actúa a causa de sus derechos.

La remoción puede ser motivada por acto convencional de las partes contendientes, pero no sólo por ese motivo sino también por petición unilateral acompañada de la demostración de las causales que acrediten que el secuestre no desempeña el cargo a satisfacción, por abandono, negligencia, malversación, incapacidad o falta de imparcialidad, ya que un sujeto en esas condiciones no debe desempeñarlo, cargo de suyo delicado, puesto que no garantiza a cabalidad su finalidad y es, además, arbitrario obligar a una de las partes a soportar la permanencia y las consecuencias de las causales mencionadas con lesión de sus intereses. La petición de remoción es sustanciada como los demás incidentes, con audiencia del secuestre ya que consulta la equidad darle oportunidad de defenderse y en él pesa la carga probatoria sobre el peticionario.

Conjunta o unilateralmente las partes gozan del derecho de que se exija caución por el desempeño de su cargo al secuestre y si lo piden ha de ordenarse de plano porque es un derecho concreto que no requiere fundamentación en pruebas ni discusión previa, operante por sí mismo, y produce la remoción del secuestre que no lo otorga.

Parece que es exigible la caución aun antes de empezar el ejercicio del cargo, así como en las del caso de los curadores comunes (Art. 464 C. C.), ya que su finalidad hace razonable asegurar en la mejor forma posible a los interesados contra la mala actuación de los secuestres y es notorio que con una caución previa se da mejor seguridad a los interesados, descartando un tanto la torcida administración de secuestres, en muchas ocasiones insolventes.

Cuando la remoción es pedida unilateralmente pesa sobre quien la pide la carga de acreditar sus fundamentos, porque sería completamente absurdo lo contrario. Ella puede intentarse en diversas ocasiones, con la presentación de diversos fundamentos. Así por ejemplo si el peticionario de ella, alegando abandono fracasa en su intento ello no impide que posteriormente la intente, con base en el acaecimiento de hechos posteriores que la fundamenten, como la omisión del secuestre en rendir, dentro del correspondiente término, las cuentas que se le hayan ordenado (v. Arts. 1012 y 1086).

ART. 290. — La falta de secuestre por motivo legal da lugar a

nueva designación en la que operan los mismos derechos que en la inicial (Art. 285). Por tanto, si el demandado no ha renunciado su derecho a hacerla tiene plena facultad para ello y mientras la ejercita al Juez toca designar interino para que los bienes no queden expuestos a pérdidas y para que el renunciante, el removido en fin, entreguen con brevedad y se haga la cesación práctica de sus funciones, pues es preciso evitar que un secuestre removido por mal ejercicio de su cargo continúe en sus actuaciones viciosas, que el renunciante sea forzado a continuar en un cargo contra su voluntad, que lo secuestrado sea dañado por falta de secuestre, etc. Ciertamente, la existencia de un secuestro impone al Juez la obligación de velar de que en ningún momento falte el depositario judicial a fin de asegurar la conservación y administración de lo secuestrado.

ART. 291. — Por relacionarse directamente con la ejecución principal el embargo y secuestro preventivos surten en ella sus efectos, es decir, tienen vigencia por lo que las diligencias que los contengan han de agregarse a la misma. Los mencionados efectos se cumplen por ministerio de la ley, sin necesidad de peticiones o resoluciones especiales. El embargo y secuestro son accesorios a la acción principal y por ello es comprensible lo anotado, fuera de que evita actuaciones innecesarias y de que es conforme con los principios de economía y celeridad procesales, los que inspiran el procedimiento, como ha quedado dicho en otros lugares.

ART. 292. — La competencia se determina por la cuantía y el domicilio del demandado en algunos asuntos. Así en una ejecución de mayor cuantía corresponde conocer al Juez de Circuito del lugar del domicilio en mención quién, es elemental anotarlo, normalmente es el indicado para solicitarle las medidas preventivas en relación con el negocio principal de que ha de conocer. Empero, pueden solicitarse ante el Juez de la ubicación de los bienes aun cuando no sea el indicado para conocer del negocio principal, con miras a propiciar su breve cumplimiento.

Practicadas por éste, es de cargo del peticionario presentarse ante el competente en el término de la distancia y seis días más (Art. 373), luego de dicha práctica porque de lo contrario se le tiene por desistido de la acción a que la medida preventiva haga relación. Ahora, el incompetente obra como comisionado del competente y en el caso de que transcurran más de cuarenta días hábiles (Art. 62 C. de R. P. y Mpal.) desde la práctica de la respectiva diligencia sin que el último reclame las diligencias por falta acreditada de actuación por parte del peticionario se levanten el embargo y secuestro y se le condena al pago de perjuicios.

Lo anterior deja ver qué dos modalidades diferentes tiene el artículo, pero concurrentes a sancionar al peticionario que incumpla el deber que él le impone, sanción que no es aplicable en forma oficiosa sino a petición de parte legítima, pues el procedimiento

oficioso no es el imperante en asuntos procesales civiles sino el solicitado. De allí que sin embargo de que el peticionario del embargo y secuestro incurra en la sanción anotada, el Juez que los haya dispuesto y practicado, carece de facultad para levantarlos antes de que así lo solicite la persona contra quien se decreten, con adución de las correspondientes demostraciones de su cargo.

ART. 293. — El embargo y secuestro preventivos finalizan:

a) Por solicitud del demandante real o presunto. Por su voluntad son cumplidos y en su interés directo, de allí que su conservación depende en gran parte de él y tenga la facultad de solicitar, expresamente sí, que terminen, de desistir de ellos.

b) Porque el demandado preste caución —prendaria, hipotecaria, de fianza— que garantice lo que con ellos se quiera asegurar. En caso de prestar fianza la solvencia del fiador es calificada por el Juez y los levantamientos son posteriores al otorgamiento de la misma, como en los demás casos. De suerte que el opositor también tiene medios de evitar secuestros que le puedan ocasionar perjuicios. Adviértase que esa caución es distinta a la del artículo 1016.

c) Por la no presentación de la demanda anunciada, dentro de los seis días siguientes a la práctica del secuestro y embargo, se levanta. Los seis días son contados desde la perfección de la diligencia, de allí que si inicialmente no se practicó con corrección y luego se perfecciona, desde este momento son contados los aludidos días —hábiles— y no antes, porque en buena técnica jurídica el secuestro no se lleva a término sino con la referida perfección. El verdadero secuestro se consuma cuando se entrega la cosa materia de él al secuestre designado, pues así es cumplida una actuación firme y no sería justo obligar al peticionario a presentar demanda sobre una actuación deficiente y contra la cual haya reclamado.

d) La caducidad (Art. 364) o el desistimiento (Art. 461) ponen fin a los procesos y por consiguiente a lo accesorio de ellos, pues lo secundario sigue la suerte de lo principal. En manera alguna cabe admitir la continuación de una situación dada si desaparece el motivo justificativo de ella, por lo cual aquellas instituciones jurídicas originan la terminación de los embargos y secuestros.

e) Los terceros (Art. 476) son libres en relación con los procesos en que no intervienen por lo cual no tienen que soportar sus consecuencias. Así, quien tiene la posesión de lo secuestrado al tiempo de serlo, goza del derecho de obtener el respectivo levantamiento caucionando la restitución de la cosa, o su valor si es fungible, si resulta ser del demandado. Su petición da lugar a un incidente en el que para lograr éxito debe acreditar la posesión ya que sin ella carece de derecho.

f) Como quedó dicho antes, la cesación de los procesos lleva consigo la de las medidas preventivas que sin ellos no deben tener existencia. En consecuencia, si el juicio ejecutivo termina (Art.

981), lógicamente también corren igual suerte el embargo y secuestro, por cuanto sería absurdo que subsistiera sin embargo de la cesación de dicho juicio, faltando la causa que los fundamenta.

g) El embargo y secuestro, como ya se ha dicho varias veces, tienen por finalidad propia asegurar los resultados de un juicio dado en pro del demandante, de lo cual se desprende que si fracasa en él, esto es, si el demandado es absuelto de los cargos de la demanda, procede el correspondiente levantamiento.

ART. 294. — En los casos determinados en los ordinales 1º, 3º, 4º, 6º y 7º del artículo precedente no solamente finalizan los embargos y secuestros sino que es procedente condenar en costas y perjuicios a quien los haya ocasionado y sea responsable de los mismos. Además, siguiendo la norma general, los desembargos no se disponen en forma oficiosa por el Juez que los ha ordenado sino a petición de parte legítima, por cuanto que se trata de un derecho cuyo reconocimiento depende de la voluntad de legítimo interesado en ejercitarlo.

La condena en mención es evitable cuando bilateralmente, las dos partes, demandan por convención verificada entre ellas los levantamientos, puesto que hace en tal forma la posible favorecida con la condena una renuncia tácita y entonces no es dable imponerle a la otra obligaciones por motivo del embargo.

Cabe ahora advertir que la primera parte del artículo comentado es de aplicación relativa y no absoluta, literal o exegética, porque en algunos de los supuestos que enumera pueden concurrir motivos normales de finalización de las medidas preventivas, que no indican abuso del derecho, ni temeridad en el demandante, ni abandono sancionable. Un ejecutante desiste del juicio por pago y cesa el negocio y lo que le es accesorio, sin incurrir con ello en otra cosa que en una actitud justa. De allí resalta que es equivocado sancionarlo con las costas y el monto de los perjuicios y la inaplicabilidad exegética de lo dispuesto en la ley.

Sobre el artículo expresó el Tribunal Superior de Medellín: "...para que haya lugar a indemnización de perjuicios en un caso como el actual, es preciso que resalte la mala fe del demandante en la acción accesoria de secuestro y embargo preventivo, o al menos la intención dolosa e injustificable en el mismo con la mira de incomodar al verdadero dueño, fingiendo no saber cuál es el propietario realmente. De lo contrario, se daría lugar a que prosperasen sin control ni sanción alguna todas aquellas aventuradas negociaciones ficticias que se estilen para esquivar el pago de lo que justamente se debe, pues en tal emergencia el temor de fallar en la prueba —que es muy fácil, aunque sea verdadero el derecho alegado— retraería a los acreedores de perseguir muchos bienes de sus deudores para no verse expuestos a una sanción de indemnización de perjuicios de una manera injustificable" (Sent. de 25 de abril de 1934) (v. G. J., Nº 1927, pág. 419; Nº 1932, pág. 61).

ART. 295. — El embargo y secuestro no comprende los bienes no embargables de acuerdo con las mismas leyes (Art. 1677 C. C. y 1004 C. J.), porque ellas quieren favorecer, en utilidad general, algunas personas de derecho público —estado, departamento, municipio— y a los particulares, no extremando su rigorismo hasta hacer demasiado precaria la posición de los deudores. La calidad de inembargables que se atribuye a ciertos bienes los excluye de la persecución de los acreedores y de allí que ellos muestren una excepción al principio general de la ley sustantiva de que todos los bienes del deudor forman una garantía de la efectividad de los derechos del acreedor (Art. 2488 y conc. C. C.).

No sólo por ser una excepción sino también en interés de la certeza de los derechos, la inembargabilidad es determinada taxativa, limitativamente, y de allí que nada pueda considerarse inembargable si en forma expresa no lo califica la ley como tal. La analogía es inaplicable, pues, en la materia, por tratarse de una excepción a una norma general y porque si no fuese así la cuestión los acreedores no tendrían certeza de sus derechos, lo que tampoco merece aceptación.

Estos bienes son inembargables: el patrimonio de familia no embargable (ley 70 de 1931); el ahorro postal (Art. 7º, Ley 85 de 1937); las pensiones civiles y militares (Art. 3º Ley 68 de 1922); los sueldos de retiro de los Oficiales del Ejército (Art. 9º Ley 115 de 1928); las pensiones de los Médicos que hayan prestado sus servicios en los Lazaretos (Art. 13 Ley 118 de 1928); la casa adjudicada por el Municipio a un obrero (Art. 22 Ley 2 de 1932); los auxilios de cesantía, de enfermedad, las indemnizaciones por accidentes de trabajo (Art. 22 Ley 165 de 1941); las cuatro quintas partes de sueldos y salarios de los obreros y empleados, sean públicos o privados y los sueldos menores de cuarenta pesos (Art. 13 Ley 34 de 1936, 3º Ley 165 de 1941); los sueldos y raciones de los gendarmes de primera y segunda clase y agentes de segunda y tercera clase (Art. 20 Ley 41 de 1915); los inmuebles que se adjudican por el seguro de vida de un trabajador (Art. 12 Ley 166 de 1941); los terrenos baldíos (Ley 85 de 1920). Además, son inembargables los bienes determinados en los artículos 1003 y 1004 del C. Judicial y los determinados por el artículo 1677 del C. Civil. Adviértase que las acciones en sociedades cooperativas (Art. 52 Ley 134 de 1931) también gozan de inembargabilidad en ciertos casos. Esa clase de sociedades tienen un verdadero privilegio en cuanto al embargo de sueldos ya que ellas pueden promover el embargo de su totalidad, aunque sean menores de cuarenta pesos (Art. 6º Ley 128 de 1936).

Hecha la anterior enumeración, conviene observar que la calidad de peón no comprende a todos los obreros, pues "...el peón es una especie de género del obrero. Un peón es un obrero pero no todo obrero es un peón... Es peón todo obrero que ejecuta

una labor material, para la cual no se requieren preparación ni aprendizaje de ninguna clase, como los jornaleros de la agricultura, los cargueros, los cavadores, los picapedreros etc. En otros términos: es peón el que trabaja en cosas materiales que no piden arte ni habilidad especial...", según ha dicho la Corte Suprema (G. J. Nº 1907 y 1908), por consiguiente debe tenerse en cuenta lo anterior para no incurrir en el error de estimar que el salario de todos los obreros, por ser tal, es inembargable.

Entre los varios problemas que ha suscitado la aplicación de los artículos mencionados aparece el relativo a las rentas públicas de los Departamentos y Municipios —no de las del Estado porque él no puede ser ejecutado— y en efecto se ha discutido si la parte embargable de ellas se determina conociendo su monto bruto o líquido. En nuestro sentir, siguiendo la jurisprudencia sentada por algunos Tribunales, en el conocimiento de la cantidad embargable debe partirse del producto líquido de las mentadas rentas, pues así se evitan, en parte por lo menos, graves perjuicios al servicio público, su funcionamiento irregular, y se atiende correctamente la razón poderosa de que él no debe ser privado de sus elementos de acción. Por otra parte, considerar el producto bruto es propiciar su paralización con mengua de los intereses generales sin que haya una justificación por lo menos, máxime que los acreedores disponen de la facultad de hacer efectivos sus derechos sobre otros bienes que posean las citadas entidades. Además, así como en el secuestro de establecimientos privados no se impide el funcionamiento suyo, pudiéndose invertir su producto en el mismo, así tampoco debe apreciarse el valor bruto, o sea sin deducción alguna, en el señalamiento de lo embargable de las rentas de aquellas entidades públicas.

Art. 296. — El cargo de secuestre entraña la administración de bienes ajenos y todo administrador carga con el deber de dar a conocer al dueño o los dueños (v. C. C.) las cuentas de sus gestiones, pues la entrega que debe hacer cuando cese en ellas las exige. Antes de unas cuentas no es conocido lo que debe entregar el secuestre por conceptos de frutos o productos de lo secuestrado, lo que haya invertido en gastos de conservación, etc., luego es a todas luces justo que tenga la obligación de rendirlas cuando los interesados las pidan y el Juez las estime conveniente. Ellas dan a conocer, durante el ejercicio del cargo, las labores desarrolladas por el secuestre, la conveniencia o inconveniencia de sus funciones, si cumple o no con sus deberes. Por tanto, su exigibilidad es fundada aun cuando el ejercicio del cargo no haya terminado (Arts. 2181, 2279 y conc. C. C.).

Pedidas las cuentas, por una parte y calificadas por el funcionario de útiles, se ordenan, oído el secuestre, pues es incuestionable que su audiencia importa en la estimación de la conveniencia de que habla el artículo, puesto que la apreciación del

Juez no es caprichosa y debe basarse en verdaderas razones de derecho.

Las cuentas presentadas por el secuestre se aprueban o imprueban —en todo juicio en que haya secuestro— mediante los trámites de una articulación, procedimiento breve que consulta la economía y la celeridad procesales, y el orden en los procesos, diferente —es elemental decirlo— al que reglamentan los artículos 1120 y ss. del Código—. En general, toda rendición de cuentas debe ser comprobada en sus partidas importantes, que son las que alcanzan a diez pesos o más, según la jurisprudencia, la que debe acogerse para no dejar la cuestión en la más completa incertidumbre y arbitrariedad en su apreciación.

Una forma de compeler al secuestre al lleno de su obligación es la de aplicarle lo dispuesto en el artículo 188. Sus honorarios se señalan en la forma prevista en el artículo 566.

DEPÓSITO DE DINERO EN CAUCIÓN

Es de ocurrencia diaria que quienes piden embargos y secuestros preventivos caucionen los perjuicios con el depósito de la suma determinada por los Jueces, sobre lo que se presenta la dificultad de saber cuándo se hace su devolución al depositante para que los posibles perjudicados con las medidas preventivas no sufran lesión de sus intereses. En efecto, es claro que con la fianza propiamente dicha y con la hipoteca, queda ligado quien la constituye o el bien hipotecado a responder de determinados perjuicios en garantía de los perjudicados, pero es bien comprensible que la devolución rápida del depósito viene a burlar la garantía que establece la ley en favor de éstos, puesto que entonces únicamente tienen los lesionados con la medida preventiva un solo medio de ser indemnizados: el de accionar contra el demandante y no contra otro y sin garantía de ningún bien especial.

Lo dicho nos hace pensar que la devolución mentada no debe hacerse luego de que se presente la demanda del caso, así como tampoco se cancelan las fianzas e hipotecas cuando se presenta, por no ser de justicia colocar a los demandados y a los terceros en condiciones desfavorables no obstante el espíritu de la legislación, que busca garantizarlos en sus intereses y derechos con algo más que la responsabilidad personal de quienes pidan embargos y secuestros preventivos. Francamente, no hay justificación de la entrega del dinero dado en caución en el caso tratado.

Tal vez sea de fundamento sostener que la entrega ha de hacerse después del remate de bienes que es cuando hay alguna certeza de que las medidas preventivas no causaron los perjuicios asegurados, en relación con los procesos ejecutivos, en atención a que la caución no garantiza únicamente la presentación de la demanda, o cuando termine el proceso con asentimiento del demandado, por

transacción, etc., sin que entretanto dure se haya solicitado por terceros indemnizaciones, o después de corrido un término prudencial desde la terminación del juicio, en los otros casos, y cuando no se adelante proceso alguno ha de hacerse la entrega aludida después de un término prudencial también y que corre desde cuando ha debido presentarse la demanda.

Procediendo conforme lo anterior, se acogen las normas de justicia y equidad y se actúa en forma racional, que no llega a inmoralizar por completo la suma depositada ni a ocasionar verdaderos perjuicios al depositante y que protege efectivamente los intereses que pretende garantizar la ley, sin permitir su desconocimiento.

Capítulo II

EXHIBICIÓN

Art. 297. — Dentro de la relativa amplitud que existe en la legislación en materia probatoria en beneficio de los ciudadanos ha sido consagrada la llamada acción exhibitoria, la que puede clasificarse como subsidiaria si se tiene en cuenta que puede ejercitarse antes de iniciarse un litigio y con miras a él no siendo entonces la acotada acción principal en sí misma, de objeto independiente.

Tiene plena justificación, por ser necesaria en muchos casos para poder iniciar las acciones principales. Bien sabido es que las demandas han de contener una determinación precisa de lo reclamado y en muchas ocasiones sin la acción cuestionada muchas de ellas estarían sujetas a seguros fracasos (Art. 205).

Por otra parte, ofrece la posibilidad de que antes de iniciarse un litigio se logre la certeza de la existencia de su objeto y el conocimiento de la persona que lo tiene, cosas conforme con el principio de la economía procesal y que evita los perjuicios que sin ella podrían ocasionarse en desmérito del patrimonio del respectivo interesado.

La acción exhibitoria, sin embargo de ser de naturaleza subsidiaria, es de carácter real porque atiende principalmente a la cosa cuya exhibición se pretende y se dirige contra la persona que la tenga en su poder, sea mero tenedor o poseedor, pues no considera la posición jurídica de quien la tenga sino la realidad de que esté en sus manos. De allí que la persona demandada lo sea por motivo de tener la cosa de que se trate en su poder, de lo cual resalta la naturaleza real de la acción referida, como la del secuestro preventivo.

Racionalmente, la materia de la exhibición está constituída por bienes muebles que son más susceptibles de pérdida que los otros, cuyo conocimiento es difícil de lograr a diferencia del de los inmuebles. En correcta técnica procesal la exhibición de los últi-

mos, en razón de sus características y del objeto de ella, carece de la justificación que tiene la exhibición de cosas muebles (Art. 64 C. de C.).

ART. 298. — Sobre este artículo cabe repetir que él da margen a que puedan omitirse dilatadas y costosas actuaciones desprovistas de utilidad práctica. La misma exhibición, en ocasiones, es medio eficaz y próximo en el conocimiento de derechos particulares, sin que sea menester recurrir a largos y dispendiosos procedimientos que aún embarazan la actividad jurisdiccional. Según el texto del artículo puede comprenderse que la institución referida es susceptible de ser un medio de preconstitución de pruebas, cosa cuya justificación es evidente, tanto más si se considera que la iniciación de múltiples acciones hace precisa la adución de pruebas que las apoyen, al momento de ser incoadas.

ART. 299. — Una característica propia de la acción en cuestión es la de su tramitación, pues como dice el artículo, es la de una articulación (Art. 395). Por tanto, es un procedimiento simple y breve, nada dispendioso que bien se compadece con la finalidad que pueda perseguirse. En realidad, en manera alguna cabe aceptar que para conseguir la exhibición de un objeto dado pueda ser más apropiado otro procedimiento prolongado.

De si un individuo tiene la posesión, o la tenencia, de la cosa perseguida inmediatamente y si ella debe exhibirse, que es lo que se debate, bien puede serlo dentro de una articulación con el lleno de todas las garantías procedimentales. Claro está que corresponde actuar con notificación y audiencia del sujeto contra quien sea pedida. Aun en el supuesto de que la exhibición sea pedida dentro de un término probatorio de un proceso cualquiera, siempre es menester adelantar la articulación, como es obvio.

ART. 300. — Para demandar correctamente una exhibición es indicado manifestar específicamente lo que con ella se proponga acreditar el actor, puesto que en tal forma tiene mejor caracterización la acción instaurada y hay mejores bases en el conocimiento y alcance de la providencia finalizadora del asunto (Art. 218).

Por último, la disposición acotada no hace otra cosa que aplicar el principio común que, en general, informa la legislación: la carga probatoria pesa sobre el demandante. Y no podría suceder en forma diversa al presente cuando ha sido abandonada la noción aceptada en algunas épocas antiguas de que la razón asiste, por el mero hecho de serlo, al demandante. De suerte que para que la referida acción no sea medio expedito de las mayores arbitrariedades debe el actor aportar la prueba pertinente, sin la cual fracasa en sus pretensiones, por cuanto falta una base sólida para acceder a ellas.

ART. 301. — Dentro de la técnica de las actuaciones jurisdiccionales resalta que cuando va a practicarse una diligencia cualquiera ha de procederse con una determinación exacta de su natu-

raleza, fecha y hora en que se cumple, lo que constituye una verdadera garantía para las partes evitándose sorpresas, etc., etc., y de más marcada aplicación en casos de exhibiciones, máxime si son tenidas en cuenta las consecuencias que tiene el que sean hechas o no (Art. 354). Es obvio que por gracia de una exhibición puede tomarse dibujo, copia u otros datos de lo que constituye su materia, ya que tales cosas contribuyen a llenar mejor su objeto o finalidad en orden a lo que se debate o vaya a debatirse.

Es de lugar disponer las precauciones necesarias para que el exhibidor no sufra perjuicios, como podría ocasionarlos una excesiva publicidad, un notorio descuído en la verificación de la diligencia del caso, etc. De consiguiente, el funcionario interviniente debe proceder con gran discreción en semejantes circunstancias, limitando su actividad a lo absolutamente necesario y procurando no causar perjuicios al sujeto obligado a la exhibición.

ART. 302. — Por múltiples motivos es factible que para llenar por completo la finalidad de una exhibición sea menester la práctica de una inspección ocular motivo por el cual el legislador previó el caso autorizando la última como anexa a la primera. Aquélla entonces queda sujeta a las reglas propias de la materia (Art. 724) como razonablemente debe ser. Facilita el artículo la ejecución bajo un mismo procedimiento, de actos diferentes (exhibición e inspección), en vista de que ellos pueden complementarse entre sí para llenar la finalidad perseguida por el peticionario y de que su naturaleza no es contraria y excluyente. Lógicamente falta una base eficiente para colocar al interesado en situación de solicitar por separado una y otra diligencia, quebrantando así la unidad que debe primar en esos asuntos y la economía de tiempo y gastos.

ART. 303. — La eficacia de las disposiciones judiciales exige que ellas tengan en sí elementos coactivos garantes de su cumplimiento, sanciones para quién esté obligado a cumplirlas en caso de que omita hacerlo. Por tal causa se prevé en la ley el caso de que el obligado no haga la exhibición ordenada, disponiendo entonces que se tengan por probados los hechos o los actos que el actor trate de demostrar, pero bajo la condición que ellos puedan demostrarse mediante la confesión.

Para la existencia de una sociedad comercial se requiere, entre otras condiciones, escritura pública (Art. 465 C. de C.), de forma que mal podría demostrarse por medio de la confesión. Ante un caso de esa índole no cabe entonces tener por demostrados los hechos y actos que se pretendan.

También está previsto en el artículo transcrito ese último evento, para el que se dispone que se condena, sin más actuación, al pago de los perjuicios, en la que debe procederse discretamente para no actuar sobre bases falsas. Basta pensar en el acaecimiento

de lo que da lugar a la suspensión de términos (Art. 370) para concluir que la condena no debe hacerse precipitadamente.

ART. 304. — Los gastos inherentes a la acción en estudio son de cuenta de la persona que la adelanta, en principio. Como queda visto en otro lugar del presente estudio, los gastos de la actuación ante los órganos jurisdiccionales comúnmente son de cargo de quienes la promueven. Empero, por diversas circunstancias, es factible que las costas resulten de cargo del demandado, por ejemplo cuando hace oposición temeraria, que es uno de los elementos generantes de la condenación en costas, aparte del hecho objetivo de perder la contienda (Art. 562 y ss. y 574 y ss.).

ART. 305. — Faculta la disposición a un demandado en exhibición para acreditar que ella tiene por objeto único perjudicarlo o descubrir un secreto, liberándose así del deber de hacerla. Bien está que ello sea de semejante manera, porque entonces aquélla carece de verdadero interés jurídico que la justifique. La base de la misma es la necesidad del actor de demostrar hecho o actos determinados y no existiendo dicha necesidad es comprensible que la acción carezca de razón de ser, que resulta desprovista de elementos que puedan darle éxito.

De suerte que la aludida acción ha de tener por finalidad próxima algo concreto que satisfaga una verdadera necesidad del actor y no un mero capricho o un propósito temerario, ya que la legislación ampara a las personas contra los abusos de las demás y sanciona el abuso del derecho.

Sobre lo tratado es de lugar anotar que no es procedente decretar la exhibición general de los libros de los comerciantes, sino en casos excepcionales (Art. 56 C. de C.).

Tampoco procede hacerlo cuando no se indica bien lo que debe ser exhibido, más tratándose de un comerciante, por ejemplo, y si el actor hace referencia a determinados asientos de sus libros, sin especificar los últimos debidamente, no por ello es improcedente lo pedido, por cuanto que por los primeros se obtiene una certeza de los últimos, en otros términos, al referirse en forma concreta a un asunto basta para conocerlo, aún cuando no se indique bien el libro donde se halla, y está lejos de implicar una incorrección de la demanda, como lo ha sostenido la H. C. S. de Justicia Gta. J. § 1933, pág. 168) porque de lo contrario la acción se haría impracticable y se incurriría en manifiestas injusticias. El demandante de exhibición busca la demostración que no tiene de donde resalta que en cuanto a identificación no es propio incurrir en exagerado rigorismo, sino proceder con alguna amplitud armónica con la equidad (Art. 472.)

ART. 306. — Existe el principio constitucional de que la correspondencia es inviolable del que es aplicación el anterior artículo (Art. 305) al no obligar a quienes tienen la calidad de "terceros"

a la exhibición de su correspondencia privada, disponiendo que sí la pueden hacer voluntariamente.

Es correspondencia privada: aquella formada por documentos escritos de origen privado que recibe la persona privada en calidad de tal y sin atender a otra, porque si el remitente y el destinatario no obran como tales sino en el carácter de funcionarios públicos, los correspondientes documentos no tienen por qué ocultarse, pues son materia del conocimiento general, y de allí que no los abarque el concepto de correspondencia privada que justifica su reserva misma, como tampoco comprende los primeros mentados cuando han sido publicados por periódicos o por otro medio de difundir el pensamiento, puesto que esas publicaciones hacen injustificado considerarlos como de carácter confidencial y que no deben ser reconocidos.

Extensas y múltiples discusiones ha originado lo referido pero aquí prescindimos de verlas por ser más propias del estudio de las pruebas judiciales, al que remitimos al lector.

Capítulo VI

NOTIFICACIONES

Art. 307. — De las resoluciones de las autoridades judiciales corresponde notificar a las personas intervinientes en el correspondiente negocio porque a ellas interesa para conocer las etapas de los litigios, interponer sus recursos y orientar sus actividades posteriores. En concreto, el conocimiento de las partes de las providencias judiciales es esencial en los negocios puesto que ellos no son adelantados sin normas predeterminadas que impiden que el proceso civil sea convertido en medios de sorpresas de los contendientes. Tanta trascendencia poseen las notificaciones que su omisión da margen a la nulidad de los juicios (Art. 448 conc.).

La manera como se cumple la notificación (*de notum facere*: poner en conocimiento o hacer saber) es personal, por edictos o por estados, la que corresponde a la necesidad de hacer llegar a los respectivos interesados noticia de las providencias dictadas y de procurar el rápido adelantamiento de los procesos, constituyendo ello su objeto propio e inmediato. La notificación en los procesos, fuera de lo anotado en el párrafo anterior, es básica en el cumplimiento de sus diversas etapas y en los efectos y firmeza de las resoluciones pronunciadas en los mismos.

Art. 308. — La notificación personal, por lo común, corresponde practicarla a los Secretarios, en horas y días comunes aun cuando no sean los hábitos de funcionamiento del Juzgado, y para hacerlas puede facultar a un subalterno. Notoria diferencia tienen con la demás actuación de las Oficinas judiciales y de allí el motivo para que puedan cumplirse aún en días feriados. Tiende la

notificación en la forma apuntada a facilitar una rápida actuación evitando las dilaciones posibles si apenas pudiera notificarse en los días de despacho y en horas hábiles.

Como de toda diligencia, de la mencionada debe dejarse acta en que conste su fecha, la designación del funcionario que la cumple, del notificado, de lo notificado y las firmas de esas personas. Si éste no sabe, no puede o no quiere firmar, lo hace en su lugar un testigo hábil, como es lo correcto, y es dejada de ello la constancia del caso.

Las firmas tienen manifiesta importancia porque su falta equivale a la inexistencia del acto (Arts. 286 y conc.), pues lo que reviste un acto de solidez y autenticidad son las firmas de las personas intervinientes en él, las que no pueden ser suplidas con el uso de otro medio.

ART. 309. — Las sentencias (Art. 466, núm. 1°) que no se notifican dentro de los diez días hábiles siguientes a su publicación (Art. 479), lo son por medio de edicto que contiene las especificaciones correspondientes a los requisitos establecidos en la disposición anterior y sin todos ellos la notificación no queda hecha en legal forma. El transcurso del término legal de duración de la fijación del edicto mencionado es esencial también y de allí que la desfijación posterior carezca de consecuencias y sea bastante secundaria; ella apenas es un acto formal desprovisto de mayor trascendencia.

El C. de Régimen P. y Mpal. define el día diciendo que es un espacio de veinticuatro horas (Art. 59 *ib.*) pero en cuestiones judiciales, especialmente para contar los días de fijación del edicto, lo lógico y jurídico es tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 180. De allí que el día deba considerarse de siete horas al menos, que es el término mínimo durante el cual han de permanecer abiertas las oficinas judiciales.

ART. 310. — La notificación de los autos interlocutorios y de sustanciación (Art. 466 núms. 2° y 3°), cuando no se precise hacerla en forma personal, es hecha por medio de la anotación de ellos en estados o cuadros, que se fijan en la Secretaría diariamente y se extienden por duplicado, con el fin de garantizar mejor su certeza y conservación. La fijación de los estados es deber de los Secretarios y la inserción en ellos del auto que se trate de notificar se hace pasado un día de su respectiva fecha, así: si tal fecha es siete, la inserción debe hacerse el nueve, a menos que el ocho sea inhábil, pues en este caso ella se hará el diez, ya que el día inhábil no se cuenta en los términos, en general. Conforme se dijo en lo anotado sobre el artículo precedente, el día en esos casos es de una duración mínima de siete horas (G. J., N° 1935, pág. 411).

Los estados deben contener indicación del juicio en que el auto que vaya a notificarse se haya dictado y la designación de las partes por sus nombres y apellidos, pero basta, cuando varias per-

sonas forman una parte, la designación de una sola de ellas, seguida de la expresión y otros; la fecha del respectivo auto y la especificación del cuaderno y folio en que se halle; la fecha del estado y la firma del Secretario, a quien corresponde atestar al pie de la providencia de que se trate que fué notificada en la forma de que se habla, también bajo su firma.

Por último, debe anotarse que existen excepciones a la regla general de que la notificación por medio de estados corresponde a los autos, pues en los juicios de tenencia también se notifica la sentencia dictada en ellos en la misma forma (Art. 1105 inc. final.)

ART. 311. — Aun cuando la notificación de una providencia corresponda hacerla por edicto o por estados, la ley da derecho a las partes para exigirla personalmente, aun antes de la fijación de los estados o durante su fijación. Ahora, ese derecho está condicionado a que legalmente no haya quedado notificada y en firme la providencia de que se trate puesto que si ha quedado carece de objeto la notificación personal y es inconducente y aun dilatoria del procedimiento. De suerte que la oportunidad para exigir notificación personal corre desde el pronunciamiento de la correspondiente resolución judicial hasta la desfijación del edicto o de los estados.

Bien sabido es cuándo deben desfijarse los edictos y los estados mencionados, por cuanto que la ley señala las oportunidades para ello, y en verdad el artículo al hablar de desfijación se refiere a ellas, de donde se deduce que la circunstancia de que un Secretario no haya llenado su deber haciendo la desfijación en momento oportuno no basta para que un interesado alegue con fundamento que debe notificársele personalmente, no obstante estar corrido legalmente el término de fijación.

La notificación personal en los casos aludidos reviste importancia, pues ofrece una mayor certeza de su verificación o puede llegar a influir en los términos, así: si los interesados exigen la notificación dicha antes de pasar la duración de un edicto el término de interposición de recursos, de ejecutoria etc., se contará a partir de ella, si por ejemplo faltan más de dos días para la desfijación del edicto referido es claro que la duración de la fijación carece entonces de significación en orden a estimar cumplida la notificación que constituya su objeto.

ART. 312. — La notificación personal es indispensable en el llamamiento a juicio, por ser la forma más perfecta de dar ocasión al demandado de representar en él en defensa de su patrimonio y aplicación correcta del principio de que nadie puede ser condenado sin oírsele y vérsele en juicio. La vocación a juicio en nuestro sistema procesal ocurre propiamente cuando es hecha la admisión de la demanda y es notificada al demandado.

En general, la primera providencia que recae a una súplica ante el órgano judicial merece notificación personal. Desde el

momento en que un sujeto somete a él un asunto contra otro, este otro tiene el derecho de defensa que debe reconocérsele aún cuando la súplica no prospere, con la notificación personal de la providencia que se dicte. Así, el auto inadmisorio de una demanda, que es apelable, debe notificarse al demandado para que en la segunda instancia pueda actualizar su derecho de defensa.

La representación de las entidades de derecho público es de cargo de sus personeros, empleados públicos, y ellas gozan de cierto privilegio procesal, porque a dichos empleados se notifican personalmente todas las providencias que se dictan en todos los procesos y no en otra forma, como ocurre con los individuos particulares.

Los "terceros" también tienen derecho a notificación personal, en vista de la necesidad y conveniencia de protegerlos, para no abandonar sus derechos a la arbitrariedad. Así, una ejecución al acreedor hipotecario ininterviniente debe ponérsele en conocimiento por medio de notificación personal (Art. 1036 C. J., 2452 C. C.).

El artículo sienta reglas generales sobre las notificaciones personales, sin detallarlas minuciosamente, pues en el cuerpo del código aparecen diversas disposiciones que también las indican particularmente. Al respecto pueden consultarse los siguientes artículos: 238, 259, 265, 289, 299, 322, 363, 380, 455, 477, 496, 438, 448, 614, 627, 640, 731, 937, 910, 999, 1189, 1024, 1085, 1103, 1022, 1155, 1224 y artículo 26 Ley 63 de 1936.

ART. 313. — Las partes o sus apoderados cargan con la obligación de manifestar al Juez de la causa el lugar de su Oficina o el de su casa de habitación o el que indican para la recepción de notificaciones personales, al presentar demanda o responderla o recibir notificación, obligación que tiene la utilidad de evitar dificultades en la prosecución de la actuación y a facilitar el cumplimiento de algunos procederes especiales que luego se verán (v. C. J.). La referida obligación cabe denominarla "constitución de domicilio procesal" y es común en los procedimientos de los distintos Estados, por ejemplo en el argentino, y si no es satisfecha en oportunidad toca al Juez exigirla. Ojalá en la práctica se diera mayor aplicación a la disposición acotada, en orden a evitar los inconvenientes que a diario surjen y bien conocen quienes se dedican al ejercicio de la abogacía. El artículo no sólo es de conveniencia general sino también particular ya que puede ser medio de impedir sorpresas de litigantes inescrupulosos.

ART. 314. — Para dar conocimiento de las demandas a los demandados importa ante todo su residencia en lo que se ve que entonces, y en relación con tales asuntos, el domicilio es factor secundario y no principal como para la fijación de la competencia. En consecuencia, si el demandado carece de residencia en el lugar donde es presentada la demanda y la tiene en otro, ha de comisionarse para la notificación de ella y del auto admisorio

al Juez de la residencia conocida, incluyendo copia de ella, del auto dicho y de los documentos adjuntos.

El artículo habla expresamente de Juez, pero hay que aplicarlo en armonía con el número 133, de lo cual se infiere que pueden ser comisionados en esos eventos también los funcionarios del orden político, porque ello no es otra cosa que correcta aplicación del espíritu del artículo, pues basta pensar en que el Juez de la residencia mencionada esté ausente en determinadas diligencias, impedido, que el punto de su residencia sea demasiado distante de la del demandado, etc., para comprender la lógica de lo dicho, puesto que es evidente que debe procurarse que las actividades en la marcha de los juicios no sufren trastornos y demoras inútiles y perjudiciales.

ART. 315. — Por regla general, la actuación en los litigios es hecha ante y por el Juez del conocimiento y en su mérito cuando el demandado tiene residencia distinta toca al primero nombrado señalar al segundo un término prudencial, atendida la distancia y los medios de comunicación (Art. 373) para que comparezca a representar en juicio, y su vencimiento da ocasión a que empiece a correr el que tiene para contestar la demanda. Forzosamente, el demandado no tiene que esperar el transcurso de esos términos para iniciar su actuación, pues por ser concedidos en su favor puede renunciarlos —expresa o tácitamente— y actuar antes de su vencimiento.

La respuesta no presentada ante el Funcionario del conocimiento sino ante el comisionado, siguiendo las normas comunes, debe ser autenticada y, cuando de hecho no lo sea, debe devolverse por el Juez para su autenticación al igual que las demandas. Al respecto cabe expresar que el demandado no sufre medios de coacción para obligarlo a comparecer en juicio, como sí los sufría en el procedimiento antiguo, imperante antes del actual, los que son necesarios para una mejor precisión de la *litis contestatio*, máxime cuando entre nosotros no es sancionada de manera bien sistematizada la contumacia, como lo hacen las legislaciones extranjeras, v. gr. la italiana. Empero, bien se sabe que la no comparencia del demandado no equivale a la negación de la *litis contestatio* conforme se ve más adelante.

Los Jueces señalan el término dentro del cual han de comparecer los demandados ya que la ley no debe señalarlo para descartar arbitrariedades menos posibles con la atribución señalada a esos Funcionarios, quienes podrán actuar en conformidad con las modalidades de cada caso, más en armonía con los principios de la equidad.

ART. 316. — Los Cónsules Colombianos son Funcionarios del Estado sin embargo de que desarrollan sus funciones en el extranjero y por eso pueden ser comisionados para la práctica de notificaciones a los demandados que residan allí o sus apoderados. Las

diligencias les son enviadas por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República, previa autenticación por el Gobernador del Departamento en donde funcione el Juez, de su firma y la de su Secretario y por cuyo conducto se envía al citado Ministerio. También puede conferirse esa comisión al Cónsul de otro estado, cosa asertada por las normas de cortesía internacional, mediante carta rogatoria y previo cumplimiento de los requisitos antes anotados (v. Art. 141).

Fuera de las autenticaciones del Ministerio, el interesado ha de autorizar el arreglo con el abogado que sea necesario en la práctica de la diligencia correspondiente y designar una persona autorizada para la solución de los gastos que sean menester, según la resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores, fechada el 20 de marzo de 1925 (Ley 33 de 1939).

ART. 317. — El desconocimiento del demandado, cuando es incierto, o de su residencia, ocasionan su emplazamiento por medio de edicto que dura fijado un mes, incluyendo los días inhábiles, en la Secretaría del Despacho, y se publica por tres veces en un periódico de la localidad, en el Oficial del Departamento o en el Diario Oficial, en defecto de los otros. Aquel desconocimiento en manera alguna puede dar lugar a que quienes tengan asuntos que definir con el demandado desconocido o las personas inciertas queden de hecho imposibilitados para la instauración de sus acciones, porque contraría la equidad y los principios sustantivos del derecho. El transcurso de diez días hábiles sin que el emplazado se presente a estar a derecho, después del emplazamiento, ocasiona el nombramiento de un Curador *ad-litem* en su representación.

No sólo en los casos dichos procede ese nombramiento sino también cuando el demandado recurre a su ocultación, puesto que entonces es indicado hacerlo. La legislación está lejos de prohijar la malicia o el dolo y por eso es fundado proceder en tal forma, la que viene a ser una especie de sanción contra el demandado temerario. Claro es que sin la comprobación del caso el Juez no podría hacer la aludida designación.

Los demandantes gozan de los anteriores medios de descartar obstáculos a sus acciones pero a cambio de sufragar lo necesario a la actuación del curador, so pena de que el proceso se suspenda. Ahora, el Juez tiene la atribución de señalar su monto, el que no es definitivo ya que el error en que incurra al hacerlo es corregible posteriormente si resulta que los gastos necesarios al curador son superiores a los señalados *ab-initio*. Merece completa garantía el interés puesto bajo cuidado del curador a lo que sería contrario rechazar una estimación posterior y siendo que éste no los tiene que ejecutar de su propio peculio. Si no fuese así la consecuencia sería un abandono de hecho de los intereses bajo el curador *ad-litem*, cosa inaceptable.

Suma prudencia debe usarse para proceder al emplazamiento

de las personas inciertas, porque ese emplazamiento es excepcional si se quiere ya que en general siempre es precisa la designación cierta de las personas demandadas (Art. 205), lo que muestra que la disposición tiene marcado carácter restrictivo. En concreto, el Juez debe cerciorarse de que efectivamente se trata de personas inciertas, como serían los accionistas de una Sociedad Anónima cuyas acciones sean al portador (Art. 550 ss. C. de C. y C. C.).

Para terminar estas anotaciones sobre el artículo aludido es de lugar observar que debe tratar de corregirse una práctica censurable de diaria ocurrencia, en relación con la publicación de los edictos, pues es común que sean publicados en periódicos de escasa circulación y lectura en los respectivos lugares, no obstante haber otros de opuestas calidades, con lo que suelen cometerse verdaderos asaltos contrarios a la justicia y a la equidad, a los fines del procedimiento.

ART. 318. — La intervención en juicio es directa, o sea personal, y por medio de apoderado, quien, como es sabido, ocupa el lugar del poderdante. Aquél, en el caso de que se pretenda surtir la actuación con él, es llamado a ejercer la representación y exhibir el poder respectivo en el supuesto de que no haya sido aportado a los autos, lo que demuestra que no es indispensable que el demandante lo aporte desde el comienzo de la actuación.

La no comparencia del apoderado, equivale a una renuncia tácita del poder y entonces, cuando no se conoce la residencia de la persona propiamente demandada, es procedente el nombramiento de curador para el pleito lo mismo que cuando existe la negativa expresa del ejercicio de la representación.

Hace el artículo válida la actuación surtida con un Curador designado como está indicado previamente, por ignorancia de la existencia de apoderado, con lo cual implícitamente reconoce la nulidad de la actuación en los casos en que haya apoderado conocido por el actor y sean tramitados los juicios con Curador, porque de lo contrario se propicia la temeridad del demandante, lo que no es admisible, y se colocan los intereses y derechos del demandado en situación verdaderamente precaria, sin razón alguna. La designación de Curador en el evento previsto en el artículo, si realmente existe apoderado conocido por el actor, no ocasiona otra cosa que la falta de emplazamiento en legal forma (Art. 448).

ART. 319. — Los artículos precedentes son de aplicación general para casos análogos o similares a los que contemplan y no apenas para la iniciación de los procesos, por ejemplo en la hipótesis de un auto que ordena la práctica de una inspección ocular extrajuicio con intervención de parte contraria, tienen vigencia, puesto que es notificable a un Curador *ad-litem* designado. Mas puede que haya casos de excepción en los que se atiende a las normas especiales que los contenga. Se refiere el artículo a las notificaciones que deben cumplirse personalmente y que quedaron vistas al tratar del artículo 312, por lo que se omite detallarlas de nuevo. Además, no sobra

expresar que el artículo en cuestión posee plena justificación y que satisface la necesidad de no imposibilitar las actuaciones y notificaciones requeridas en el normal adelantamiento de los procesos.

ART. 320. — Por el primer auto y su notificación, en que se dispone dar traslado de una demanda, asume el Juez que lo dicta el conocimiento preventivo del negocio, si puede ser avocado por varios, esto es, si la jurisdicción no es privativa de él.

Una demanda sobre reivindicación de inmueble ubicado en varios circuitos procede presentarla ante cualquiera de los Jueces de ellos. Es fundado exigir cuentas ante el Juez del lugar que fué centro de la administración o el del domicilio del demandado (Art. 152) y entonces el acto mencionado al principio excluye la competencia de los otros Jueces, de acuerdo con la doctrina contenida en el artículo 149 del C. J., pues la acción es única y no múltiple.

Cuando la jurisdicción no es privativa, esto es, que corresponde a varios funcionarios, y se presenta demanda a uno de ellos, de la que no deba darse traslado, la admisión de ella y la notificación equivalen a la aprehensión preventiva que hace viciada la actuación posterior que se adelante por y ante los otros jueces, por cuanto que la jurisdicción y competencia suyas (Arts. 142 ss.) falta a causa de lo obrado por otro Juez y bien sabido es que sin ellas deja de ser factible la realización de actos eficaces por sí mismos (Art. 448, núm. 1º).

ART. 321. — Las notificaciones, se ha dicho ya varias veces, interesan a cada parte litigante y por lo mismo ella puede darse por notificada de las providencias judiciales diciendo que las conoce. Tal acto requiere escrito por cuanto tiene importancia procesal y las actuaciones, por lo común, deben ser hechas en esa forma y no en la oral por necesitarse un testimonio cierto que las acredite. De consiguiente, debe estar revestido ese escrito de autenticidad que descarte su falsedad, autenticidad que se logra con la presentación personal y la nota que es indicada. Por el aludido escrito, como es obvio, es fundado estimar cumplidas las notificaciones y reconocerles sus efectos propios. La legislación procesal tiende —entre otras cosas— a facultar y obviar las correspondientes actuaciones y de allí la base del artículo, el que armoniza, por otra parte, con el 15 del C. Civil, pues la manifestación que hace un sujeto de que conoce una providencia judicial determinada vale como una renuncia al derecho de que se le notifique. Descarta la disposición referida la firma por medio de ruego que se haga a otra persona, con el fin de evitar abusos y habida cuenta que la notificación de que se trate debe cumplirse oficialmente con preferencia a autenticaciones o demostraciones de tal ruego.

ART. 322. — La paralización de los procesos ocurre cuando sobre ellos no recae actuación alguna en los términos oportunos y trascurren más de seis meses sin que recaiga y hace indispensable que la notificación de la providencia que después se dicte tenga que cum-

plirse de manera especial, personalmente o por edicto. En varias oportunidades se ha dicho que el procedimiento es medio de hacer efectivos los derechos correctamente y no con celadas o sorpresas y en orden a evitarlos está la disposición transcrita, cuyo incumplimiento acarrea nulidad (Art. 448), ya que da margen a falta de citación o emplazamiento de la parte en debida forma. No es la naturaleza intrínseca de la resolución dictada lo que hace precisa la notificación de la manera anotada sino el trascurso del tiempo, y de allí que poco importe distinguir entre auto interlocutorio y auto de sustanciación y, además, la forma ordinaria o común de ser notificado (Art. 364, inc. 3º).

ART. 323. — La ley 28 de 1932 varió sustancialmente lo vigente antes sobre la mujer casada, atribuyéndole capacidad de que carecía. De forma que el artículo puede estimarse derogado en relación con las mayores. Lo que él dispone podrá ser aplicable en adelante en los casos de mujeres menores puestas bajo la guarda de su cónyuge según las reglas comunes (v. Ley 28 de 1932 y Arts. 240 y SS. C. J.), pero entonces la notificación al marido será suficiente (Arts. 248 y 249).

ART. 324. — La notificación es un acto simple que no da lugar a otros de diversa naturaleza no vinculados a ella. El notificado tiene únicamente facultad de manifestar su asentimiento a la providencia dictada, allanar impedimentos (Arts. 434 y ss.), nulidades (Art. 455), hacer nombramientos (Art. 997) o interponer el recurso de apelación (Art. 491). Carece, pues, del derecho de proponer en ellas incidentes, recursos de reposición que siempre son escritos, como se verá más adelante, recusaciones, etc., porque el procedimiento es ordenado y a cada acto regular no deben involucrarse cosas distintas. En el supuesto de que el notificado trate de hacer lo último su pretensión merece rechazo y no es necesario que conste en la diligencia. No cabe entonces valorar como oportuno el incidente que quiera promover, etc. La notificación es acto simple y breve que de suyo descarta lo anotado antes, lo que la desnaturalizaría. He allí el fundamento de la norma comentada.

ART. 325. — Los requerimientos, reconvenciones y otros actos similares son formalidades previas de algunas acciones (Art. 1608, núm. 3º C. C.) y su práctica se cumple por el Juez competente (Art. 152, núm. 4º) con la notificación del auto que las ordena y la exhibición de los documentos presentados, puesto que así el requerido o reconvenido conoce qué es lo que se pretende de él. La reconvención exige prueba de la obligación por la cual se reconviene ya que de lo contrario el Juez carece de elementos sobre qué actuar, que justifiquen el desarrollo de su actividad.

El notificado de un auto de requerimiento tiene potestad de hacer en el acto (v. Art. 324) las manifestaciones pertinentes y que impliquen la adución de medios de defensa, puesto que él no está en condiciones de inferioridad en relación con el peticionario de la

diligencia. Dichas manifestaciones son admisibles si hacen referencia al negocio materia del requerimiento, por cuanto que carece de base admitirlas si contemplan un asunto esencialmente distinto (v. Arts. 380 C. J., 33, Ley 57 de 1887 y 1960 y ss. C. C.).

ART. 326. — De acuerdo con la técnica procesal, en los casos en que una persona patrocina en juicio a varias que integren una de las partes, para efectos de notificaciones, traslados y demás cuestiones análogas se toma en cuenta la realidad de la actuación procedimental de una sola persona. Por tanto, no es menester surtir con ella tantas notificaciones cuantas personas represente judicialmente. Basta emplazarla a ella sola llegado el caso, etc., en gracia de la simplificación y celeridad de la actuación.

Empero, tratándose de los casos dichos, en atención a que la representación no excluye la gestión del representado (Art. 267) si éste exige notificación personal debe hacérsela (Art. 311), pues ninguna razón de orden legal se opone a ello.

ART. 327. — Consagra el anterior artículo la necesidad de notificar previamente las providencias judiciales para que puedan producir sus efectos propios, en lo que se ve una regla general conforme a lo básico en el procedimiento, que es el conocimiento de las partes de la actuación para darles la justa oportunidad de ser oídas en toda ocasión y facilitarles la defensa de sus intereses y derechos. La mentada regla tiene sus excepciones, como se vió al tratar del secuestro preventivo (Arts. 276, 419, 421, 549, 618, 999, 1031, 1033, 1081, 1089 y 1149).

TÍTULO VII

EXCEPCIONES

ART. 328. — Al ser llamado a juicio todo demandado puede ejercitar su derecho de defensa, universalmente reconocido, que se manifiesta en su contradicción a las pretensiones del demandante, bien en su fondo o en su forma. En verdad, eso es lo que constituye las denominadas excepciones, que se dirigen a impugnar la obligación reclamada, las que son clasificadas conforme su naturaleza en dos grandes grupos: en perentorias y en dilatorias.

Las primeras hacen referencia al fondo mismo de la acción incoada, esto es, a la carencia por parte del demandante de un derecho para accionar en contra del demandado en persecución de una prestación cualquiera o para desconocer efectos jurídicos a un hecho o a un acto, en fin. Las segundas tienen una naturaleza formal, lo que vale decir, comprenden el procedimiento mismo, bien para finalizarlo o corregir sus irregularidades. Al contrario de las otras, en general no son dirigidas contra el fondo mismo de la acción incoada y el que prosperen después de propuestas no impide el pos-

terior ejercicio de la acción, salvo en los casos que adelante se exponen.

La excepción presupone, pues, una acción contra la cual está dirigida, en su fondo o en su forma, y de allí que antes de la acción no exista la excepción, para mejor decir, su proposición. Por el objeto mismo de las excepciones su viabilidad depende de que quien la propone sea demandado. El conocimiento suyo, su naturaleza, no depende sino de lo que la constituye, puesto que ella no proviene de la denominación que el proponente haga, aun cuando en muchos casos esa denominación importa tomarla en cuenta, en especial cuando la base suya es una transacción o un fallo ejecutoriado.

ART. 329. — La excepción perentoria es sustantiva por cuanto que tiende a la negación de las relaciones de derecho que sirven de objeto a la acción, que se persigan con ella, desconocidas por el excepcionante, bien que sostenga que no han nacido a la vida jurídica o que se extinguieron (Art. 1625, C. C.).

La excepción cuestionada tiene estos aspectos: es total o parcial; temporal o definitiva: *a*) El demandado desconoce o niega en un todo la obligación perseguida; *b*) El opositor únicamente se reconoce obligado a parte de lo pretendido por el actor; *c*) El excepcionante alega que aún no es tiempo de incoar la acción; y *d*) El demandado no reconoce la relación jurídica sostenida por el demandante, ni en el presente ni en el futuro.

El excepcionante perentorio asume una actitud contraria de manera sustancial a las pretensiones del actor, trabándose entonces en toda su plenitud la litis, sin que sea propio definir incidentes previos, ya que en las excepciones perentorias no entraban la constitución de ella y su impulso. La decisión que se dicta en esos casos es de fondo y hace surgir la cosa juzgada, en términos generales, a diferencia de la que califica las dilatorias. También se dividen las excepciones en reales y personales, siendo más comunes las últimas.

ART. 330. — Es básica en los litigios la formación regular o concreta del "cuasi contrato" de *litis contestatio* por la concurrencia de la capacidad funcional, de la parte y por la adecuación a las normas legales sobre la forma de las acciones. Esos requisitos miran a una constitución procesal sólida, exenta de vicios que impidan decidir los asuntos en su sustancia o fondo mismo, constitución que garantiza correctamente los intereses de las partes.

El demandado goza del derecho de proponer excepciones dilatorias dentro del término que tenga para responder la demanda en juicios ordinarios, las que son propuestas antes de la contestación propiamente dicha, contra la constitución de la *litis contestatio,* cuando aquélla no satisface las condiciones precisas para la iniciación normal de los procesos y repugna en sana doctrina que el demandado sea forzado a contestar demanda, sin embargo de no satisfacer los presupuestos procesales. Igual cosa ocurre con los procesos especiales en que las excepciones se admiten.

La naturaleza de las excepciones dilatorias es, pues, formal a diferencia de la de las perentorias que es sustancial, como fué dicho. La primera no comprende la esencia del negocio mismo sino las condiciones previas para su adelantamiento. Su clasificación es ésta: *a*) De declinatoria de jurisdicción; *b*) De ilegitimidad de personería; *c*) De inepta demanda, y *d*) De pleito pendiente, cuyo estudio se hace en seguida.

ART. 331. — La declinatoria de jurisdicción consiste en la falta de competencia del Juez para conocer del negocio y puede originarse de que inicialmente sea atribuída a otro o al acaecimiento de ciertas circunstancias en cuya virtud se suspende (Art. 147) o se pierde (Art. 146). De tanta trascendencia procesal es la competencia que cuando falta da lugar a que la actuación surtida sin ella adolezca del vicio de nulidad (Arts. 448 y ss.), porque la jurisdicción estatal, que pertenece al derecho público, en su ejecución está sujeta a reglas precisas y que en realidad condicionan la administración de justicia. De allí que la excepción acotada sea atribuída a la parte, puesto que sería absurdo hacerla comparecer en juicio ante entidad distinta a la señalada por la ley y con mengua de sus intereses y a cumplir actuaciones ineficaces. La excepción desaparece cuando se presenta la llamada subordinación de parte, si está autorizada por la ley, que puede ser activa la que se cumple por parte del demandante con la presentación de la demanda, o pasiva, que es la comparencia del demandado sin hacer reclamación oportuna. Dicha subordinación es en verdad la prórroga de la competencia.

Por último, cabe anotar que la declinatoria de jurisdicción tiene notoria relación con la colisión de competencia (Arts. 413 y ss.).

ART. 332. — La ilegitimidad de personería comprende dos aspectos: uno sustantivo y otro adjetivo. El primero se presenta cuando el derecho reclamado no existe contra el demandado por cualquiera causa legal e implica un asunto extraño a la excepción dilatoria, porque es de fondo y no cabe dentro de la naturaleza de ella. De allí que en la sentencia que ponga fin al juicio es en la que se le debe reconocer y no en la providencia calificadora de la excepción dilatoria. El segundo se contempla en estos casos:

a) Cuando el demandante carece de habilidad para comparecer por sí mismo en juicio existe ilegitimidad de personería, pues es presupuesto en estas materias la capacidad para ser parte, que en los menores no existe por su personalidad solamente. Ellos carecen, pues, de capacidad procesal que se suple por medio de sus representantes legales (Arts. 240 y ss.). De lo dicho resalta que cuando un menor demanda por sí, sin llenar algunas exigencias legales para poder hacerlo (Art. 245), hay ilegitimidad de personería.

b) El apoderado tiene el deber de acreditar el poder en virtud del cual obre (Art. 269) y para su cumplimiento el demandado puede proponer la excepción de ilegitimidad de su personería y si aquél no lo demuestra la excepción prospera.

c) La identificación de los litigantes importa en los resultados del litigio y en sus consecuencias, por ejemplo en cuanto a la cosa juzgada y ha de poder exigirla el demandado por medio de la excepción (Arts. 231-335).

Quedó dicho antes que la calificación que el proponente dé a la excepción no es lo que determina su naturaleza en todos los casos y así, por ejemplo, si habla de la ilegitimidad sustantiva del actor y la denomina dilatoria, el funcionario no está ligado a proceder como en caso de que efectivamente se trate de una de la última clase, a la tramitación de incidente previo. La excepción dilatoria de ilegitimidad de personería se apoya en que es indispensable para hacer comparecer a otro sujeto en juicio que el demandante posea capacidad de someter el litigio a una decisión judicial.

ART. 333. — La excepción de inepta demanda se presenta cuando la demanda adolece de defectos en su forma propia o en cuanto los sujetos determinados en ella y es insuficiente para formar una relación procesal sólida. Los casos de su existencia se determinan en la siguiente forma:

a) La demanda no contiene los elementos exigidos por la ley (Arts. 205, 209). Es sabido que ella ha de llenar algunas condiciones que individualicen bien la acción que se propone, para no confundirla con otra, para conocer con exactitud sobre qué debe recaer la actuación jurisdiccional y a qué se llama a juicio al demandado, de donde se desprende que mal puede admitirse la constitución de una relación procesal sin el lleno de las aludidas condiciones.

b) Por circunstancias de hecho es falto de razón exigir la definición de relaciones de derecho inexistentes, proferir una decisión judicial sin objeto, como cuando se promueve reivindicación contra sujeto que no sea poseedor (Art. 215). El llamamiento a juicio en manera alguna puede ser, en principio, caprichoso y tampoco es dable desarrollar actividades jurisdiccionales desprovistas de utilidad. Por ello el fundamento de la excepción comentada.

c) El procedimiento es de derecho público y por ese motivo las ritualidades de cada litigio son predeterminadas e independientes de la voluntad de las partes, las que a ellas deben sujetar sus acciones. Una cuestión decidible en juicio ordinario no lo puede ser en especial porque se incurriría en causal de nulidad (Arts. 448 y ss.), de lo cual resalta la base de la excepción en el supuesto de que las acciones sean sometidas a un curso diverso al señalado en la legislación.

Propuesta la excepción acotada el demandante está en capacidad de aceptarla expresa o tácitamente. Si hace lo primero deja de ser indispensable seguir su tramitación y el Juez debe declararla. Lo segundo puede hacerlo corrigiendo su demanda —facultad de que goza (Art. 208)—, y entonces hay sustracción de materia y deja de ser indispensable resolver sobre la excepción, ya que la necesidad

de ello desaparece, porque, en relación con la constitución de la *litis contestatio,* la corrección suple el fin propuesto con la excepción.

ART. 334. — La excepción de pleito pendiente evita la duplicidad inútil de la actividad judicial e imposibilita el pronunciamiento de decisiones contradictorias, en pro de la misma autoridad y de las partes, pues descarta gastos injustificados. La condición especial de ella es que la nueva acción sea idéntica a la propuesta antes ya que la identidad es lo que pone de manifiesto la inutilidad de la acción posterior. En la materia hay que tener en cuenta siempre los elementos característicos de la acción (Art. 205), a saber: causa de pedir, procedimiento que se siga, objeto y partes.

En relación con las últimas vale observar que lo que importa ante todo es el elemento puramente subjetivo y no la calidad procesal atribuída a cada litigante, es decir, la de actor y opositor, pues si en el primer litigio un sujeto es opositor por ejemplo tratándose de un proceso divisorio y en el segundo que promueva con la otra calidad (con la de actor), no obstante ser el opositor en el primero, siempre se presenta la identidad referida: de causa de pedir (el no estar obligado a permanecer en comunidad); de procedimiento; de objeto (la división del bien en comunidad) y de partes.

La insatisfacción de los aludidos requisitos no configura la existencia de la excepción, porque, en puridad de verdad, ellos son los que la fundamentan. Su falta genera entonces la improcedencia de la aludida excepción, en guarda de la justicia y la equidad, de los principios que informan el procedimiento. Es absurdo pretender que sin aquéllos cabe paralizar una acción incoada, por cuanto que la excepción obedece siempre a causas legalmente previstas que la liberan de todo criterio arbitrario.

ART. 335. — La tramitación de la excepción dilatoria propuesta en oportunidad es breve: se corre traslado al demandado por dos días y luego se decide dentro de los cinco días siguientes si su contenido es de puro derecho, pues si no lo es y hay hechos qué probar, antes se recibe a pruebas por seis días. Si la demanda presentada no reúne los requisitos legales no es necesario abrir el asunto a pruebas porque la decisión de la excepción se hace sobre aquélla y en atención a las normas de la legislación.

El inciso final del artículo dice que si el demandante acredita hechos infirmativos de la excepción no se declara. Empero, él no contiene contra los demandantes, en todos los casos, el peso de la carga probatoria sino en algunos claramente determinados en otras disposiciones. Así en los casos de ilegitimidad de la personería, toca al demandante acreditar su capacidad, identidad, etc. (Art. 332). En otros, la carga probatoria es de cargo del excepcionante, v. gr. si excepciona alegando pleito pendiente, porque de lo contrario sería impuesta a los demandantes, para que prosperen sus demandas, la carga de comprobar asuntos negativos e indefinidos cosa contraria

a la doctrina imperante sobre pruebas judiciales y que ocasionarían la fácil obstaculización de los litigios con las consiguientes injusticias.

ART. 336. — Acoge el artículo la doctrina general del Código consistente en que la condena al pago de las costas procesales no se deriva solamente del hecho objetivo de ser vencido en un litigio, o en un incidente, sino también en la actuación temeraria del perdedor (Art. 575 ss.). La temeridad, es obvio, ha de surgir de los elementos aportados a las diligencias y en ellos debe encontrar el Juez la base de la condena, la que comúnmente aparece cuando las pretensiones del excepcionante carecen de fundamento plausible. A no dudarlo, la presunción de buena fe consagrada por la ley sustantiva en beneficio de toda persona (Art. 769 C. C.) debe ser desvirtuada en las correspondientes diligencias ya que en la hipótesis de que no lo sea es equivocado atribuir a un sujeto una actividad maliciosa.

ART. 337. — La improcedencia de las excepciones propicia la verdadera vigencia de la relación procesal y de allí que entonces nazca para el demandado la obligación de contestar la demanda, dentro de los dos días siguientes al en que así sean calificadas. En el caso de que la demanda haya sido contestada antes, en forma condicional, para el supuesto de que las excepciones no prosperen, según suele hacerse, no se requiere ordenar la contestación sino que se tiene por cumplida, ya que en ninguna informalidad se incurre obrando en esa forma y no se omiten requisitos sustanciales en los procesos y se procede en armonía con el principio de celeridad procesal. La respuesta condicional de la demanda se actualiza con la negativa de las excepciones dilatorias propuestas por lo que ordenar la contestación al calificarlas es propiciar una repetición sin objeto, por lo mismo que ya se conoce la posición asumida por el excepcionante en cuanto al fondo del negocio, las modalidades de la *litis contestatio*.

ART. 338. — Para una mejor ordenación en la tramitación y decisión de las excepciones la apertura a pruebas es oportuna cuando ha transcurrido el traslado de todos los demandados, si son varios, ya que no se compagina con la técnica procesal que un asunto en que intervienen distintos sujetos se tramite para cada uno en diversas etapas al mismo tiempo. Dada la circunstancia de que una persona represente a varios demandados es correcto que se surta un solo traslado, aplicando la doctrina del artículo 326 del C. Judicial, por ser un asunto comprensible por él. De forma que en esos casos basta un solo traslado. Lo dicho al principio tiene más fundamento en atención a que sobre un mismo asunto no deben recaer distintas providencias y en que evita el que sean contradictorias, doctrina armónica con la del artículo 350.

ARTS. 339-340. — La apelación de una providencia declarativa de varias excepciones dilatorias propuestas —adviértase que pueden ser propuestas todas en un solo acto— es en el efecto suspensivo

porque entonces no hay ninguna razón aparente que justifique la continuación de la actuación ante el funcionario que las declara. En cambio, la apelación de la negativa a declararlas todas es en el efecto devolutivo, puesto que ella equivale a una estimación, por parte del funcionario, de falta de causa para que no subsista la formación del "cuasi contrato" de *litis contestatio,* estimación que tiene que tener algún efecto. Conviene tener presente que lo contemplado en el artículo 339 difiere en esencia a lo previsto por el artículo 1031 en su segundo inciso.

Las excepciones dilatorias están lejos de integrar lo sustancial de los procesos, y de allí que requieran cuaderno especial en su tramitación, asunto propiamente formal que mira a una ordenada actuación y justificado en que es previo al desarrollo de la *litis contestatio.*

ART. 341. — Dentro de la clasificación de las excepciones se encuentran la de cosa juzgada (Art. 474) y la de transacción (Art. 2469 ss. C. C.) que ofrecen, a diferencia de las otras, un carácter especial, mixto, ya que pueden encajar en una o en otras, a voluntad del excepcionante: ser dilatorias o perentorias. Procesalmente, debe expresar el excepcionante en qué calidad las propone porque ello es una facultad suya y condición esencial en la certeza de la actividad que en posterioridad ha de desarrollarse. En forma implícita puede tenerse por hecha tal manifestación, pues si la excepción es propuesta antes de responder la demanda claramente resalta la intención del excepcionante en obstruir la formación del litigio y, por tanto, el ánimo, de que sea considerada como dilatoria. Al contrario, si es propuesta en la contestación de la demanda con toda claridad resulta la intención del demandado de que sea decidida en la sentencia de fondo del pleito promovido y, en consecuencia, que tenga la calidad de perentoria. Ninguna otra interpretación cabe dar a esos actos del interesado respectivo.

La ocasión propicia de proponer las excepciones perentorias es al contestar las demandas, sin que ello implique que no quepa proponerlas con posterioridad. El artículo emplea el vocablo *puede,* en lo que es fundado apreciar que omite señalar la contestación de la demanda como el único momento de excepcionar, la única oportunidad de hacerlo. Además, si no fuese así, el legislador habría empleado, razonablemente, expresiones distintas, v. gr. debe, tiene que, está obligado a, sólo al contestar la demanda, etc. Por otra parte, el autorizar la alegación de las excepciones antes de la citación para sentencia es una prueba más de la solidez de lo expuesto, como se verá en el comentario del artículo 343. En mérito de lo dicho infiérese que las excepciones en mención son proponibles después de la contestación de la demanda, en una u otra instancia. Ese medio de defensa es amplio y no subordinado a un formalismo estrecho.

ART. 342. — Quedó visto que la naturaleza de la excepción perentoria se dirige al fondo del negocio, por lo que es de evidencia

notoria que su decisión no es materia de incidente previo sino de la sentencia que lo finalice, a diferencia de las dilatorias, puesto que aquéllas no tienden a obstaculizar la formación de la relación procesal, el sometimiento a juicio de los individuos. Por ello resulta desprovisto de fundamento decidir sobre las primeras dentro de un incidente, por la bien clara razón de que por referirse al fondo mismo del litigio su discusión debe ser amplia, sin someterla a los estrechos límites de una articulación, lo que armoniza con una sana técnica procesal. Muestra lo anotado una diferencia más entre unas y otras excepciones.

ART. 343. — En los litigios se persigue como fin inmediato el esclarecimiento de las relaciones de las partes, o sea, la verdad jurídica que demuestren los expedientes, base de las providencias judiciales, fin que no debe lesionarse con mengua de la justicia y la equidad. Ahora, esa verdad es independiente del mayor o menor acierto de los demandados en ejercicio del derecho de defensa, al proponer y alegar excepciones, y por tal motivo ha de reconocer el Juez en la sentencia las excepciones perentorias que resulten en los autos, sin embargo de que su alegación y proposición no hayan sido hechas en forma satisfactoria. Es procedente en los litigios declarar la existencia del derecho demostrado (Art. 210) y presentada en los autos una excepción de la naturaleza referida, que haga inexistente ese derecho, tiene completo basamento declararlo así. Las decisiones judiciales son armónicas con la realidad procesal a la cual deben acogerse sin —permítase la expresión— volverle la espalda. He allí otra diferencia entre las dilatorias y las perentorias.

La prescripción tiene por base presunción de renuncia del derecho que sea su objeto inmediato y la de solución, por los medios legales, de las obligaciones (Art. 2512 y ss. C. C.), por lo que puede apreciarse que interesa principalmente a quien es favorecido con ella. Difiere de las otras perentorias en que éstas contienen algo concreto y definido en sí por las normas legales, como la nulidad absoluta (Art. 1740 C. C.) y en cambio la primera está condicionada a que el demandado exprese la voluntad de aprovecharse de un beneficio consagrado en pro de sus intereses por la ley sustantiva. Lo anterior pone de manifiesto que la prescripción, por ser tal, no debe declararse oficiosamente sin voluntad expresa o tácita de parte (Ley 120 de 1928).

Según el Diccionario de la lengua, alegar es traer el abogado leyes, autoridades y razones en defensa del derecho de su causa, y proponer es manifestar con razones, hacer propósito de realizar o no algo. Si etimológicamente y en doctrina esos dos vocablos tienen acepciones diversas, el artículo relacionado les da una misma, descartando la idea que parece contener el artículo 341, de diferenciación.

Lo anterior muestra la deducción de que basta que la prescripción sea alegada o propuesta antes de la citación para sentencia y en cualquiera instancia, para que sea viable declararla. La alegación

de la existencia suya cabe hacerla aún con posterioridad a la contestación de la demanda hasta cerrarse el proceso en cada instancia o sea hasta que las partes son oídas (v. Ley 120 de 1928), puesto que ninguna norma legal impide tal cosa disponiendo lo contrario de manera imperativa y no debe incurrirse en exagerado formulismo, de acuerdo con el artículo 472. La segunda instancia tiene la amplitud de la primera, lo que hace que la prescripción pueda alegarse en ella; tesis que no contraría ningún principio básico de nuestro procedimiento.

ART. 344. — La declaración de una excepción perentoria, o mejor dicho, al dictarse una sentencia, es preciso basarla en causas legales y una puede ser la existencia de una de ellas, por sí bastante para fundamentar aquélla y para omitir el estudio de las demás propuestas o que surjan del litigio, puesto que no es indispensable hacerlo. La excepción que se encuentra procedente satisface el requisito u obligación de motivar y basar las sentencias.

El funcionario *ad-quem,* en el caso de que halle infundada la excepción declarada, y sin embargo de que el excepcionante no haya interpuesto apelación, tiene la facultad de estudiar y fallar las otras. En verdad se observa en ello que entonces las últimas dichas apenas son estudiadas en una instancia, cosa debida a las modalidades específicas del asunto, pero que carece del alcance de lesionar verdaderos principios de derecho.

SISTEMAS SOBRE EXCEPCIONES

Varios sistemas se conocen en las legislaciones sobre excepciones: unos, que establecen las excepciones que pueden proponerse, sin limitación alguna; otros, que optan por la enumeración taxativa y general de ellas; otros, que, no obstante el establecimiento común de las mismas, invisten a los jueces de facultades de declararlas o no en cada caso concreto; otros, que no permiten, por lo común, su proposición sino en cierta clase limitada de procesos, y otros, por los cuales las excepciones no se declaran de oficio.

Sin entrar en mayores detalles, se comprende que la legislación colombiana participa de uno de esos sistemas, pero sólo parcialmente, sin consagrar, por ejemplo, amplias atribuciones a los jueces para declarar o no la existencia de excepciones, sin hacer enumeraciones taxativas y demás, con lo cual no propicia todos los inconvenientes que de los mismos se derivan, ni acoge en forma absoluta uno cualquiera de ellos, con lo cual adopta una posición ecléctica que no deja de tener sus ventajas. En materia de derecho procesal la realidad histórica y la actual estructura que ofrece en la legislación positiva, la que no puede sustraerse a los fenómenos sociales, indican elocuentemente que aquella posición está revestida de razón de ser.

TÍTULO VIII

ACTUACIÓN

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

ART. 345. — Entre nosotros, la actuación judicial —instrucción del proceso— no se cumple en un todo gratuitamente como sería de desear que se cumpliera, sino que requiere algunas erogaciones más o menos apreciables que no armonizan bien con la completa gratuidad que debiera caracterizarla. Una de ellas es la de que, por regla general, ella debe surtirse en "papel sellado", cuya omisión acarrea como sanción una multa igual al doble, en estampillas, del valor del papel que ha debido emplearse (Ley 80 de 1933, Ley 63 de 1936, Decreto-Ley Nº 98 de 1932), aunque no la nulidad.

Con posterioridad a la sanción del C. Judicial han sido dictadas algunas leyes que permiten la actuación en papel común con miras a facilitar a los asalariados el ejercicio de sus derechos en frente de los patrones. Son, pues, de carácter llamado especialmente social (v. Ley 10 de 1934, Ley 49 de 1939).

Por ellas, cuando se demanda cesantía, pago de salarios, de vacaciones, etc., es apropiado usar papel común. También cabe hacer el mismo uso en los negocios clasificados como de mínima cuantía (Art. 774).

ART. 346. — Es de claridad meridiana que el papel que ha de usarse en la resolución de peticiones y en otras diligencias, por lo común escritas, debe proporcionarlo el peticionario por ser el más interesado en ellas. Mal podría pensarse que dicho suministro sea de cargo de la parte contraria. El que es menester para el seguimiento normal del proceso o de un incidente promovido es de cuenta del respectivo actor, por lo ya visto. Así, por ejemplo, en la tramitación de excepciones al excepcionante corresponde el suministro de papel propio para el impulso del incidente; al demandante, el necesario para impulsar el proceso, para sentencia, edicto, etc., lo cual no veda que haga el suministro inmediato la persona no obligada a verificarlo, pues ello es perfectamente análogo a la verificación de los gastos de su contrario (Art. 571) y compagina con el interés en una rápida actuación y que tiene todo litigante.

ART. 347. — Las entidades de derecho público en sus varias manifestaciones, como son el departamento, el municipio, en la realidad no son otra cosa que derivaciones de la persona Estado, causa para que no carguen con impuestos fiscales en favor de éste, el que es inmediato beneficiado con esas cargas y que, por tanto, mal podría cargar a su vez con ellas. El amparo de pobreza procesalmente, reviste significación y es una justa institución tendiente a que los desposeí-

dos no encuentren obstáculos al ejercicio de sus acciones teniendo que cubrir sumas por concepto de papel.

Sobre las citadas personas no pesa, pues, la carga de orden fiscal que entraña el uso de papel sellado. Su comparecencia en juicio no implica para ellas, o sus representantes, erogación alguna por razón del papel propio para la actuación ya que actúan en papel común, en lo que se observa una diferencia en relación con la comparecencia de otras personas que tampoco entraña menoscabo de la igualdad procesal que se refiere propiamente a algo más sustancial.

ART. 248. — En materia civil los funcionarios dan principio al desarrollo de sus funciones luego que los individuos proponen sus acciones, puesto que la norma imperante sobre el particular es la de la actividad interesada o solicitada y no la de la oficiosa o de *motu proprio,* que ciertamente es la que predomina tratándose de cuestiones penales (v. C. de P. P. y C. J.).

Una vez propuesta una demanda surge para los interesados el derecho a que se despliegue una actividad jurisdiccional sobre las diligencias iniciadas hasta darles fin con la decisión que corresponda, la que tiene que llenar diligentemente el funcionario del conocimiento, so pena de incurrir en responsabilidad. Él da satisfacción a sus obligaciones disponiendo las tramitaciones pertinentes, cuidando el lleno progresivo y oportuno de las diversas etapas de los procesos, deberes sin los cuales queda sin aplicación el principio de la celeridad procesal que sustenta la disposición precedente. Lo de ocurrencia es que los autos permanezcan la mayor parte del tiempo en las Oficinas donde se llevan, luego es fácil a los funcionarios llenar sus obligaciones al respecto, sin embargo de lo cual, cabe decirlo, omiten en la práctica hacerlo (v. Arts. 351-356). Sólo en los casos de suspensión por voluntad de las partes u otra causa legal (Art. 370), es lícito a los funcionarios la omisión de darles impulso a los procesos en orden a su decisión y de ninguna manera en otros diversos.

ART. 349. — La firma de los empleados en las actuaciones judiciales es lo que las reviste de autenticidad, por lo que son indispensables en las mismas. Su omisión hace considerar inexistentes los actos en que no aparezca. Ella es, si se quiere, el testimonio de que fueron cumplidos. Ha de ser completa, esto es, usando el nombre y el apellido respectivos que identifiquen la persona que obra. Los demás sujetos actuantes también deben firmar en esa forma y cuando se niegan, el funcionario debe prevenirlos y aun hacer uso de los apremios legales (Arts. 188-469).

La media firma únicamente puede usarse en los autos de sustanciación y en las notificaciones. No obstante lo cual en la notificación de un mandamiento ejecutivo, que se distingue sustancial y formalmente de las demás notificaciones, es correcto exigir las firmas completas para que quede cumplida de mejor manera.

ART. 350. — Los términos judiciales son perentorios, motivo bastante para que se destaque la importancia de que el Secretario de

la réspectiva Oficina coloque, al escrito presentado, la nota de presentación con la fecha en la que lo sea, ya que ella, como documento público, constituye la clave para saber con certeza si el interesado se presentó en oportunidad y si, por tanto, introdujo un recurso en tiempo debido, solicitó una diligencia con las mismas condiciones, etc.

Para llevar una actuación más ordenada y conveniente, el Secretario debe esperar, cuando se trata de un memorial de apelación o reposición, que transcurra el término del caso y que tengan otras partes también para interponer el recurso, puesto que de esa manera es más uniforme la actuación y se simplifica bastante evitando duplicidades inútiles y que sobre un mismo asunto recaigan varias providencias.

Por último, sin la nota referida, cuando no hay otros medios de demostrarlo, no cabe estimar presentado el escrito que lo sea fuera de término, inoportunamente, porque entonces fácilmente serían lesionados los derechos con mengua de la justicia, cosa que se adecúa a los principios del derecho procesal. La omisión que de sus deberes haga el Secretario no puede aparejar consecuencias desfavorables y directas a las partes. Ante la ausencia de medios para determinar si un escrito dado fué presentado en oportunidad es justo considerar que sí lo fué, porque ello no viola ninguna norma y es fundado presumir que el interesado obró en tiempo debido.

ART. 351. — Acorde con el artículo 348, la disposición anterior, en el afán de que los litigios sean adelantados con la mayor rapidez posible, dispone que dado que falte papel apropiado para la actuación lo supla el Secretario con papel común, y se aplique al renuente en suministrarlo la sanción de no oírlo hasta tanto consigne en estampillas de Timbre Nacional el duplo del precio del papel que ha debido emplearse.

En la práctica, tal sanción se actualiza cuando el sancionado trata de llevar a efecto alguna actuación, pero bien procede dictar la providencia del caso desde que se actúa en papel común. Es razonable sostener que la sanción abarca no solamente lo relativo al impulso procesal sino también a los recursos. Ella tampoco es medio de dilaciones de parte interesada y la revalidación, acto real constitutivo, que la desvirtúa ha de hacerse dentro del término preciso y no en cualquier época; asunto estudiado por todos sus aspectos en la jurisprudencia de la H. Corte (v. Gta. J., § 1932, págs. 16, 17 y 18).

ARTS. 352, 356 y 357. — Consecuente con lo que queda expuesto, la legislación obliga a los Secretarios a notificar los autos y sentencias dentro de los términos señalados (352), a informar el vencimiento de los términos (356) y a anotar en el expediente la causa de las demoras que ocurran, bajo multa hasta de diez pesos, la que se impone en favor del Tesoro Nacional. Esos asuntos están lejos de ofrecer dificultades, por lo que vale omitir estudiarlos con detenimiento.

ART. 353. — Para que los recursos de apelación establecidos en la ley no sean causas de meras dilaciones y en su nombre no se con-

traríe su naturaleza, se exige al apelante que dentro de los quince días siguientes a la llegada del negocio, si se trata de un auto, o dentro de los treinta, si de una sentencia, a un Juzgado o a un Tribunal, suministre dos hojas de papel competente bajo la sanción de declarar ejecutoriada la providencia apelada. Cuando se trate de negocios llegados a la Corte Suprema, en apelación o casación, ocurre lo mismo, pero con la diferencia de que los términos son dobles a los mencionados. No sobra observar que los días en mención han de ser hábiles (Art. 62 C. de R. P. y Mpal.).

Tal vez no sea errado aseverar que la exigencia anterior no es de aplicación en asuntos cuya tramitación se haga en papel común y tampoco la correspondiente sanción, porque en ellos no entra en juego un concepto de orden fiscal que inviste a aquéllos de apoyo y porque adolece de exageración la declaración de ejecutoria de lo apelado por no suministro de papel simple. Por fortuna la práctica de Juzgados y Tribunales acoge la tesis aludida.

Art. 354. — En orden a evitar sorpresas y arbitrariedades se ordena dejar constancia en el acto de toda diligencia de la hora en que se da principio a ella, lo que siempre es trascendente, en relación con su eficacia. Si ha sido dispuesta para las horas del mediodía y sin asentimiento de los interesados es practicada en las de la mañana, v. gr., mal puede reconocérsele valor. De donde se infiere que los funcionarios han de proceder discretamente sobre el particular. Cuando las partes asienten a que se inicia la diligencia un poco antes o después de la hora señalada, no hay inconveniente alguno porque en su interés especialmente es exigida la puntualidad con relación a la hora señalada y en esa forma no se les hace víctima de un asalto, que es lo que la legislación quiere evitar.

Art. 355. — Permite la disposición que los interesados exijan a los Secretarios recibo de los documentos que presenten, pero siempre que lleven escrito su texto, sin que los últimos puedan negarlos. A no dudarlo, ése es un medio de seguridad del que no debe despojarse a los interesados y que entraña notables consecuencias, en especial en caso de extravío del expediente, de que contra quien los entrega se adelante una acción exhibitoria, etc. Es eso un derecho que asiste al respectivo interesado y cuyo reconocimiento y efectividad no requieren intervención especial de los Jueces y Magistrados, mediante providencia. El recibo firmado por el Secretario forma por sí mismo plena prueba de la entrega por emanar de funcionario público en ejercicio de sus funciones y como tal produce sus consecuencias propias.

Art. 358. — El medio indicado para los individuos actuar judicialmente es la forma escrita por ser la que ofrece mayores garantías de autenticidad de los actos que ejecutan, la que tampoco excluye en algunos casos la actuación verbal como cuando al notificarse personalmente un auto o una sentencia el notificado oralmente dice que apela, cuando en el acto de notificación de una causal de nulidad el interesado manifiesta que la allana, etc.

No es correcto exagerar la aplicación de la norma general para que no se dé margen a extremos inaceptables y contrarios a los altos fines del derecho. En algunas diligencias sucede que surgen asuntos no previstos por los litigantes y que las circunstancias que los rodean no dan oportunidad a actuación escrita particular como en inspecciones oculares y, precisamente, es manifiesto en ellas que en justicia es infundado desconocer la forma verbal de que hagan uso (Arts. 724 y ss.).

En asuntos diferentes a los anteriores, no es factible admitir la forma verbal y de consiguiente, debe desecharse, estimarse incumplida una actuación y el respectivo funcionario no avocar el conocimiento de lo que sea propuesto verbalmente. En la petición bilateral de separación de un secuestre, en la suspensión voluntaria de la actuación en un juicio, etc., v. gr., son casos en que es indispensable la presentación personal del escrito que de ellas trate.

ART. 359. — A pesar de todo, el procedimiento judicial en manera alguna es rigorista en exceso y por lo mismo está orientado a facilitar a los litigantes la manera de que cuando están ausentes del lugar donde es seguido el proceso representen en el mismo sin embargo de que no lo hagan directa y personalmente ante el funcionario del conocimiento. Ellos pueden presentar sus escritos personalmente a una autoridad del orden político para su autenticación para luego dirigirlo al funcionario conociente del negocio a que hagan referencia. Sobre el particular ha solido debatirse este caso: el escrito llega al funcionario del conocimiento después de vencido un término, pero ha sido presentado para la autenticación antes del vencimiento. Desde el momento en que un sujeto cualquiera se presenta en juicio, sea en calidad de actor o de opositor, adquiere una situación que lo capacita para el conocimiento oportuno de las providencias que en el mismo recaigan y en virtud de ella no cabe calificar de oportuna una presentación tardía aunque se haya logrado la autenticación dentro del término dispuesto en la ley o por el Juez, si es el caso, ya que es equivocado confundir dos fenómenos en sí distintos, el de autenticación y el de presentación en juicio que es el que importa sobre todo.

Respalda lo dicho la consideración de que la tesis contraria es dada a que el transcurso de los términos pueda depender de la voluntad caprichosa de una sola parte, con lo cual se rompe la igualdad procesal dando margen a que los términos sean más largos para un litigante que para otro, consecuencia inaceptable. En verdad que en cuestiones procesales se procede con relativa amplitud, pero ella no debe ser causa para la desigualdad anotada y para desnaturalizar los términos de su carácter de perentorios y convertirlos en cosa incierta. En casos restrictos a los términos de la ley se agregan los de la distancia y no es ajustado a ella aumentar con el de la distancia un término sin preverlo así la legislación porque entonces el fallador sobrepasaría sus atribuciones.

Únicamente en la restitución de términos (Art. 372) se contemplan motivos de equidad que permiten su aprovechamiento (de los términos) posterior y en la suspensión se determinan concretamente (Art. 370) y reconocer que la autenticación oportuna sanea, por decirlo así, la inoportunidad de la presentación de un escrito es la creación por el juzgador de causales extralegales de suspensión o restitución para lo que carece de facultades y desconocer la naturaleza preclusiva del procedimiento.

Por último, aplicando la doctrina de otros textos legales (Arts. 530, inc. 2º y concordantes) se llega a la conclusión de que es fundado lo expuesto, porque ellos no comprenden términos de distancia para las actuaciones.

ART. 360. — En otros lugares queda visto que los sujetos a quienes interesa primordial y directamente el adelantamiento de los negocios es a las partes actuantes, causa bastante para reconocerles la facultad de solicitar la suspensión transitoria de ellos. Así como pueden desistir de acuerdo con sus intereses, es lógico que dispongan de aquella facultad. Múltiples causas, entre ellas la posibilidad de una transacción, ocasionan la conveniencia de la suspensión cuyo acaecimiento ha de propiciarse.

El solicitarla equivale a un acto de verdadera disposición, pues implica naturalmente una dilación en la resolución del negocio en que es hecha, la posibilidad de que ella llegue a influir en la decisión del mismo, por ejemplo con la desaparición de una excepción perentoria temporal, etc., lo que deja concluir que los incapaces y los curadores *ad-litem,* lo mismo que en relación con el desistimiento, necesitan para provocarla autorización judicial. También necesitan autorización especial para ellas los agentes del Ministerio Público y los demás apoderados.

En forma expresa no contiene la ley la tesis anterior, pero surge de su doctrina, de la aplicación analógica que ella establece (Art. 465, conc.), que no es otra cosa que la consagración del método interpretativo denominado de las "construcciones jurídicas".

El interviniente adhesivo (Art. 233) carece de facultad para provocar la suspensión ya que la intervención suya es secundaria, por decirlo así, sujeta a la actividad de las partes principales. De idéntica manera, tampoco tiene derecho para oponerse contrariando la voluntad de quien coadyuva supeditándola.

El denunciado en un pleito, si se quiere ocupa la posición del denunciante, pero por tal acaecimiento no queda descartado el último del litigio y desprovisto de ciertos intereses independientes que hacen que la suspensión —que es bilateral— no sea procedente sin su asentimiento. De forma que en caso de oposición suya mal puede decretársela por cuanto que su interés no está en un todo a merced de las partes distintas.

El efecto inmediato de la suspensión es el de hacer cesar transitoriamente la competencia del funcionario actuante, el impulso del

procedimiento. Por lo demás, tiene la consecuencia de que mientras se opera deja de ser posible la realización de la caducidad, porque por ella también se suspende el deber de las partes de actuar en el negocio y se descarta el acaecimiento del abandono que presupone la institución de la caducidad.

Capítulo II

COPIAS Y DESGLOSES

Arts. 361 y 362. — Otro de los derechos que asiste a los litigantes es el de solicitar copias totales o parciales de los elementos de los procesos unánimes o unilateralmente. En este caso la copia la ordena expedir el Juez con citación de la parte contraria, con el fin de que ella esté en condiciones de proteger sus intereses en contra de los cuales puede resultar la copia y pedir de cuenta suya la agregación a aquélla de otras piezas del juicio que sean útiles y condicionantes de los efectos posibles de la copia solicitada. Los terceros tienen la facultad de demandar la expedición de copias, a lo que se accede con audiencia de las partes en el litigio, para que puedan hacerse a solicitud particular las agregaciones mencionadas.

La procedencia de las adiciones pedidas es calificada por el Juez, quien está en el deber de desecharlas cuando son de notoria inconducencia. Ningún plazo especial disfruta el peticionario de la adición para cubrir su valor, ya que la ley dice que ha de hacerlo inmediatamente. Parece que lo más racional es considerar que ello se refiere al momento en que se debe proceder a su expedición y no a otro.

En cualquier tiempo no es solicitable la adición en referencia sino dentro del término preciso especificado en el artículo, como es obvio, puesto que el ejercicio de derechos procesales está subordinado a oportunidades concretas fuera de las cuales deja de ser viable.

La copia de los autos cuando los procesos están terminados y de las sentencias ejecutoriadas pueden ser expedidas de plano, lo que vale decir sin citación contraria, pues son documentos públicos firmes que deben ser conseguidos por las partes sin las dilaciones propias del llamamiento de parte contraria. En muchos casos les son necesarios y por eso se les reconoce el aludido derecho. Por lo común, la autenticación de las copias es de cargo de los Secretarios y su mérito probatorio lo determinan las leyes (v. C. C. y C. J.).

Art. 363. — Es desglose el acto de sacar oficialmente uno o más documentos de un proceso cualquiera, a petición de quien los ha presentado o de quien tenga derecho sobre ellos. El desglose relativo a documentos no contentivos de obligaciones se ordena de plano, tan pronto como es hecha la respectiva petición. En cambio, cuando son contentivos de obligaciones cumplidas en su totalidad es decretado para hacer su entrega a quienes sea del caso; si el acreedor está en la obligación de entregarlos a los deudores y ellos lo piden, en su

beneficio se decreta. En el supuesto de que la obligación no haya sido cumplida, total o parcialmente, el desglose corresponde hacerlo en favor del acreedor o de su representante.

El desglose en los casos de obligaciones se hace con audiencia de parte contraria, con notificación personal de auto que lo disponga si el pleito está finalizado, de donde se desprende que la notificación del respectivo auto en los procesos en curso puede ser hecha correctamente por medio de estados.

Los desgloses —cuya copia ha de aparecer en los autos— requieren que el documento desglosado lleve copia del auto que permite hacerlo y constancia de si la obligación ha sido satisfecha en todo o en parte y por quién, en su cuerpo y no aparte de él.

La única restricción legal a los desgloses se presenta cuando los documentos han sido tachados de falsos o adulterados, pues entonces no deben ser desglosados hasta tanto sea calificada su autenticidad.

Capítulo III

CADUCIDAD

Art. 364. — Una de las cosas más importantes en la administración de justicia es la rápida decisión de los litigios, en la que si se quiere está comprometido el interés social o público. Entre nosotros tiene manifestación ese interés en lo preceptuado en el artículo 348, que ordena, una vez iniciados los procesos, que los Jueces los adelanten por sí mismos. Mas como en la práctica puede suceder que los interesados no den cumplimiento satisfactorio a sus deberes propios de la actuación procesal y que surjan situaciones indefinidas que reclaman una actuación dirigida a solucionarlas, contrarias a la economía procesal, fué establecida la institución de la denominada caducidad, además, para no someter a los opositores a la voluntad caprichosa de los actores. La caducidad no se cumple oficiosamente, sino que requiere petición de parte, ya que a la última interesa principalmente en finalizar, en forma efectiva, la situación de incertidumbre creada y, por otra parte, aprovechar las ventajas derivadas de aquélla. Para decretarla exígese previamente informe del Secretario del Juzgado del conocimiento y que por su origen tiene la fuerza de documento público (Art. 632).

El transcurso de un año sin que el demandante haya hecho gestión alguna por escrito a partir de la notificación del último auto o desde la última diligencia, es lo exigido para que se cumpla el abandono, base de la caducidad en el que se aprecia también una renuncia de la instancia. Es un término perentorio que comprende todos los días aun cuando no sean de despacho (Arts. 366 y ss. C. de R. Político y Mpal.).

Ha acostumbrado alegarse la caducidad en los procedimientos ejecutivos luego de que transcurre un año desde el último auto sin

gestión escrita del ejecutante y sin embargo de que continúe percibiendo el producto de un sueldo embargado, alegación desprovista de solidez porque no puede procederse en esos asuntos con un criterio puramente exegético sino buscando la ausencia de verdadera actividad del actor que es lo que da apoyo a la caducidad. El que continúa percibiendo los productos de un embargo actúa, como es obvio, y en buena lógica ocasiona la verificación de diligencias de suyo impiden el abandono.

Una vez en firme el auto sobre caducidad —que tiene carácter interlocutorio— procede ordenar el levantamiento de los embargos y secuestros ordenados y practicados, la cancelación de las inscripciones y el archivo del respectivo expediente, por la razón bien clara de que el alcance propio de aquélla es la de finalizar la instancia en la que ocurra.

Bien sea mirada la acción como algo sustantivo en sí e independiente, según lo hacen algunos tratadistas o como manifestación del derecho particular, según otros, ella no desaparece con la primera caducidad sino con la segunda, aun cuando la primera impide iniciar de nuevo la acción en el término de dos años. En realidad la caducidad es una sanción gravosa para el actor descuidado y en ella vale apreciar una renuncia tácita de sus derechos, hasta el extremo de considerar la instancia sin efectos que le sean favorables. Ella no basta para considerar interrumpida la prescripción (Arts. 2539 y 2524 C. C.).

No procede la caducidad en aquellos negocios en que actúen como partes el Estado, el Departamento, el Municipio y establecimientos públicos de educación o beneficencia, en atención a la naturaleza de tales entidades y a que procesalmente no están colocadas en un mismo plano de igualdad que los particulares, basta pensar que no se les puede condenar en costas (Art. 576).

En los procesos ejecutivos y de concurso de acreedores el fenómeno cambia un tanto de aspecto en atención a su naturaleza, pues en ellos se contemplan casos de obligaciones, de derechos ya definidos y no por definir, como generalmente sucede en los demás procedimientos. El efecto que tiene en ellos es el de ocasionar el levantamiento del embargo y secuestro hechos.

Ahora, esas medidas precautelativas no pueden ser tomadas en la instancia y de nuevo sobre los mismos bienes que antes. Si no fuese así resultaría que sus efectos son nulos prácticamente y desprovistos de utilidad, que la actividad judicial es baldía, que la sanción al litigante abandonado es ninguna, lo que no consulta los principios de justicia. Toda actividad judicial ha de tener objeto estable porque en ella va comprendida la jurisdicción que corresponde a la República y no es aceptable que pueda hacerse ineficaz un levantamiento del que se habla por un simple denuncio posterior. Cosa distinta ocurre si el favorecido por la medida en mención renuncia sus beneficios.

Finalmente, conviene anotar aquí que cuando las partes han llenado la actividad que les corresponde en la instancia es erróneo sostener la caducidad. Aun cuando en armonía con las disposiciones legales (Art. 375) no debía presentarse el caso, realmente sí se presenta el de que se demoran los negocios al despacho de los funcionarios más de un año. Equitativamente, en manera alguna cabe pretender que en ellos se presenta también la caducidad porque se contraría toda norma de justicia, porque se sancionarían omisiones de que no son responsables los litigantes. ¿Qué abandono puede imputarse al que ha llevado un negocio hasta el estado de ser fallado? Sería hacer depender la instancia del capricho del Juez, lo que es absurdo. En los procesos sucesorios, divisorios y de jurisdicción voluntaria, tampoco hay margen para la caducidad.

Por otra parte, cabe observar que la suspensión del curso de los negocios por voluntad de las partes (Art. 360) o de la ley (Arts. 370, 145, 146 y 147) excluye la caducidad, para mejor decir, el término de suspensión no se toma en cuenta en el exigido para la realización de la caducidad dicha. Además, téngase presente que la caducidad es sustancialmente distinta a la prescripción, aunque presenten algunas analogías, pues la prescripción es extintiva y adquisitiva y la caducidad sólo extintiva; la prescripción se refiere al derecho mismo y la caducidad a la instancia; la prescripción existe antes de la iniciación de los juicios y la caducidad únicamente se presenta en ellos, etc.

Lo visto deja comprender que la caducidad, cuyos orígenes se remontan al derecho antiguo, conocida también con el nombre de *perención,* es una institución bastante ligada al desistimiento, y varios sistemas distintos al nuestro son acogidos por las legislaciones sobre ella, por ejemplo, en algunas se opera de pleno derecho y su declaración es oficiosa.

En relación con lo tratado, entre otras cosas, dice la Corte: "Cuando el juicio no prosigue, sin estar de por medio fenómenos de suspensión, tal hecho depende de la intención o inactividad de las partes, especialmente del demandante, y entonces, cuando ese estado se ha prolongado por más de seis meses, es preciso para la prosecución del juicio la notificación del primer auto en la forma prevenida por el artículo 322 del C. J. La razón de esto es clara, porque no puede una de las partes en el proceso estar pendiente de la voluntad de la otra en no adelantarlo y no puede exigírsele que sepa o adivine cuándo habrá de proseguirlo. Además, la paralización del proceso en el caso del artículo 322 es la base para la caducidad del juicio de que trata el artículo 364 de la misma obra, puesto que los meses corridos a que se refiere el artículo 322 se computan para la sanción de caducidad, de que trata el artículo 364. De ahí que la notificación personal, cuando el caso del artículo 322 se presenta, tenga también por objeto que la parte demandada quede

enterada de que la caducidad no se producirá por la suspensión a que se refiere el artículo 322. Suspensión y caducidad, ante los textos de los artículos 322 y 364, se refieren o conexionan con el concepto de abandono del proceso, lo que no pasa, ni puede pasar, con la suspensión legal de que tratan los artículos 369 y 370 de la obra citada'' (Gta. J., Nros. 1953 y 1954, pág. 44).

ART. 365. — Si en la segunda instancia el actor en ella, que puede ser el demandado originariamente (Art. 226) abandona el negocio por más de un año, a petición de parte contraria, corresponde declarar ejecutoriada la providencia apelada. Es notorio que el abandono no tiene, ni puede tener, las consecuencias de la primera instancia por cuanto que es menester observar que en la segunda se encuentra ya una providencia de fondo, merecedora de acatamiento, para no pretermitir o menospreciar la primera.

TÍTULO IX

TÉRMINOS

ART. 366. — El lapso de tiempo propio para el desarrollo de ciertas actividades oficiales o particulares en juicio, se denomina término judicial y empieza a contarse desde el día siguiente a la notificación del auto que los concede o al siguiente de la práctica de una diligencia que les sirva de base, v. gr. un secuestro preventivo. Lo esencial, según el artículo, es que se cumpla la notificación de la providencia con relación a la cual sean concedidos y que pase un día hábil, para que empiecen a correr. De forma que el día hábil que debe pasar es en cuanto a la notificación misma y no después de que el Secretario ponga los autos a disposición de las partes en gracia de la providencia dictada, porque la actuación del nombrado es apenas una simple formalidad que en manera alguna genera la necesidad de que transcurra el día en que ella se verifica, para que regularmente empiece a correr un término. Además, si el expediente respectivo puede ser utilizado por las partes desde el momento en que sea puesta la aludida nota —porque ella no les sustrae su conocimiento— se comprende la razón de lo dicho (G. J., Nº 1929, pág. 732). De forma que es evidente también que la iniciación de un término no está subordinada tampoco a la ejecutoria del auto que lo conceda, como lo ha dicho con todo fundamento la H. Corte (v. G. J., Nº 1945, pág. 769).

Los términos —que deben ser breves para una correcta y eficaz actuación— los divide el artículo en legales y judiciales, siendo los primeros los señalados directamente por la ley y los segundos por el Juez. Con todo, atendiendo a la realidad, los términos son también: *a*) convencionales, cuando son acordados por las partes, v. gr. para la suspensión del proceso (Art. 360), para alegar (Art. 1929);

b) individuales, cuando corresponden a una sola parte, v. gr. el para responder una demanda, para proponer excepciones; *c*) comunes, cuando son en interés de todas las partes, v. gr. los de traslado de un dictamen pericial, de una partición; *d*) perentorios o improrrogables, cuando el Juez carece de la facultad de aumentarlos, v. gr. los de traslados de las demandas; *e*) prorrogables, cuando los señala el Juez independientemente de un señalamiento en la ley (Art. 367), v. gr. los que para que un sujeto demandado y ausente de la residencia del Juez (Art. 315) comparezca al juicio; *f*) ordinarios cuando son los generales determinados para los negocios, v. gr. los para pedir pruebas; *g*) extraordinarios, cuando se otorgan en casos especiales, v. gr. los para practicar pruebas en el extranjero (Art. 747), renunciables, etc.

En la computación de los términos de días no se incluyen los inhábiles, o sea los de fiestas religiosas de guardar, los patrios o cívicos, los de vacancia judicial y los días en que no haya despacho en la Oficina en donde se adelante el negocio correspondiente. Empero, el artículo 1037 consagra una excepción al principio enunciado.

ARTS. 367 y 368. — Los Jueces gozan de la facultad de señalar términos en defecto de una determinación de la Ley (Arts. 809, 805 y 1029) pero circunscrita a que sean de días o de horas y en ningún caso de meses o de años. En el desarrollo y aplicación de esa facultad la norma que deben acoger es la de apreciar la conveniencia y los intereses de las partes en relación con una correcta actuación procesal que descarte dilaciones inconducentes a la rápida administración de justicia. El término concedido ha de armonizar con su objeto próximo, esto es, con la finalidad que se busque al concederlo. La Prórroga de ellos cabe decretarla habida cuenta de lo dicho, siempre que sea solicitada antes de su vencimiento, y concurra un motivo justificativo de su concesión. Preceptúa el artículo 368 que la hora judicial empieza cuando el reloj arreglado al meridiano, mejor dicho, que funciona correctamente, la enuncia, a diferencia de lo que disponía la Ley 77 de 1926 en su artículo 9º, o sea, que las campanadas del reloj no marcan el principio sino el fin de cada hora. De suerte —por ejemplo— que en la actualidad al marcar el reloj las ocho empieza esa hora y termina la de las siete, y así en las demás (Art. 60 C. de Régimen P. y Mpal.). Además, en materia de horas es preciso tener en cuenta las de despacho en las Oficinas Judiciales.

ART. 369. — La suspensión —detención de la actividad oficial y particular en la tramitación de los procesos— es general y absoluta en los días de vacancia determinados en el artículo 181 y en los días en los cuales, por una y otra causa no sean abiertas las Oficinas judiciales: por diligencias, faltas de los empleados, etc. Cuando acaece es claro que los términos no corren, porque a nadie puede obligarse a actuar ante entidades que no estén en el ejercicio regular de sus funciones, ya que sería absurdo hacerlo. La actuación que

durante la suspensión se lleve a cabo es ineficaz o nula, de ningunos efectos jurídicos. Excepción a lo dicho es lo dispuesto en el artículo 1037 del C. Judicial, porque el término de los anuncios al público y de que él trata no se suspende en los días de vacaciones. A no dudarlo, durante el transcurso de los últimos días mencionados, falta jurisdicción y competencia a los Jueces para actuar eficientemente en los litigios y de allí el fundamento de lo dicho poco antes. La suspensión de que se habla ha sido criticada, especialmente por la duración de las vacaciones, y calificada como contraria a los intereses generales, sin embargo de ser tradicional en Colombia y se ha propugnado por hacerla desaparecer de la organización judicial de la República.

ART. 370. — La suspensión relativa o especial se da, por oposición a la general, en atención a determinado negocio únicamente: cuando las partes soliciten que el negocio sea suspendido y se accede a su súplica (Art. 369), o que lo disponga así la ley.

La muerte del litigante suspende los negocios hasta tanto se haga saber a su representante que puede continuar la actuación. Sobre el particular vale anotar que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 264, cuyo efecto no es fundado negarlo. De allí que si está notificada la demanda no ocurre suspensión, porque si no fuese así ningún mérito tendría el artículo citado.

La suspensión relativa se da por enfermedad calificada de grave de alguno de los litigantes o su apoderado y por muerte o enfermedad grave de la cónyuge o de los parientes dentro el segundo grado de afinidad (Art. 35, 47 C. C.). Por la expiración del poder o la representación legal, hasta que se haga saber a quién puede continuar en ella.

Fuera de los casos anteriores, también ocurre la suspensión, sin embargo de que el artículo no lo menciona, cuando se suspende la jurisdicción (Art. 147), en la denuncia de pleito (Art. 238) y entre tanto se decide sobre acumulación de autos (Art. 409). Además, por el recurso de reposición o cuando corriendo un término se pasa el respectivo negocio al despacho del Juez, pues "se presenta esta alternativa: o el auto es revocado y el término no tuvo lugar a correr, o el auto se mantiene y entonces sigue corriendo el término desde el día siguiente a la notificación del nuevo auto. En este último caso, la forzada suspensión del término no se debe a la reposición solicitada, sino al hecho de sustraerse el expediente a la disposición de la parte". "Debe... Descontarse naturalmente, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse al despacho del Juzgador se sustrae el expediente a la disposición de las partes", según la jurisprudencia de la Corte (G. J., Nos. 1907 y 1908, pág. 366; 1953 y 1954, pág. 44). Hay suspensión también en el caso del artículo 11 del C. de Procedimiento Penal.

La suspensión, en gracia de una mejor definición de la situación procesal, ha de ser constatada por medio de un auto dictado con

conocimiento de causa, en especial en relación con los numerales 2º, 3º y 4º del artículo acotado, en los que el Secretario debe presentar informe, con las certificaciones y documentos del caso. Igualmente, para el levantamiento de la suspensión el Juez debe tener conocimiento de causa y proceder prudentemente en guarda de los intereses de las partes.

ARTS. — 371 y 373. — El cierre de las Oficinas judiciales en días distintos a los de vacancia, según se dijo antes, ocasiona la suspensión de los términos en los litigios y por ello los Secretarios han de ponerlo en conocimiento del público en un cartel fijable en la puerta de entrada del Juzgado y anotarlo en un registro o libro que ha de llevarse para cumplir ese deber. Las anotaciones hechas tienen el mérito de ser suficientes a las partes para establecer sus aseveraciones, puesto que por emanar de un funcionario público en ejercicio de sus funciones son documentos públicos.

A través de las disposiciones del Código siempre se habla de término de la distancia, de donde surge la utilidad de señalarlo de una manera general. En tres miriámetros —seis leguas— por día lo determina el artículo, sin dar campo a diferencias por concepto de medios de transporte, etc., así no puede alegarse dificultad o facilidad en las vías de comunicación, con fundamento, ya que la disposición tiene carácter absoluto.

ART. 372. — Previa tramitación de un incidente, por equidad, se concede la restitución de un término, o sea, se da derecho a que se haga uso de él sin embargo de haber transcurrido antes, a quien no lo hizo en oportunidad, por caso fortuito o fuerza mayor, que debe acreditar. La restitución se refiere a cada instancia y procede en cada una de ellas si el asunto tramitado no ha sido resuelto aún.

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 es de este tenor: Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como el naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (*sic*) de autoridad ejercidos por funcionario público, etc. Como es fácil verlo, la disposición que regula la materia identifica el caso fortuito y la fuerza mayor. Mas sin avanzar en las tesis de los distintos autores para diferenciarlos y negar su identificación, para cumplir el objeto de estos comentarios, anotamos que la definición hecha por el artículo trascrito muestra en primer lugar que es indispensable que lo que constituye la fuerza mayor sea imprevisto y sobre ello tenemos que la previsión debe ser de lo previsible, que no es otra cosa que aquello que sea de ocurrencia ordinaria y normal, que la generalidad de las personas consideran de realización necesaria o fatal, ya que no consultaría ninguna norma de justicia no comprender dentro del concepto de lo imprevisto lo que en sí es extraordinario y negar en la práctica aplicación al principio antiguo de derecho que exonera de obligación por caso fortuito o fuerza mayor (Art. 1604 y conc. C. C.).

La imposibilidad de resistir el acaecimiento de que se trate es

otra de las condiciones exigidas por el artículo, porque ella no hace otra cosa que refirmar el principio de aceptación universal que dice que a lo imposible ninguno es obligado. Cabe estimar que dentro de dicha imposibilidad encaja la llamada inevitabilidad inmediata por parte de la persona, del suceso que le veda actuar en determinado asunto y también de sus consecuencias. A no dudarlo, lo inevitable debe ser en relación con los recursos comunes y ordinarios, pues racionalmente, en mérito de la equidad, es infundado sostener lo contrario.

La causa del suceso ya mencionado no debe radicar en la voluntad de los sujetos sino que debe ser independiente de ella, conforme la doctrina contenida en la legislación, ya que, precisamente, aquél no genera obligaciones de ningún género por esa independencia y en verdad si pudiera radicar la causa de la fuerza mayor en la voluntad de un interesado se tendría la negación de una de las fuentes principales de las obligaciones civiles (Art. 1494 C. C.) de los sujetos de derecho (v. Arts. 1616, 1883, 1984, 1985, 2073, 2077, 2179, 2254, 2266, 2341 y ss. C. C.). Con relación a lo tratado es del caso anotar que en cuestiones procesales es innecesario estudiar si las enfermedades y la muerte constituyen fuerza mayor o caso fortuito porque siendo que ellas ocasionan la suspensión de los términos (Arts. 370, núms. 2º y 3º) deja de ser indispensable analizar la cuestión en relación con la restitución de ellos (Jurisdic. Corte, G. J. Nº 1945, pág. 703).

El peso de la carga probatoria del caso fortuito pesa sobre quien lo alega, conforme los principios generales y la jurisprudencia de la Corte, puesto que "... es racional que el deudor que alegue uno de éstos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen culpa..." (G. J. Nos. 1989 y 1990, pág. 370).

Como ejemplo de fuerza mayor cabe citar el caso de una huelga de transportes, puesto que si de hecho se presenta no es posible jurídicamente cargar sus consecuencias a quien por ella no pudo presentarse en un lugar determinado. Bien se sabe que tal especie de huelga está prohibida, por comprender el servicio público, y sería contrario a derecho obligar a un sujeto a prever y resistir hechos cumplidos contra los preceptos legales y con independencia de su voluntad (G. J. Nº 1993 a 1995, pág. 163).

Ha dicho la jurisprudencia, y entre ella la del Tribunal Superior de Medellín (Cr. J. Nº 273), que la prisión no constituye caso fortuito o imprevisto capaz de justificar la restitución de términos, porque no concurre el elemento irresistible que requiere la ley y por tener antecedentes que permiten preverla, fuera de que no imposibilita la representación en juicio por medio de apoderado. Sin embargo, ello no puede aceptarse como regla absoluta, puesto que en buena lógica se presentan casos de detención, arresto y prisión

(C. P., C. P. P.), que no son previsibles, especialmente en cuanto a la primera, que no permiten a los individuos presentarse personalmente y en fecha precisa, en determinado lugar, en que se les priva de comunicación, etc., casos en los que cabe reconocer la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la conducta del individuo particular muestre que por su obrar exclusivo no se descarta la existencia de los elementos integrantes del fenómeno jurídico referido.

De suerte, pues, que en la aplicación de la equidad, no debe tomarse esa jurisprudencia con criterio demasiado estricto sino estudiar cada ocurrencia cuidadosamente a fin de no desconocer arbitrariamente los derechos. Por ejemplo: un sujeto es detenido preventivamente y privado de comunicación sin que haya culpa de su parte, por lo que no puede ejecutar un acto dado en juicio. En ese evento quedan reunidos los elementos de la fuerza mayor, por lo que no debe responsabilizársele por ella negando la restitución de términos y demás.

Arts. 374, 375 y 376. — Los términos judiciales son perentorios no sólo para las partes sino también para los empleados que intervienen en los negocios judiciales, cosa necesaria para la celeridad de la actuación y conveniente a los fines de la justicia, pues actuaciones tardías siempre contrarían aquéllos y los intereses de las partes. Empiezan a correr para los Jueces y Magistrados desde el momento en que el Secretario en cumplimiento de sus obligaciones (Arts. 350 y 356), les pasa los negocios al Despacho. Los términos señalados a los mencionados empleados de manera general para dictar sus providencias, son éstos: Tres días para las de sustanciación; nueve días para los autos interlocutorios, y treinta días para las sentencias. Si otras normas de la ley señalan términos especiales (Arts. 395, 1209, etc.), a ellas tienen que subordinar sus actividades los Jueces, por ser especiales y excluyentes de la aplicación de las generales.

Por dar margen a que en las alegaciones se disponga de tiempo suficiente, cuando los expedientes contengan más de cien hojas el término del traslado que ha de surtirse, se aumenta en un día más por cada cincuenta hojas de exceso o fracción. El aumento o ampliación han de reconocerse, con vista de los autos, en la providencia ordenadora del traslado para alegar, ya que así hay una verdadera certeza sobre el particular que descarta todo equívoco de suyo inconveniente.

Análogamente, si el expediente contiene más de quinientas hojas se aumenta el término para fallar un día por cada cincuenta de exceso o fracción. En el caso de que el asunto de que se trate deba ser pronunciado por una Sala —Corte o Tribunal— el ponente dispone de esa ampliación lo mismo que los otros funcionarios luego que es presentado el proyecto de decisión, pero en atención a la Sala

que integran, es decir, esos dos términos reunidos tiene ella para el pronunciamiento del fallo.

En cuanto a los términos no se considera la continuidad del funcionario que inicialmente actúa y cuando es reemplazado, el reemplazo no está sujeto a los términos que hayan corrido al primero, porque ello sería absurdo.

ART. 377. — La omisión de una actuación que debe ejecutar el funcionario dentro de un plazo perentorio lo hace incurso en las sanciones contenidas en el Art. 185 y cuando es culposa le apareja las sanciones previstas en la ley penal (Arts. 168 y conc. C. P.), pues la legislación no tolera al empleado el incumplimiento de sus deberes y mucho menos la comisión de hechos delictuosos. Desgraciadamente, por varias causas, en la práctica del despacho de los negocios no se hace dentro de los términos previstos, lo que es un notorio mal de la administración de justicia (Ley 83 de 1936).

No contiene el capítulo estudiado normas expresas sobre la renuncia de los términos, lo que es innecesario toda vez que en relación con ellos es de aplicación el artículo 15 del C. C. Por tanto, cuando ellos se refieren únicamente al interés particular de los litigantes capaces, es viable la renuncia, como de otras formalidades y garantías procesales, la que se cumple por medio de actuación escrita y auténtica de parte. Por el contrario, si en los términos y otros derechos juega papel el interés público dejan de ser renunciables (Arts. 16 y conc. C. C.) en mérito del mismo, porque entonces escapan a la capacidad y facultad de los litigantes, quienes solamente pueden disponer de sus derechos exclusivos.

TÍTULO X

ENTREGA Y DEVOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

ARTS. 378, 379, 380. — Los precedentes artículos tienen por base la seguridad necesaria de la conservación de los expedientes (Art. 378), la conveniencia existente en evitar que partes inescrupulosas aprovechen los préstamos de ellos con el propósito de dilatar y embarazar su prógreso (Art. 379) y, por último, contienen una conminación de multa imponible a petición escrita de parte interesada (Art. 380), no oficiosamente. Llama la atención lo dispuesto en el segundo artículo, pues contiene una sanción aplicable más bien de hecho ya que no requiere providencia especial, lo que se resiente de algún empirismo, justificado sí con la simplicidad elemental que debe inspirar asunto de trascendencia escasa.

ART. 381. — Como pena por el no acatamiento del requerimiento —acto judicial por el cual se amonesta que se haga o deje de hacer alguna cosa— hecho en aplicación de lo dispuesto en el artículo 380, cuando pasan tres días después de haberse hecho aquél sin que sea

devuelto el expediente, es del caso proceder de la manera siguiente:

a) Si es el demandante, capaz desde luego, quien retiene el expediente en la primera instancia, o su apoderado, debe dictarse inmediatamente sentencia absolutoria condenando al pago de las costas procesales a aquél.

b) Si el demandado, también capaz, o su apoderado, es quien no devuelve el proceso, procede dictar sentencia conforme con las peticiones de la demanda, en el supuesto de que los hechos básicos de la misma sean susceptibles de confesión. Como en el caso anterior, también debe imponérsele el pago de las costas causadas. La sentencia se dicta con apoyo en la copia que ha de existir de la demanda correspondiente.

c) En la segunda instancia el asunto es un tanto diferente, porque en ella ya existe una sentencia que por lo menos está revestida de alguna fuerza y el recurso instaurado contra ella es el que ocasiona una segunda instancia. Sería contrario a la lógica y a toda técnica procesal que pudiera procederse idénticamente a como se hace tratándose de la primera instancia. Por tanto, si el demandado es responsable de la retención, lo indicado, cuando él es único apelante, es declarar ejecutoriada la providencia recurrida.

d) Cuando el demandante ha apelado del fallo dictado y su contrario retiene el expediente, es del caso modificarlo en lo que fuere favorable al primero.

El fundamento del artículo es comprensible considerando que la retención indebida de un proceso es hecho francamente malicioso que merece una sanción importante para evitarlo en cuanto sea posible y para no tolerar procederes arbitrarios, abusivos del derecho. Por ciertos aspectos, es correcto valorar la mora en la devolución de los expedientes como de significado análogo al de la caducidad, que ella entraña una renuncia de derecho; de allí que sea condición previa de la aplicación del artículo acotado que la renuncia sea de parte capaz.

En general, el hecho objetivo de perder un pleito no acarrea por sí solo la condena en costas sino el factor temeridad, que surge con caracteres bien definidos en las retenciones abusivas, porque se impone a los que en ella son incursos.

Existen hechos y actos susceptibles sólo de pruebas especiales, precisas, como son la existencia de una sociedad comercial, anónima, de responsabilidad limitada, de un determinado estado civil, etc., por lo que no son materia propia de la confesión. Cuando son debatidos judicialmente, la retención mencionada no autoriza darlos por acreditados, en guarda de las normas generales y de su unidad doctrinal o sustancial. De suerte que la retención, como omisión que es, mal podría ser tenida como una confesión presunta de aquellos actos que se establecen por otros medios probatorios.

El apoderado obra en lugar del poderdante, ocupa su posición, y por tal causa la actuación suya puede tener efectos favorables o

desfavorables al último, v. gr. los de la retención indebida, que son plenos en el negocio de que se trate, sin embargo de que el apoderado pueda ser responsabilizado por el poderdante en otro proceso civil y aun penalmente.

ART. 382. — Cuando la parte actora o la opositora están formadas por varias personas independientes entre sí, mejor dicho, cuando existe *litis consorcio* activa o pasiva, la renuencia de una cualquiera de ellas no puede dar ocasión a aplicar el artículo anterior por cuanto que la posición asumida por una de ellas por sí y ante sí de ninguna manera está revestida del mérito de generar consecuencias perjudiciales a las demás. De allí que, en atención a que no cabe tolerar la paralización indefinida del negocio agitado, lo procedente sea entonces recurrir a apremios sucesivos para la devolución del expediente.

En vista de que el artículo 381 deja de ser aplicable cuando los hechos debatidas no son materia de la confesión, es preciso entonces en tales casos acudir a los requerimientos sucesivos, claro está que bajo sanción de multa, para lograr la entrega de los autos (Art. 188).

ART. 383. — La suspensión de hecho, que ocurre precisamente con la tardanza en la devolución de un negocio, ocasiona perjuicios a los litigantes, distintos al que incurre en ella: basta pensar en los casos de *litis consorcio,* en un denunciado de pleito en frente del denunciante, y viceversa, en el adyuvante en el pleito y en frente de las partes principales en el mismo, etc., etc., por lo que es justa la condenación a su pago al moroso, que tiene por razón de ser, fuera de los conceptos de responsabilidad por culpa, lo justo de sancionar a quien abusivamente obra y descartar la posibilidad de convertir el procedimiento en objeto de fáciles y perjudiciales actividades.

La retención de que se viene tratando envuelve en múltiples ocasiones la comisión de un delito, por lo que ha de sacarse copia de lo conducente para que las autoridades del ramo penal adelanten las investigaciones correspondientes (v. C. P.).

ART. 384. — El caso fortuito o la fuerza mayor son circunstancias que comúnmente liberan a las personas de ciertas obligaciones, porque su acaecimiento no depende directamente del obrar suyo (Art. 12, Ley 95 de 1890), causa bastante para que en justicia no sean responsabilizadas por las consecuencias de aquéllos y se les dé oportunidad de demostrarlos. En realidad que si no fuese así se llevarían a efecto sanciones desprovistas de bases eficaces, arbitrariedades notorias.

Quien es requerido y quiera desvirtuar el requerimiento en sus efectos tiene, pues, la oportunidad de aducir la demostración del caso fortuito o de la fuerza mayor, alegándolos dentro del término señalado en aquél y probándolos dentro de la articulación que para resolver el asunto se tramita. La carga probatoria pesa sobre él por cuanto que la entrega que inicialmente se le hace deja surgir una obligación en su contra, la de devolver, que sólo deja de existir por

la demostración aludida. Además, si no fuese así serían ineficaces y burladas las reglas ordenadas a evitar el extravío de las diligencias.

ART. 385. — Como medida de seguridad las partes gozan de la facultad de hacer que de cuenta suya se deje en la Secretaría copia de los documentos que presenten, las que entonces tienen la calidad de auténticas, por provenir de un funcionario público que al expedirlas les da esa calidad; pero conviene anotar que la cuestión formal de hacerlas no reviste los documentos originales de mejor condición que la que antes tenían, ni tampoco a las copias, puesto que ella en sí carece de sustantividad especial que les trasmita mejor mérito hasta modificar sus condiciones iniciales. En verdad se trata de un caso similar al de la protocolización individual de un documento privado (v. C. C. y C. J.).

TÍTULO XI

REMISIÓN DE AUTOS

ARTS. 386, 387 y 388. — La suplantación, adulteración, extravío o el conocimiento previo de los autos en los casos en que tienen un marcado carácter de privados, v. gr. una comisión para un secuestro, son cuestiones que la legislación trata de evitar a toda costa y por ese motivo ordena que las remisiones de aquéllos sean hechas en pliego o cubierta cerrados de una oficina a otra, en el supuesto de ocurrir.

La existencia de un solo interesado en determinadas diligencias hace factible la entrega personal de los autos para la dirección a su destino, pero no cuando son varios con intereses opuestos, a menos que todos den su asentimiento al envío en la forma mencionada. En una sucesión en que haya un solo heredero cabe hacer la entrega personal para la remisión, pero no cuando son varios con intereses encontrados, cuando se trate de un juicio contencioso (v. C. de M.).

Las partes, con el fin de lograr la rápida llegada de los expedientes a su destino o por la ausencia de correo, gozan de la facultad de exigir su despacho por medio de un correo extraordinario, de cuenta suya, a lo que accede el Juez. La ausencia de correo oficial no exige solicitud unánime de las partes para los envíos en la forma aludida, como claramente se comprende, ya que si no fuese así una parte estaría en condiciones de paralizar la actividad en los juicios, cosa inaceptable por todo aspecto. Dentro de las medidas de cargo del juez para garantizar la conservación de los autos está, por ejemplo, la de exigir la demostración de la honorabilidad y competencia de quien ha de servir de correo (Art. 193).

ART. 389. — Cuando las oficinas —la remitente y la destinataria— funcionan en un mismo lugar, la remisión tiene que ser hecha por medio de un subalterno y en ningún caso por conducto particular, por lo que las partes interesadas carecen de derecho para exigirla en

la última forma anotada, porque ella está vedada claramente por la disposición anterior. El uso del correo oficial en tales casos deja de ser necesario y aun equivocado porque da ocasión a erogaciones impropias y carentes de base.

ART. 390 y ART. 3º de la Ley 50 de 1933. — La dirección de un negocio de una oficina a otra ubicada en lugar distinto se hace regularmente por medio del correo, a costa del interesado en la remisión para que se surta algún recurso suyo, etc. El pago completo debe verificarlo dentro de los ocho días siguientes a la entrega, por parte del Juzgado, del expediente en la oficina de correos, pues si no lo hace nace para la parte contraria el derecho de solicitar el Juez que envía el negocio el requerimiento del recurrente para la verificación del correspondiente pago. Con información de la Secretaría y sin citación contraria, o sea, de plano, se dicta el requerimiento que tiene la calidad de auto de sustanciación ya que su finalidad esencial tiende a impedir la paralización, sin incidente previo, del juicio, a procurar el curso progresivo de la actuación. Al ponerse un expediente al correo queda definido de quién es el porte, de suerte que el requerimiento apenas es consecuencia de lo anterior que no hace referencia a la definición de una cuestión sustancial en discusión, a anular o mejorar el procedimiento en sus ritualidades, luego el auto mediante el cual se hace de ninguna manera es interlocutorio y en su contra no cabe el recurso de apelación.

Las remisiones son hechas mediante recibo fechado y firmado, lo que es necesario para la determinación de plazos y para concretar responsabilidades en caso de pérdida de los autos.

CONSERVACIÓN DE EXPEDIENTES EN LAS OFICINAS DE CORREO

Es del caso consignar aquí que, según el Decreto Ejecutivo número 1725 de fecha 6 de septiembre de 1943, se dispuso que los expedientes deben devolverse por las Oficinas de Correos a las oficinas judiciales de origen pasados seis meses de la entrega en aquéllas, sin el pago del porte, y que si los Jueces no los aceptan deben conservarse en esas oficinas por un año, después del cual deben pasarse a integrar los llamados bienes inservibles. Ese Decreto crea por sí una dificultad al no hacer obligación de los Jueces la recepción de los autos y al disponer que pasen a inservibles, pues con esto en la práctica se dificulta sobremanera la normal actuación posterior, fuera de que con facilidad los interesados sufren lesión de sus derechos.

Quizás la mejor manera de aplicar con acierto la norma en cuestión, sea la de que los jueces reciban los expedientes en sus despachos, en forma debida, cuando les sean remitidos, sin actuar sobre ellos hasta tanto que por parte interesada se haga la súplica de requerimiento sobre pago de porte, etc., por cuanto que así se surte una actuación más firme y menos dada a incertidumbre, se declara con mejores bases la caducidad o el desistimiento del recurso interpuesto y demás.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

TÍTULO XII

INCIDENTES

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

ART. 391. — Define el artículo los incidentes diciendo que son las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial. Parece que la definición tenga el inconveniente de no ser completa, porque habla sólo de incidentes en el curso de los juicios y no hay que olvidar que hay actuaciones que por sí mismas tienen la calidad de incidentes y que son tramitadas y decididas antes de la formación de los juicios y con relación a su futuro surgimiento, por ejemplo, el embargo y secuestro preventivos (Arts. 273 y ss.), la exhibición (Arts. 297 y ss.). Por otra parte, la actuación indicada por el artículo 553 implica un verdadero incidente.

El incidente (de *incido, incides*: acontecer, suspender, interrumpir) tiene su naturaleza propia y su objeto es la definición de las cuestiones suscitadas entre las partes con motivo del adelantamiento futuro, actual o pasado de los litigios, lo que muestra que por sí mismos no son independientes. Por tanto, ese objeto ha de estar constituído por uno de cualquiera de los elementos de los juicios, porque a ellos hacen relación. Ahora, el término elementos debe ser tomado en su sentido amplio y así vemos que comprende lo relativo a la personería de las partes, a la viabilidad del procedimiento, a su adelantamiento, etc. Ciertamente, la materia de todo incidente exige una resolución judicial porque en verdad es un obstáculo que hay que remover o calificar para el correcto impulso de los procesos y de allí su necesidad e importancia procesal.

Según la oportunidad de proposición de los incidentes y en armonía con lo anotado, pueden clasificarse en: prejudiciales, judiciales y posjudiciales. Conforme su finalidad, puede observarse que hay incidentes orientados a combatir la formación de la relación procesal, como los ocasionados por la proposición de la excepción de cosa juzgada, por la de ilegitimidad de la personería; otros dirigidos a modificarla, como la denuncia de pleito; y otros que apenas hacen relación a asuntos independientes de la *litis contestatio* misma y a la fijación de certeza de las bases para desatarla; por ejemplo, el de objeciones a un dictamen pericial, y otros dirigidos a la mejor aplicación de los principios procesales, v. gr. el incidente de acumulación de autos.

No obstante que los incidentes dependan, por así decirlo, de los juicios principales, en ocasiones pueden dar lugar a la finalización de ellos, lo que hace ver más claramente su importancia y la

necesidad de que sean definidos; por ejemplo, el incidente en que se cuestione la excepción de cosa juzgada. La correspondiente resolución tiene en ese caso el mérito de finalizar el juicio en el cual sea dictada, sin que sea óbice para ello que sea un auto (Art. 466, Nº 2º) y la fuerza de una sentencia definitiva (Art. 467 y conc.).

ARTS. 392 y 393. — Por la naturaleza de los incidentes —que se tramitan en cuaderno separado del principal, para mejor ordenar las actuaciones— no influyen en el curso mismo de los procesos, acarreando de inmediato, por su sola proposición, la suspensión. Lo accesorio corre la suerte de lo principal, pero no lo principal la de lo accesorio, por lo cual, en general, antes de su decisión no suspenden los incidentes el curso de los procesos, de lo cual resalta que es fundada la regla del artículo. Empero, el resultado del incidente propuesto puede influir en la decisión de lo principal por tachas u objeciones, etc., que se declaran, porque la nulidad quite mérito a la sentencia, por lo que no se dicta ésta hasta tanto queden resueltos. Casos de excepción a aquella norma son, v. gr., los de acumulación de autos (Art. 409), de denuncia de pleito (Art. 238), ya que esos incidentes acarrean suspensión.

ART. 394. — Una vez resueltos los incidentes queda descartada su proposición de nuevo, porque la resolución con que finalizan es preclusiva, lo que vale decir impide reiterarlos. Dos causas fundamentales de lo dicho son: la seriedad de las disposiciones judiciales en firme veda su repetición en un mismo negocio, y el procedimiento no puede hacerse interminable con la admisión indefinida de incidentes sobre una misma materia (Art. 473). Por consiguiente, cuando traten de proponerlos los interesados sin embargo de haberlo sido antes, el Juez está en el deber de desecharlos de plano, sin previo traslado o algo similar, ya que no hay materia que lo justifique. La preclusión, institución de derecho que tiene la fuerza de impedir la realización de actos no ejecutados en las oportunidades señaladas por la ley o la repetición de los ya cumplidos, orientada a revestir de solidez las diversas etapas de los juicios y a que no se malogre su impulso, es acogida por el procedimiento imperante y de allí que ella fundamente lo dispuesto en la norma legal y aquélla está fundamentada a su vez en los principios que informan la tramitación de los procesos. La etapa cumplida o la providencia que se haya dictado en un proceso dado, viene a ser ley del mismo y creadora de verdaderos derechos de las partes en él, pues ésa es la consecuencia propia de la preclusión. De forma que el rechazo anotado antes goza de toda razón de ser, y su disposición debe hacerse con la base de que aparezca la identidad de lo resuelto antes y de lo que trate de proponerse luego.

Cabe desechar también los incidentes marcadamente improcedentes ante la ley, como sería el contentivo de la petición de acumulación de negocios en distintas instancias (Art. 400), puesto que el espíritu de aquélla trata de vedar las actuaciones inconducentes de modo

manifiesto, cuya inconducencia no requiera estudio de fondo. Así se pone coto a las malas artes de la rabulería que a diario se quiere hacer primar en los negocios judiciales y se aplican la economía, el orden y la celeridad de los procedimientos, que son bases de los mismos, como se ha expresado varias veces en las presentes anotaciones.

Por otra parte, señala la disposición en referencia el momento hasta cuándo procede la proposición de los incidentes, que es antes de la citación para sentencia, o del pronunciamiento de la última en los negocios en que no se hace esa citación y susceptibles de tal proposición, aun cuando el artículo no lo diga, pues esto es conforme con los principios generales. Exceptúa de esa regla general, los incidentes de impedimento y recusación (Arts. 434 y ss., 440 y ss.), los que pueden proponerse en todo caso antes de las sentencias (ver Art. 456).

Réstanos anotar que en cuanto a incidentes de nulidad en procesos ejecutivos, es de toda lógica expresar que proceden aún después de las sentencias (Art. 451).

Capítulo II

ARTICULACIONES

Art. 395. — El procedimiento general y adecuado de la tramitación de los incidentes es el denominado articulación, que se decide con audiencia de parte contraria, con traslado de dos días, y término probatorio si el asunto no es de mero derecho. El traslado se surte como en los demás casos, pero en algunos no es indispensable como en el contenido en el artículo 1021, en atención a que los interesados logran conocimiento de la cuestión, que es lo esencial, sin necesidad de traslado. La articulación, denominada artículo en el Código que regía antes, no debe confundirse en su esencia con el incidente mismo, el que es decidido mediante ella únicamente cuando en otros artículos del Código no se prevé el modo de resolverlo. De forma que la diferenciación de esas dos entidades es bastante escasa. Obsérvase que se ha de tener especial cuidado en no confundir tampoco los autos materia de articulaciones con los previstos en los artículos 1203 y siguientes.

Capítulo III

ACUMULACIÓN DE AUTOS

Art. 396. — La acumulación tratada por esta disposición presupone la existencia de dos o más procesos, es decir, de acciones ya propuestas y no por ejercitar, cuyo conocimiento han iniciado los órganos jurisdiccionales. De forma que en sus características o modalidades difiera de la llamada acumulación de acciones, puesto que ésta puede hacerse al presentar cualquier pedimento, por iniciativa particular del demandante y en cambio aquélla puede darse aún por

petición del demandado. En la institución en mención están reunidos, a manera de apoyo suyo, los principios más esenciales que informan el derecho procesal: la economía, la unidad, la celeridad y la autoridad de las decisiones, las que no deben ser contradictorias. En los casos de demandas de reconvención, tercerías y concursos de acreedores, en el fondo hay también acumulación, pero bajo aspectos un tanto diferentes a la definida por el artículo aludido (Art. 209). La acumulación de autos es la reunión de dos o más procesos con el objeto de que sobre ellos recaiga una sola decisión y, como se ve en las líneas siguientes, no se dispone oficiosamente por los Juzgadores sino a petición de parte legítima, no es meramente voluntaria del demandante como en la de acciones, y es viable aún en procesos contradictorios por su objeto, a diferencia de la acumulación de acciones mencionada, la que de suyo excluye la contradicción entre ellas. La acumulación de procesos es ordenada por el fallador cuantas veces se presente su procedencia y sea pedida, mejor dicho, decretada una acumulación cabe decretar otras posteriores, ya que en tal supuesto obran las mismas bases de ella y faltan fundamentos legales para denegarla, si es solicitada en oportunidad, como es obvio.

ART. 397. — Siguiendo la norma general que prima en nuestro procedimiento, la acumulación ha de ser pedida por parte legítima, pues no procede ordenarla oficiosamente por los funcionarios, ya que el interés esencial contenido en ella hace relación directa a las partes y por lo mismo a ellas únicamente corresponde solicitarla. Dos son los casos concretos de la reunión de varios procesos para decidirlos en uno solo: *a*) Cuando su seguimiento separado origina lo que suele llamarse la división de la continencia de la causa, de la que se trata a continuación, en las anotaciones sobre el artículo siguiente. Empero, ella hace referencia a la conveniencia de evitar decisiones contradictorias y de definir en un solo juicio las relaciones jurídicas de las partes. De donde se desprende que el concepto de cosa juzgada juega su papel importante en estas cuestiones; *b*) La persecución de todos los bienes del deudor por varios acreedores —casos de concurso y quiebra— o de algunos por los acreedores —casos de procesos hipotecarios— y ponen de presente que, por la misma naturaleza y objetos suyos, es necesaria, en orden a asegurar sus derechos y a una correcta actuación, reunir los procesos en uno solo (Arts. 400 y 1094).

El artículo referido posee marcado carácter restrictivo, de lo cual se deduce que es equivocado sostener la procedencia de la acumulación en casos distintos a los anotados antes, puesto que su texto así lo hace manifiesto, sin que sea dado hacerla extensiva a otros a pretexto de interpretación de dicho artículo (Art. 27 C. C.), pues si no fuese así el Legislador no hubiera dicho: "Sólo puede..."

ART. 398. — La expresión "continencia de la causa" hace referencia a la unidad que debe imperar en el adelantamiento de los procesos judiciales, lo que quiere conservar el legislador en beneficio de los intereses generales y particulares impidiendo su división o rom-

pimiento, unidad que basa la acumulación. En los supuestos siguientes procede la acumulación para que no se quiebre aquella unidad:

a) Cuando en los varios juicios hay identidad jurídica de acción, del objeto de ellas y de las partes, aunque las últimas tengan en uno la calidad de demandante y en el otro la de demandado, v. gr.: Juan demanda contra Diego la nulidad de un contrato determinado, por vicio en el consentimiento. Al mismo tiempo cursa, entablado por el último mencionado, un litigio de igual naturaleza al dicho antes. En tales circunstancias la acumulación es indicada, puesto que de ser adelantados separadamente la decisión pronunciada en el uno genera la excepción de cosa juzgada en el otro. Es bien comprensible que en lo anotado obra el principio de unidad y no multiplicidad de las acciones.

b) La acción de prescripción adquisitiva (Ley 120 de 1928) puede tener por objeto un bien perseguido por quien con ella es demandado y que a su vez sea perseguido por el último con acción reivindicatoria. A no dudarlo, es elemental que las dos acciones son sustancialmente distintas, pero la sentencia que recaiga en cualquiera de ellas establece de por sí la excepción de cosa juzgada y de allí la razón de la acumulación, por la sola existencia de identidad de objeto y partes.

c) En relación a los litigantes es factible que en la definición de sus relaciones, aunque se concreten sobre varios objetos dependa de una sola acción —publiciana, reivindicatoria, posesoria, etc.— y por ello la acumulación es factible ya que ningún objeto tiene forzarlos a litigar en varios pleitos siendo que en uno solo cabe definirlos. De manera que la acumulación es viable aún cuando las cosas perseguidas sean distintas, pero a condición de que haya identidad de litigantes y de acción, como cuando en reivindicación son perseguidas. En ello se comprende que no son acumulables un juicio de tenencia y uno reivindicatorio, este último y uno de servidumbre.

d) Así como varias pueden ser las causas o fundamentos de las acciones, es dable que varias tengan una sola causa, por ejemplo, la acción contra el deudor solidario, cuando sobre varios sujetos pesa obligación divisible existe una sola causa. De suerte que aun en el supuesto de que no haya completa identidad de personas en las acciones, procede la acumulación de autos, la que en el caso particular, fuera de otros conceptos, tiene el objeto de evitar sentencias contradictorias. Otro ejemplo de acumulación relativo al ordinal aludido sería cuando con apoyo en el artículo 2355 del C. Civil un sujeto adelanta diversos procesos.

e) La identidad de causa de pedir, pues así debe entenderse el ordinal, porque las acciones se distinguen por tres elementos, como fué visto al tratar de ellas, y de la cosa a que se refiera, dan apoyo a la acumulación de procesos aun en el caso de que no haya identidad de personas, lo que se explica en atención a no dar ocasión a actividades judiciales inútiles o contradictorias, como ocurriría con

la aprobación de una partición no obstante haberse hecho en otro juicio, y considerando que la acción en sí es única y que debe ser indivisible.

Resta observar que al hablar de la acumulación ya varias veces mencionada, han de tenerse presentes los conceptos imperantes sobre las acciones civiles y no proceder con criterio meramente exegético porque así se llegaría al resultado de encontrar contradictoria e ilógica la disposición comentada. Por último, no sobra advertir que fuera de las determinaciones del artículo no es posible hablar de división de la continencia de la causa y que sobre él debe tenerse en cuenta, además, la conexión de los procesos.

ART. 399. — En los procedimientos ejecutivos la sentencia de pregón y remate en uno de ellos no impide la acumulación, cuestión de suyo explicable porque en esa clase de procesos no se dan las mismas condiciones que en los demás, pues su base es el reconocimiento de la obligación del ejecutado y no contienen una verdadera definición de derechos como los ordinarios, en los que la sentencia que se dicta, es elemental decirlo, contiene la definición de fondo que hace infundada ya la acumulación por verdadera sustracción de materia. Los juicios ejecutivos (Arts. 981 y ss.) se dirigen especialmente a obtener la solución de las obligaciones de que tratan y en ellos la sentencia de pregón y remate (Art. 1029) es apenas una formalidad en esencia diferente a la sentencia que se dicta en los procesos ordinarios y en los otros especiales y de allí el fundamento de la disposición acotada. Por lo demás, es de claridad meridiana que se trata de un caso de excepción a lo preceptuado por el artículo 396 al señalar el objeto de la acumulación de los procesos.

ART. 400. — En general, por el objeto mismo de la acumulación, ella es viable siempre que los procesos se encuentren en una misma instancia, bien en primera, bien en segunda, ya que de lo contrario se entrabarían notoriamente las actuaciones y no cabría, sin mengua de los principios sustanciales de derecho procesal, decidirlos, luego de una tramitación común, en un solo fallo. De suerte que tal es la regla común en la materia tratada, la que solamente tiene la excepción consagrada por el mismo artículo, a saber: la cesión de bienes (Arts. 1073 y ss.) o el concurso de acreedores (Arts. 1084 y ss.) atraen en sí las demás ejecuciones contra el cedente o concursado y tienen, desde luego, un objeto bien propio, como es obvio, que no da margen a impedir las acumulaciones de negocios en distintas instancias, como sucede con los demás juicios. La cesión y el concurso crean para los acreedores del cedente o concursado la facultad de perseguir la efectividad de sus derechos sobre los bienes del deudor y a actualizar esa facultad tiende el respectivo procedimiento y de allí que el que unos negocios estén en segunda instancia y otros en la primera no sea óbice para la acumulación porque en ese caso hay una verdadera atracción de los últimos por los primeros, de marcada necesidad y conveniencia.

ART. 401. — Los acreedores hipotecarios, según las normas de la ley sustantiva (Arts. 2432 y ss., 2488 y ss. C. C.), gozan de privilegio sobre los otros acreedores para hacer efectivos sus créditos, mediante la acción hipotecaria. Si la ejercitan, la acumulación de ellas es viable, pero únicamente y no a o con otras diversas. Los acreedores hipotecarios también pueden ejercitar la acción personal y cuando la ejercitan entonces se presentan circunstancias en sí diversas a las de la acción real y entonces sí son acumulables a otras. Por tanto, debe tenerse cuidado en apreciar la naturaleza de la acción incoada para saber si es factible o no la acumulación y en qué condiciones (Art. 1189).

ART. 402. — En términos generales, la oportunidad propicia de pedir la acumulación es antes de dictarse el fallo de fondo en uno cualquiera de los negocios que se trate de acumular, puesto que si es pedida después del fallo carece de razón de ser y debe desecharse de plano ya que surge manifiesta, sin necesidad de un estudio especial, su improcedencia. El Juez competente para conocer de los negocios reunidos lo es a la vez para resolver sobre la aludida acumulación y su competencia se determina entonces en armonía con las reglas generales (Arts. 142 y ss., 413 y ss.) y en especial con las que rigen sobre la acumulación de acciones (Art. 209 y conc.). Es condición indispensable en las peticiones sobre el asunto cuestionado la de que sea acompañada certificación sobre la existencia de otro u otros litigios y su estado procesal, porque ella es la verdadera base de la acumulación y descarta, por lo menos en gran parte, las actuaciones desprovistas de todo apoyo y meramente temerarias. El Juez respectivo está inhabilitado, en consecuencia, para avocar el conocimiento de una acumulación sin que con la súplica del caso se le presente la certificación de que se habla.

ART. 403. — En ocasiones, los varios litigios son adelantados ante una misma Oficina judicial por lo que entonces la petición de acumulación no requiere que sea acompañada de la certificación exigida por la disposición precedente, porque el Juez ante quien se pide ordena, mediante auto de sustanciación, a la Secretaría una relación de los procesos, para determinado día y hora. Después de la notificación (Art. 307) de esa providencia, dentro de los seis días siguientes, debe hacerse la aludida relación, con concurrencia de las partes, la que no es indispensable para la validez y eficacia de la diligencia. En el caso de que asistan, claro está, tienen la facultad de hacer observaciones pertinentes a la exactitud de la relación ordenada, con miras a evitar falsedades, suplantaciones, mutilaciones, etc. Si no fuese así su asistencia carecería en un todo de objeto y de justificación. La relación de la Secretaría, escrita desde luego, es una verdadera diligencia y como tal ha de sujetarse a las normas de ellas (Art. 349) y, además, tiene mérito probatorio como documento emanado de funcionario público, el que por falsedades, etc. queda sujeto a sanciones penales (C. P.).

ART. 404. — Surtida la relación aludida y oídas o recibidas las relaciones de las partes, dentro del término señalado en el anterior artículo, el Juez del conocimiento resuelve si dispone o no la acumulación. La providencia que dicta sobre el particular tiene carácter interlocutorio, pues es medio de finalizar un verdadero asunto incidental y acarrea consecuencias importantes a las partes en sus relaciones procedimentales, gravámenes y como tal, contra la misma son viables los recursos de reposición y apelación, que los interesados interpongan en oportunidad. Se dijo que oídas las alegaciones de las partes porque ellas gozan de la facultad de exponer sus puntos de vista en el acto de la relación ya mencionada y, el Juez de concurrir a ella, aunque en forma expresa no lo diga la ley, lo que no obsta para la presentación de alegaciones escritas, que son el medio más expedito para representar los particulares ante las autoridades judiciales.

ARTS. 405 y 406. — Anteriormente quedó vista la forma de proceder cuando los procesos se encuentran en un mismo despacho, la que es distinta en sustancia a la aplicable cuando varios jueces tienen su conocimiento, para los efectos de la acumulación. El Juez ante quien se pida, siempre que la petición satisfaga las exigencias legales, está en el deber de dirigir a los demás oficio o despacho para que le envíen los procesos, quienes quedan en la obligación de hacerlo inmediatamente, en armonía con las reglas imperantes sobre la materia (Arts. 386 y ss.), después de que cumplan la citación de las partes, la que se hace por medio de auto y su notificación (Arts. 307 y ss.). De allí que ante ellos sean improcedentes oposiciones sobre el particular o cosas análogas. En atención a una correcta actuación, el envío debe ser formalizado por medio de un auto, que es de sustanciación, en atención a su objeto, el que por lo mismo no es apelable.

ART. 407. — La acumulación siempre interesa a las partes en el proceso y, por consiguiente, deben ser oídas antes de resolver sobre ella, pues omitir oírlas equivale a una actuación irregular que como tal carece de solidez y eficacia. Luego que son recibidos los expedientes por el Juez reclamante es el tiempo oportuno de hacer el llamamiento de las partes para que dentro de los seis días hábiles siguientes aporten sus documentos, alegaciones, etc. Parece que dicha vocación no es susceptible de ser combatida por los interesados con otro recurso que el de reposición, por cuanto que sus características son las propias de los autos de sustanciación.

ART. 408. — Según el texto del precedente artículo, la denegación de la acumulación pedida, que ha dado margen a pedir procesos a otros juzgados, no solamente origina la condenación al pago de las costas al peticionario perdidoso sino también la condena al pago de una indemnización de valor determinado en la disposición en beneficio de las partes perjudicadas, multa que tiende a que de la acumulación no se haga uso temerario destinado únicamente a la dilación de los procedimientos con las suspensiones que acarrea y que

luego serán vistas. Omite el artículo acotado expresar si esas condenas obedecen apenas al hecho objetivo de fracasar en la pretensión de acumulación, mas teniendo en cuenta que el criterio exegético no es el que debe primar en la interpretación y aplicación de la ley y que la doctrina general imperante en la legislación en materia de la condenación en costas toma en cuenta también el concepto de temeridad (Arts. 574 y ss.), es de concluir que la aplicación literal del artículo en referencia es equivocada, mejor dicho, que la pérdida del incidente y la temeridad son los elementos integrantes de tal condena. La condenación al pago de la indemnización dispuesta en el artículo, fluctúa entre diez y quinientos pesos, y corresponde precisarla al Juez, quien en cumplimiento de ese deber ha de obrar prudentemente, con consideración del estado de los procesos, de su significación económica, del tiempo de duración de la suspensión de ellos, de las consecuencias de ella, en una palabra, del perjuicio sufrido por la parte victoriosa, ya que esa determinación no puede ser hecha caprichosamente, según las normas generales.

ART. 410. — En algunos casos de acumulación, las reglas generales sobre la competencia sufren una verdadera falta de aplicación (Arts. 142 y ss.) porque no predomina entonces el concepto de domicilio, ubicación de los bienes, etc., sino de antigüedad en el Juez de la causa, mejor dicho, del negocio acumulado, o del embargo que primero se decretó, si se trata de proceso ejecutivo. Además, la acumulación prorroga la competencia de los Jueces de Circuito para conocer de negocios de menor cuantía (atracción de fuero) pero no la de los Municipales para conocer de los de mayor. De suerte que la proposición o súplica de la acumulación es conocida por el Juez que conozca del negocio más antiguo, primeramente iniciado, si son ordinarios o especiales (Art. 402) o por el que decretó primero el embargo de bienes en los procedimientos ejecutivos.

ARTS. 409, 411 y 412. — El incidente de acumulación origina la suspensión de los negocios aunque no esté incluído en las causas generales de suspensión (Art. 370), desde el momento en que los Jueces reciben el oficio por medio del cual les solicitan los negocios de que conocen. La misma suerte corren cuando son adelantados en un mismo juzgado. En ese supuesto, aun cuando la legislación no lo diga expresamente, la suspensión acaece desde que se ordena la correspondiente relación, puesto que entonces empieza a cuestionarse si los procesos son susceptibles de ser adelantados bajo una sola cuerda y desaparece el objeto de su avance inmediato. Dice el artículo que la suspensión dura hasta que es decidido el incidente, cuando en realidad es hasta tanto la decisión pronunciada quede en firme, racionalmente interpretado el asunto.

De manera lógica, el proceso más avanzado sufre suspensión hasta tanto los otros se encuentren en el mismo estado procesal, ya que en esa forma se propicia fundadamente el objeto de la acumulación, o sea, la tramitación de los pleitos en un solo proceso y su decisión en

una sola sentencia, lo que por sí excluye la existencia y procedencia de la excepción de pleito pendiente con relación a los negocios acumulados.

Capítulo IV

COMPETENCIAS

Art. 413. — La competencia de los órganos jurisdiccionales es esencial en la prosecución de las causas y puede verse entrabada por el encuentro entre ellos sobre el asunto de que se trate, esto es, cuando cada uno afirma o niega que le corresponde el conocimiento de una causa determinada, fenómeno que en sí es una colisión aparente de competencia que por ser tal dificulta el adelantamiento de los procesos, ya que es erróneo adelantarlos sin el lleno de un presupuesto procesal ineludible, cual es la determinación de la entidad ante quien corresponde seguirlos. Se dice que es aparente porque la legislación en forma previa señala las funciones propias de cada entidad del poder público, lo que deja ver que en realidad y en el fondo de los asuntos su oposición es más bien formal que sustancial. Las circunstancias de hecho que la originan por la interpretación de los funcionarios de las normas legales, hacen necesaria una decisión del asunto para hacer viable el lleno del presupuesto procesal mencionado antes, pues no cabe dar lugar a que uno y otro actúen a la vez en el seguimiento de los juicios o a la consecuencia de que las partes se vean privadas en el hecho de la facultad de actuar por la negativa de los funcionarios.

El encuentro de competencias en asuntos civiles difiere un tanto de los casos que se presentan en materia penal (Arts. 65 y ss., C. de P. Penal) y en materia contencioso administrativa (Arts. 140 y ss., Ley 167 de 1941) y es bastante ligado a la nulidad por incompetencia de jurisdicción (Art. 331) a la excepción de declinatoria de jurisdicción (Art. 448, numeral 1º), lo que ha llevado a algunos a sostener que cabe abolir las competencias de que trata el capítulo en estudio, por innecesarias. Además, la competencia en cuestión puede implicar suspensión (Arts. 369 y 147).

Art. 414. — En materia de organización judicial imperá en un todo el concepto de jerarquía o sea de subordinación o dependencia de unas entidades a otras, causa bastante para que no sea admisible una provocación de competencia entre el superior y el inferior, pues éste no le impone a aquél criterio en el obrar suyo. El superior tiene facultad para reclamar los procesos al inferior cuando es competente para avocar su conocimiento o de enviárselos en el supuesto de que no lo sea y el inferior está por ello en el deber de asumir la conducta de obedecimiento, pasiva. Si fuera provocable la competencia entre el superior y el inferior, aquel concepto caería por su base y la organización dicha sería falta de solidez. El inferior, con relación al su-

perior, ha de subordinar, pues, su conducta y actividades para no incurrir en desacato y en violación delictuosa de las normas de la legislación (Art. 148 C. P.).

Art. 415. — En cuestiones civiles, siguiendo la norma general tantas veces mencionada en el curso del presente estudio, la competencia no tiene origen espontáneo u oficioso sino interesado o pedido por sujeto que pueda hacerlo. Cabe proponerla ante el Juez que conozca del respectivo negocio aunque no sea competente y entonces reviste para él un carácter negativo o ante quien el peticionario juzgue competente. Por tanto, si es provocada, oficialmente, aparte de violar quien así obra sus atribuciones, no alcanza efectos en derecho y los funcionarios provocados no quedan ligados por ella en manera alguna. De suerte que el interesado legítimo en que conozca el litigio un funcionario determinado y no otro, dispone de la facultad de acudir a uno u otro con el propósito de cristalizar sus pretensiones, derecho condicionado en esa forma, pues al respecto, aquella facultad está delimitada expresamente. Se habla de interesado legítimo por la muy clara razón de que los derechos procesales son de quien tiene esa calidad y no de otra persona distinta.

Art. 416. — La petición de competencia —que se formula por escrito— requiere ser acompañada de elementos probatorios que acrediten la existencia del negocio de que se trate, en otra oficina, y de su estado, ya que de lo contrario débese desechar de plano por carencia de bases para el Juez valorar en algo su procedencia, ya que el conocimiento de causa es esencial en estos asuntos. La decisión de provocar la competencia en esos casos, se toma sin necesidad de oír previamente a la parte contraria del peticionario, con vista de las diligencias presentadas y, razonablemente, con exclusión del mero capricho del funcionario, por cuanto que toda actuación judicial debe obedecer a verdaderas causales de derecho que le den apoyo. Claro es que el funcionario puede incidir en error, pero ello es cosa distinta al acto caprichoso.

Art. 417. — La segunda etapa de la cuestión de competencia se cumple con el envío, por el Juez que la promueve, de oficio inhibitorio al Juez conociente, con copia de los documentos acompañados a la súplica, de ésta y del auto dictado, cuya remisión se hace de acuerdo con las normas comunes (Arts. 386 y ss.). El alcance inmediato del envío no es otro que el de poner en conocimiento del destinatario la situación creada con el fin de que defina su conducta a seguir, como se ve en seguida, pues eso es indispensable para clarificar la situación procesal en orden a la decisión del asunto propuesto.

Art. 418. — La llegada del oficio inhibitorio implica para el Juez que lo recibe el deber de dar traslado por tres días a las partes, que debe ser común y surtido en la Secretaría, pues ésa parece la forma más apropiada de aplicar la disposición, ya que ella no dice que los traslados sean individuales y, además, consulta mejor la celeridad con la que deben definirse tales cuestiones. Dentro del traslado las

partes tienen la facultad de presentar las documentaciones y alegaciones que tengan a bien, porque ése es su objeto, por cuanto que ellas poseen interés en la definición de la competencia y sería desconocerlo al no oírlas. Luego corresponde al Juez, dentro de los tres días siguientes al traslado, resolver sobre si opta por inhibirse del conocimiento o desecha hacerlo.

ART. 419. — Cuando el Juez se inhibe de conocer, aceptando la competencia propuesta por otro, ha de remitirle el proceso, con citación de los litigantes y una vez en firme su providencia. Ésa es la consecuencia material de la inhibición o aceptación pasiva de las pretensiones del otro. Aceptar la incompetencia equivale por tanto a dar facilidades a la actuación del otro Juez y de allí que no se justifique por parte del inhibido la retención del proceso y que deba remitirlo a la mayor brevedad posible, en ejecución de lo resuelto por él.

ARTS. 420-421. — El oficio inhibitorio no es, ni podría serlo tampoco, de forzosa aceptación para quien lo recibe puesto que él tiene facultad de desechar la pretensión del que lo dirige, alegando ser competente en la providencia que dicta, de la que debe dar cuenta al oponente a fin de saber si sostiene sus pretensiones o las abandona, y en caso de que no haga lo último constituir una de las etapas previas a la decisión de la colisión.

Queda visto que el provocante de la competencia tiene capacidad para desistir y si de ella hace uso es comprensible que una vez en firme su acto, lo haga saber al requerido y le remita el negocio para que continúe en su conocimiento, porque entonces el desistimiento, como en los demás casos, tiene el efecto de volver las cosas a su estado anterior.

El sostenimiento por los dos funcionarios en sus pretensiones hace indispensable la decisión de la controversia por quien corresponda y en mérito de ello aquéllos han de enviar sin dilaciones lo actuado al superior, que será el Juez de Circuito si la competencia fué provocada entre Municipales, el Tribunal si entre aquéllos o la corte si entre los últimos.

ARTS. 422-423. — En la decisión por el superior de la competencia necesariamente debe oírse al Ministerio Público en interés de la ley, porque aquélla interesa también al Estado y a la sociedad y no únicamente a las partes. Si no se le llama la actuación queda viciada por omisión de formalidades legales y en manera alguna puede surtir completos efectos.

Decidida la competencia, debe darse campo a la actualización de sus consecuencias comunicándola a los respectivos funcionarios que la provocaron y enviando los autos al que haya sido declarado competente. Como en los demás asuntos, la decisión acotada genera un estado de suyo estable y de forzoso reconocimiento por los Jueces y las partes, quienes vienen a soportar los efectos de ella y quedan por tanto, impedidos para provocarla de nuevo, según las reglas generales.

ART. 424. — Los artículos precedentes contemplan casos de la llamada competencia positiva, al tiempo que el presente trata de la negativa, que tiene origen en la petición de parte al Juez del conocimiento para que no continúe en él y lo pase a otro que se considera competente. La aludida petición ha de contener la proposición concreta y clara de la competencia en orden a evitar interpretaciones erróneas de la voluntad de las partes, para que no sea confundida por ejemplo con la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, con un incidente de nulidad por incompetencia etc., porque ellos también tratan de la competencia de los funcionarios. Recibida la petición y hallada fundada, el Juez dispone la remisión de los autos, con citación de las partes, al que sea señalado como competente y le noticia que le provoca competencia negativa. Desde ese momento, en atención a su actuación misma, queda suspendida entre tanto la actividad suya en el proceso.

ART. 425. — El Juez a quien se provoca competencia negativa tiene la facultad de acceder a ella, pero no porque goce de completa libertad para aceptarla o no a voluntad, pues su obrar debe ajustarse a las normas legales que definen el alcance de sus atribuciones, sin salirse de ellas —lo mismo en la positiva—. En consecuencia, la provocación, admisión o aceptación o rechazo de la competencia no son actos caprichosos sino apoyados en causales legales. La tramitación para decidir la negativa si el provocado no se allana al conocimiento, después de lo anotado antes, es la misma seguida en la calificación de la positiva.

ART. 426. — Por la trascendencia que posee la materia tratada, la apelación de la providencia por medio de la cual cede el provocado es en el efecto suspensivo y su concesión toca al Juez a quien pasa el negocio si la competencia es positiva. *A fortiori*, en caso de ser negativa la apelación es concedida por el Juez que acepta que sí le corresponda aprehender el conocimiento del negocio en que se proponga.

ART. 427. — Fuera del órgano judicial propiamente dicho existen en nuestro sistema legal funcionarios investidos de jurisdicción con los que es viable que se suscite la competencia; v. gr. los Jueces de ejecuciones fiscales, la que se surge sobre el asunto en que actúen y se decide por el superior del Juez común, bien sea que la acepte o la provoque, negativa o positiva. Tal vez en esos casos aparezca más fundada la institución referida.

CAPÍTULO V

ALLANAMIENTOS

ART. 428. — Cuando se dispone la práctica de una diligencia judicial es de suponer que es indicado hacer uso de los medios propios para su verificación, ya que de lo contrario lo ordenado, con

la mayor facilidad, puede hacerse mera ilusión. Entre uno de los mútiples eventos que cabe suponer está, por ejemplo, éste: Es decretado el secuestro de un bien mueble localizado o guardado en una casa particular. Es notorio que para practicarlo es imprescindible penetrar en ella, aun contrariando la voluntad de su dueño. Es esto en puridad de verdad lo que constituye el allanamiento, o sea, la entrada de autoridad en una propiedad ajena, bien sea un inmueble o una nave mercante, con el fin de llevar a efecto una providencia anterior y cuando ello sea necesario. A primera vista puede parecer que el principio de la inviolabilidad del domicilio particular es contrario al allanamiento, pero teniendo en cuenta los altos fines de la justicia dicho principio carece del alcance de impedir el último.

ART. 429. — Basta que la diligencia se ordene para tener por dispuesto tácitamente el allanamiento en caso necesario, pudiéndose obviar de esa manera dilaciones e incertidumbres molestas y contrarias al fin inmediato de la diligencia de que se trate. De suerte que si el respectivo funcionario omite ordenar de manera expresa el allanamiento para la ejecución de la providencia que dicte, tal omisión carece de consecuencias en gracia de lo dispuesto en el artículo tratado, en el que se observa un caso bien especial ya que por lo común las disposiciones judiciales deben ser expresas y concretas.

ART. 430. — Es elemental que al allanamiento concurre el Juez o el Magistrado con el Secretario del Despacho, las partes que tengan a bien hacerlo, los peritos, testigos actuarios y el secuestre, si es del caso que lo hagan estos últimos. Constituído el funcionario en el lugar de la diligencia procede a llamar a los ocupantes de lo que va a allanar y si pasado un cuarto de hora no aparece persona normal con quien entenderse procede a la entrada, haciendo uso de la fuerza si las circunstancias la precisan. Cuando el Juez obra en un campo inhabitado es suficiente que si llegado a sus linderos y si no hay persona normal con quién entenderse sobre el particular, deje trascurrir el término antes indicado.

De la diligencia hay que dejar la correspondiente acta, como de las de otro género, cuidando el funcionario que sea lo más completa posible, que en ella conste el exacto cumplimiento de las normas vigentes al respecto, pues no debe olvidarse el principio general de la inviolabilidad del domicilio que de ser lesionado acarrea sanciones penales (v. C. Penal), relievándose así lo delicado de una diligencia de tal clase.

Propónese la ley que las disposiciones judiciales no sean burladas y tengan cumplimiento real por lo que el que no se encuentre persona en el lugar del allanamiento y que pueda intervenir en el mismo deja de ser obstáculo para su práctica, como tampoco lo es la interposición de recursos en el acto, pues se carece de la facultad de interponerlos por tratarse de una actuación de las llamadas de cumplimiento. Por ello es comprensible que la providencia que lo

ocasiona debe estar en firme, a menos que se trate de un secuestro como se ve al tratar de éste.

ART. 431. — En garantía de los particulares, por demás justa, el allanamiento debe practicarse en horas hábiles, que son las llamadas de despacho. No obstante cuando es empezado en la mañana puede continuarse aún hasta las horas de la tarde, sin interrumpirlo, ya que la disposición en referencia no es susceptible de una aplicación estrecha, meramente textual, y que contrarían las reglas básicas del procedimiento.

Con relación al allanamiento, cabe tomar medidas tendientes a evitar que cuando vaya a ser practicado se frustre su objeto, facultad de que el Juez debe hacer uso recurriendo a la Policía, la que para el caso le está subordinada en un todo, porque de no ser así sería ineficaz su intervención y prácticamente inconducente. Las aludidas medidas pueden concretarse a sellamientos, órdenes de vigilancia, etc., etc.

ART. 432. — Antes quedó expresado que de todo allanamiento debe firmarse la correspondiente acta por las personas que en él intervengan, la que está destinada a dar testimonio de lo actuado. Además, la actuación pública, siguiendo las reglas comunes, requiere testimonios de tal índole para el lleno de su finalidad satisfactoriamente y para que produzca eficaces consecuencias. Por otra parte, la omisión de las firmas de los particulares intervinientes, que puede suplirse por medio de testigos y lograrse mediante los medios de coacción de que disponen los Jueces, está lejos de acarrear vicio grave en cuanto al mérito de la respectiva diligencia en la que las firmas indispensables son las de los funcionarios actuantes.

ART. 433. — Son excluídas del allanamiento las oficinas y casa de habitación de los agentes diplomáticos, embajadores, ministros, etc., en gracia de la ficción consagrada por el derecho internacional que mira, por una ficción de extraterritorialidad, esas propiedades como objeto de una prolongación de la soberanía del Estado que ellos representan. Sin embargo, ante la renuncia que aquéllos hagan de la cuestionada prerrogativa es factible que la autoridad judicial penetre en esos lugares.

Conviene observar que los agentes consulares no están revestidos del aludido privilegio, pór cuanto ellos no representan en el campo de las relaciones internacionales, ante los órganos del poder público, al Estado al cual sirven y tienen la condición de simples agentes comerciales. A ellos, por conceptos de cortesía internacional les son concedidas apenas algunas garantías especiales, sujetas siempre al retiro de su *exequator,* que no es otra cosa que la autorización que les da el Estado en el cual actúan para el desempeño de sus funciones propias.

Capítulo VI

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Parágrafo I. — Impedimentos

Art. 434. — Lo primero que interesa en materia procesal es la capacidad funcional de que la ley inviste a los funcionarios para que actúen en nombre del poder público. Si en general no han sido investidos de ella para un género de negocios determinados se tiene entonces la incapacidad general, en oposición a la especial que se refiere a un negocio dado, cuando concurren las circunstancias señaladas en la ley, las que dan base para temer sobre la imparcialidad del funcionario, por afección, falta de libertad, etc., y, por tanto, para vedarle la actuación en él, que es precisamente la constitutivo de los llamados impedimentos, que son garantía de la administración de justicia. Por ellos, aunque el negocio de que se trate sea atribuído a un Juez de manera general, dentro de la organización judicial, se le veda actuar en el mismo, lo que equivale a su separación. Ahora, si de hecho actúa entonces se presenta una actuación irregular por violación de la legislación. El impedimento es, pues, la concurrencia en relación con un funcionario de motivos por los que la ley lo separa del conocimiento de un negocio no obstante estarle atribuído de manera general, viniendo a ser, por tanto, especial la incompetencia suya.

Art. 435. — Originan los impedimentos las siguientes causas:

1º) El parentesco, bien de consanguinidad o de afinidad (Arts. 35 y ss. C. C. Ley 45 de 1936) dentro del cuarto y el segundo grado, respectivamente, del funcionario con los litigantes. Esa causal radica en la unión y afecto familiares que quitan libertad en la apreciación de los negocios y lesionan la imparcialidad necesaria a todo funcionario. Conviene anotar que el parentesco es legítimo o natural y que a uno y otro se refiere la disposición, sin que sea lícito hacer diferenciaciones en la aplicación de ella.

2º) El parentesco dentro del segundo grado del funcionario con el apoderado o representante de alguno de los litigantes. Sobre el particular cabe observar que entre tanto no actúe el sustituto no se actualiza el impedimento ya que antes de su actuación, prácticamente, carece de representación que radica en el principal.

3º) Cuando el Juez tiene interés en el pleito, lo mismo que sus parientes antes mencionados, hay impedimento aun cuando no figuren como partes propiamente dichas, por ejemplo, cuando se demanda para una sucesión en la que sean herederos, cuando se pide en nombre de una comunidad y ellos son comuneros, pues entonces también existen motivos de parcialidad, bastantes para que estén impedidos. Igualmente en el supuesto que dichos parientes sean intervinientes adhesivos.

4º) La tutela y la curaduría crean vínculos de intereses y de afectos entre las personas y de allí que sea fundado el impedimento contenido en el ordinal cuarto en guarda de la mentada imparcialidad.

5º) La adopción (Arts. 269 ss. C. C.) ocasiona vínculos de derecho, relaciones afectivas y familiares que como lo visto en los casos anteriores da margen a la lesión de la imparcialidad que quiere lograrse en los funcionarios.

6º) El dictar una providencia implica una convicción del funcionario sobre su razón de ser y su solidez por lo que la revisión de la misma no debe ser hecha por él, pues si no fuese así la segunda instancia carecería de interés en la práctica, y no sería otra cosa que una repetición de lo actuado en la primera, cosa inaceptable a todas luces ya que apenas se daría margen a actuaciones inútiles.

7º) Se considera que el parentesco entre el superior y el inferior, del Juez *a quo* y el *ad-quem,* también es propicio a lesionar la imparcialidad del primero y de allí que en esos casos exista impedimento.

8º) La dependencia económica de un sujeto con relación a otro y de los hijos, cónyuge, en fin, atenta la independencia del sujeto investido de las funciones judiciales y por eso su existencia (de la dependencia) acarrea impedimento.

9º) La intervención en pleito como abogado, testigo, perito, agente del Ministerio Público, liga a los sujetos en el sentido de su intervención, comprometiendo la imparcialidad suya en el proceso o colocándolos en posiciones inarmónicas como son las calidades mencionadas y la de Juez, causa bastante del impedimento.

10º) Por muchos conceptos, las calidades de acreedor y deudor en los Jueces, o en sus parientes próximos, con relación a los litigantes crea estados de hecho propicios a torcidas actuaciones funcionales los que se descartan con el impedimento contenido en el ordinal en referencia.

11º) La sociedad colectiva (Arts. 2079 y ss. C. C., 463 y ss. C. de Co) y la en comandita simple, por su propia naturaleza, dan lugar a una verdadera unidad de intereses entre los socios y de allí que si un litigante es socio en una de ellas con el Juez, éste esté impedido para conocer del litigio, porque de lo contrario la parte contraria no gozaría de suficientes garantías.

12º) Si el Juez está instituído heredero o legatario por uno cualquiera de los litigantes —o también sus parientes próximos— está impedido para conocer de la causa respectiva por tener un verdadero interés en la conservación patrimonial del instituyente.

13º) La afrontación de los litigios ocasiona entre los litigantes un estado anímico de contienda en el que obran diversas pasiones, de notoria contradicción entre ellos y que por ser tal basta a impedir al Juez que litiga contra otro el conocimiento de los litigios

en que sea parte ese otro, para no exponerlo a la satisfacción de meras pasiones.

14º) La amistad íntima también da lugar a impedimentos, pero la legislación omite, dando oportunidad con ello a situaciones dudosas, definirla. Parece que sea criterio apropiado para reconocerla el trato común, es decir, habitual entre dos personas con manifestaciones reiteradas de mutuo aprecio, favores y atenciones recíprocas, manifestaciones de ellas en ese sentido, etc.

15º) Al igual que la anterior, la enemistad manifiesta produce impedimento, aún cuando no está definida bien en la legislación y para precisar su concepto se debe hacer uso de lo dispuesto por el artículo 669 en el numeral séptimo. Obsérvase que la jurisprudencia ha aceptado por demostración de enemistad la formulación de denuncio criminal contra otro sin que haya reconciliación.

16º) Si el fallador tiene pleito pendiente sobre lo mismo que haya de fallar, está impedido para hacerlo, con el fin de descartar el recargo de un verdadero criterio unilateral en las decisiones y, en especial, para evitar su influencia sobre otros que le estén subordinados.

ART. 436. — Con las personas de derecho público —estado, departamento, intendencia, Municipio— y las jurídicas (Art. 636 C. C.) no sucede, en general, lo mismo que con las naturales, porque su calidad de deudoras o acreedoras no se deja sentir en forma tan marcada como en las últimas y no están en condiciones de perturbar con facilidad la independencia funcionarista. Únicamente extremando los conceptos podría verse en las calidades mencionadas causales bastantes para separar a los jueces de los litigios. Es aún la misma práctica judicial la que inviste al artículo de fundamento, pues a diario se presentan casos que muestran que la condición de deudor de aquellas personas no resta imparcialidad a los jueces.

ART. 437. — Es obligación perentoria del Juez impedido manifestarse así, bien que el impedimento sea coetáneo a la presentación de la actuación o aparezca durante la secuela del juicio, cosa corriente en el desarrollo de las actividades sociales, manifestando los hechos o los actos que lo integren. Sobre el particular hay que distinguir si es o no allanable, puesto que si es lo último debe ordenar la remisión de las diligencias al que sea competente, al igual que cuando una de las partes, interesada no ha comparecido a representar sus derechos por sí o por medio de apoderado. En la práctica, no es de usanza la designación de Jueces suplentes, por lo que en los circuitos en que haya un solo Juez, si está impedido debe dirigirse oficio al Tribunal respectivo para que designe quién debe suplirlo en el conocimiento del negocio y no sufra dilaciones perjudiciales la tramitación de los litigios.

ART. 438. — En el evento de que el impedimento sea allanable la parte interesada o mejor dicho, en cuyo favor se declara, puede aprovechar sus consecuencias expresa o tácitamente, esto es, dicien-

do en la notificación que se le haga que no allana, o dentro de los tres días siguientes, o guardando silencio sobre el asunto. Por otro aspecto, siendo capaz —porque si no lo es debe el representante suyo llenar las exigencias propias del desistimiento, etc.— tiene la parte facultad de allanar, lo que no es otra cosa que la voluntad de no aprovechar las resultas del impedimento y la prórroga de la jurisdicción del impedido (Arts. 147-153), la renuncia de algo que pertenece al litigante en cuyo favor se ha establecido la causal de impedimento de que se trate.

ART. 439. — Los impedimentos son beneficio de la parte, entre otras cosas, para no ser compelida a colocar sus intereses y derechos bajo las actividades de quien no ofrezca suficientes garantías de imparcialidad. De donde se infiere que a ella importan en primer término por lo cual cabe su renuncia (Art. 15, C. C.), puesto que a tal cosa equivale el allanamiento. Empero, son inallanables los impedimentos comprendidos por los ordinales 1º, 3º y 5º del artículo 435, porque en ellos entra en juego el principio consagrado en todas las épocas y en las legislaciones, que ha llegado a ser vulgar: no se puede ser Juez y parte, y en el que entra en juego, además, no sólo el interés particular sino el público o social. Cuando el interés no es del Juez sino de ciertas personas con las que está ligado, hay una extensión del principio y si se quiere la consideración de un solo interés entre ellas. Lo precedente deja deducir que los impedimentos son de dos clases, a saber: absolutos los inallanables y relativos los anallanables.

PARÁGRAFO II. — Recusaciones

ART. 440. — La separación de los funcionarios en las causas obedece a impedimentos que ellos mismos reconozcan o a recusación propuesta por la parte, si dejan de cumplir ese deber de reconocerlos, pues en manera alguna puede sujetársela a la mala fe del empleado y no investírsele de ese derecho en defensa de sus intereses, del que cabe hacer uso en cualquier época antes del pronunciamiento de la decisión del negocio, por cuanto que la trascendencia de la recusación deja actualizarla así con miras a la recta administración de justicia, siendo el tiempo de proponerla más amplio que el propio de los demás incidentes (Art. 394), lo que marca una verdadera excepción. En principio, la recusación no debiera existir en vista de la obligación de los funcionarios de declararse impedidos, pero ante la posibilidad de que no la cumplan y aun de que no conozcan el impedimento, tienen las partes la facultad de proponerla en su beneficio. Procede no solamente contra el empleado principal sino también contra quién obre en su lugar, en el carácter de comisionado (Art. 138), porque éste está en la posibilidad de no obrar rectamente por los mismos motivos que aquél. Las causales de recusación no son otras que las especificadas en el artículo 435, de naturaleza taxativa, por ser verdaderas excepciones a la jurisdicción

y competencia que se determina de modo general. Toda excepción es concreta y no suceptible de analogías que desvirtúen la regla a que se refiere. La recusación es, pues, la actualización de los impedimentos, a petición de parte legítima, un medio de ella defenderse de parcialidades de los funcionarios y de origen legal.

ARTS. 441-442. — La recusación, al igual que las otras actuaciones, ha de ser respetuosa de los funcionarios, so pena de que sea desechado el escrito que la contenga, y su proposición es hecha ante el Juez competente y no ante otro. Tratándose de Magistrados la recusación es conocida por los demás integrantes de la Sala a que pertenezca el recusado, sea civil o penal y, como en los otros asuntos, el proyecto de decisión debe ser confeccionado por un ponente. Cuando existen varios Juzgados la recusación de un Juez toca conocerla al que le sigue en turno, atendida la numeración que los indique, su categoría y el ramo en que obran. En el supuesto de que únicamente haya un Juez en el lugar de la recusación, de ella conoce el suplente, al igual que del negocio a que se refiera si es calificada de fundada.

ART. 443. — En términos generales, los incidentes no deben dar ocasión a otros dentro de su tramitación, para que no se conviertan en círculo vicioso y sean medio de generar dilaciones perjudiciales. Por ello no están impedidos los funcionarios ante quienes sea propuesta la recusación y tampoco son recusables. De donde se concluye que es infundado por todo aspecto que se declaren impedidos. Además, si en su contra se propone recusación, debe desecharse de plano por improcedente y no dar ocasión a otras actuaciones distintas y embarazosas de la decisión de la cuestión propuesta. La legislación propende a la rápida decisión de los asuntos y de allí que no sea recusable el funcionario que conoce de otra recusación.

ART. 444. — Quedó dicho antes que las causales de impedimentos son taxativas, limitativas o restrictivas, por lo cual la recusación apoyada en otras distintas a las especificadas en la ley (Art. 435) es de improcedencia evidente y debe ser desechada de plano, porque a ningún objeto conduce su tramitación siendo que el Juez carece de facultad para acoger causales no comprendidas en la legislación, pues señalarlas es atribución exclusiva del legislador y no corresponde a los Jueces. Al contrario, si la causal aducida encaja en la ley, debe solicitarse al recusado informe sobre el particular, que si armoniza con lo dicho por el recusante, ocasiona la declaración de la recusación no por el concepto de confesión únicamente sino porque es un documento emanado de funcionario público, que por ser tal da margen a que surta completos efectos. En el caso de que el recusado niegue la existencia del impedimento, el asunto se abre a pruebas por el término indicado en el artículo, siendo las pruebas de cargo del recusante. Si resulta la procedencia de la pretensión del último, entonces han de tomarse las medidas conducentes a investigar la falsedad en que pueda incidir el recusado ya que es evi-

dente que la atestación en documento público ha de ceñirse a la verdad en un todo.

ART. 445. — La carga probatoria pesa en todo caso sobre el recusante, ya que sería contrario a toda lógica descargarla sobre el recusado. La decisión en contra del primero le origina, en los casos de temeridad, la condena en costas y al pago de multa de diez o cincuenta pesos de valor. No expresa el artículo en favor de quién es aplicada, pero creemos que lo sea en favor de la parte contraria, pues en su contra y perjuicio se promueve el incidente dilatorio de la actuación menoscabando su derecho a una actuación rápida que perjudica el incidente. Porque declararse impedido es una obligación, la condena al pago de las costas causadas procede contra el empleado recusado, por el hecho objetivo del éxito de la recusación en el supuesto de que haya negado la existencia de las causales de impedimento, pues su conducta es entonces maliciosa y acreedora a sanción, que debiera ser, además, de multa ya que ella es más grave si se quiere que la del recusante temerario.

PARÁGRAFO III. — Impedimentos y recusaciones de los secretarios

ARTS. 446-447. — Aun cuando no parezca así, por la posición que ocupan, los Secretarios están en las mismas condiciones que los Jueces para esquivar el lleno de la imparcialidad a que están obligados y por ese motivo, con relación a ellos, existen las mismas condiciones de impedimento y recusación que existen con referencia a los otros, en beneficio de las partes y en salvaguardia de sus derechos.

CAPÍTULO VII

NULIDADES

ART. 448. — Acogiendo los principios generales existentes en materia de derecho, la legislación procesal contiene normas encaminadas a la fijación de vicios en las actuaciones judiciales, tanto en materia formal como en la sustancial, que las dejan sin verdaderos efectos jurídicos. A pesar de que por el objeto del procedimiento a primera vista parece adjetivo, en especial si se lo relaciona con el derecho sustantivo, él tiene existencia, digamos, por sí para garantizar la libre acción y contradicción de las partes, dentro de normas ciertas y precisas, dando con ello estabilidad a los derechos y aplicación al antiguo y universal principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido vencido en juicio, ante autoridad competente y con observancia de las ritualidades procesales propias, consagrado por la Carta Fundamental de la República en el Art. 22.

Las nulidades tienen por objeto, pues, proteger los intereses de las partes para que no se les haga objeto de arbitrariedades. Por tanto, su efecto inmediato y propio es quitar eficacia jurídica a las

actividades desarrolladas con desconocimiento de las normas legales que reglan la actuación en juicio por parte del Estado y de los litigantes. Las causales de nulidad son:

1º Incompetencia de jurisdicción. La jurisdicción es la facultad que corresponde al Estado por medio del respectivo órgano para administrar justicia y la competencia es la actualización por determinada entidad de esa facultad con relación a determinado negocio. La atribución de competencia pertenece al derecho público y de allí que, en principio, no dependa de las facultades de las partes. En todo negocio, en consecuencia, es presupuesto procesal la jurisdicción y competencia y, por tanto, cuando no se da y de hecho es adelantado mal puede surtir plenos efectos legales, porque si no fuese así la organización jurisdiccional del Estado, que es de interés u orden público, caería en manos de las personas privadas.

La incompetencia puede darse: *a*) cuando el conocimiento del negocio está atribuído a otro funcionario, v. gr.: de la interdicción de disipadores conocen los Jueces de Circuito y si de hecho conoce un Juez Municipal; *b*) cuando se pierde o se suspende de manera absoluta (Art. 145); *c*) cuando se pierde relativamente (Art. 146); *d*) cuando se suspende (Art. 147). Lo anterior pone de manifiesto que la incompetencia es con relación a una entidad específica o personal, esto es, relativa a una persona. En ella tienen interés uno y otro litigante.

2º) Ilegitimidad de personería. Esta causal de nulidad se refiere a la representación en juicio, que requiere la llamada capacidad procesal, que es otro de sus presupuestos. La capacidad es necesaria en la validez jurídica de los actos y la carencia de ella hace nacer la nulidad de la actuación. La actividad de un menor en juicio, sin representante legal o legítimo, produce nulidad, pues su obrar no puede equipararse en sus efectos a los que produce la actuación de la persona revestida de plena capacidad, sin incurrir en absurdo. El apoderado debe tener por sí capacidad procesal (v. Leyes de Abogacía) y de representación, que no es otra cosa que la facultad de obrar en nombre de otra persona y que se consigue por medio del correspondiente poder o mandato (v. C. C.). Su falta acarrea nulidad en atención a que la seguridad personal y patrimonial de los ciudadanos no queda comprometida con hechos y actos a los que sean extraños y cuando no se tiene representante legal o apoderado que los haya ejecutado. A diferencia de la anterior, la presente causal de nulidad tiene marcado carácter unilateral.

3º) La falta de citación o emplazamiento en forma debida. El debate judicial es adelantado con llamamiento de las personas cuyos intereses se colocan bajo la decisión de los órganos jurisdiccionales, con lealtad que excluye los asaltos a la buena fe, y de allí que si no son llamados en forma legal se incida en nulidad. No importa sólo el llamamiento inicial, al constituírse el litigio, pues las providencias que en el curso de sus etapas se dictan deben ser

noticiadas, con los rigorismos de ley, para que los litigantes las conozcan y estén en condiciones de ejercer en contra los recursos legales y ordenar sus actividades en el sentido que juzguen conveniente. La vocación en un proceso es acto necesario en relación con todo litigante puesto que omitirla es hacerlo extraño al litigio, en la realidad, y por tanto no debe operar efectos en su contra, ligarlo a sus consecuencias.

ART. 449. — Desaparece la incompetencia de jurisdicción en los siguientes casos concretos:

a) Si la jurisdicción es prorrogable y las partes intervienen sin reclamar en oportunidad. La prórroga mencionada está condicionada a autorización legal y, por tanto, no depende en forma absoluta de las partes. Por ejemplo, al demandarse a un sujeto en lugar distinto al de su domicilio para el cumplimiento de una obligación personal (Art. 152, núm. 2º y 153) el actor, con la presentación de la demanda, aun cuando no lo exprese, prorroga la jurisdicción y el demandado al contestarla, lo hace tácitamente. Es la prórroga ficta o presunta.

No define la disposición cuándo es oportuno de alegar la incompetencia, pero se determina habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 330 que regla una materia íntimamente ligada con lo estudiado, esto es, debe alegarse dentro del término de contestación de la demanda, porque no hacerlo en tal oportunidad entraña una renuncia de ese medio de defensa que impide aducirlo con posterioridad, ya que el procedimiento es preclusivo.

b) Al venir a quedar en firme las relaciones judiciales en el litigio en que sean dictadas, en mérito de su seriedad y autoridad no son revocables ni reformables, en gracia de que tienen un carácter preclusivo que luego se analizará; de donde se infiere que la calificación anterior de la incompetencia alegada veda discutirla de nuevo y hace improcedente su proposición y desechable de plano. De suerte que la competencia denegada descarta la existencia de nulidad.

c) La ratificación es un acto jurídico que presupone capacidad de los sujetos y un objeto lícito y, naturalmente, en derecho goza del efecto de que desaparezcan los vicios de aquello sobre que recae y que tenga las consecuencias del hecho o del acto jurídico normal o regular. Por ello, la ratificación, que es irrevocable unilateralmente, surte el resultado de hacer desaparecer la nulidad por incompetencia y de descartar su alegación.

d) Lo normal cuando en el lugar existen varios jueces de la misma categoría es que su competencia en los negocios empiece a actualizarse previo repartimiento, pero ése es un requisito que mira ante todo a la división del trabajo, por lo cual no está revestida su omisión de la trascendencia de generar nulidad. Lo mismo que si es cumplido de manera imperfecta.

e) La provisión de los empleos judiciales exige que las perso-

nas reúnan ciertas condiciones de idoneidad (v. C. Judicial y Leyes de Abogacía) pero el nombrarlas sin que reúnan esas condiciones podrá ocasionar responsabilidad en quien o quienes las designan y otras consecuencias, pero no la incompetencia de jurisdicción, puesto que a dicha irregularidad es exagerado atribuirle esos efectos.

ART. 450. — La ilegitimidad de la personería deja de surtir efectos como causal de nulidad:

1º) Cuando controvertida en incidente —de excepciones o de nulidad— se haya resuelto que no existe, lo que ocurre cuando la parte misma posee capacidad procesal o quien figure como su apoderado. La resolución que se dicte sobre el asunto, una vez en firme, viene a ser ley del proceso inmodificable, por lo que es inaceptable la posibilidad de admisión del incidente de nulidad.

2º) Cuando se encuentra en los autos un poder otorgado a quien figure como apoderado, aunque no lo haya aceptado en forma expresa. Siguiendo las normas de la ley sustantiva (Art. 2150 C. C.), la legislación procesal en la práctica admite que la aceptación del mandato puede ser tácita, pues a eso equivale lo dicho al principio. El reconocimiento de la personería del apoderado (Art. 258) es apenas un acto formal de constatación oficial del mandato, que carece del alcance de darle eficacia legal al acto por medio del que un sujeto encarga su representación a otro, acto que se cumple y perfecciona consensualmente (si es especial) sin que requiera en su validez ratificación o algo análogo por medio de las autoridades judiciales. Reconocer una personería es crear también mayor certeza procesal, pero no ejecutar acto indispensable para su existencia.

3º) La nulidad por ilegitimidad de personería es cuestión que interesa primordialmente a la parte no representada en juicio en debida forma y por eso ella tiene facultad de ratificar las actividades del apoderado irregular y hacer viable la continuación regular del proceso, si el poder conferido adolece de defectos o no es bastante. Por ejemplo, si se ha pedido más de lo indicado en el mandato, la ratificación expresa descarta la ilegitimidad de personería.

4º) Aquélla tiene lugar de manera tácita, si el apoderado actuante carece de poder bastante y si el representado actúa en juicio en forma que haga manifiesto su asentimiento a la representación, como sería el sustentar un recurso interpuesto por dicho apoderado, tratar de aclarar algunas manifestaciones suyas, pedir pruebas en la acción propuesta por aquél, desistir de un recurso propuesto por el mismo, etc., etc., puesto que si obra en el sentido indicado quien pudo aprovecharse de la ilegitimidad de personería, a no dudarlo, su actividad no tiene otra interpretación diferente que la de una ratificación que impide la nulidad en referencia.

Finalmente, en las líneas precedentes quedó anotado que la nulidad proviene, entre otras causas, de falta de notificaciones en legal forma, la que da ocasión a la nulidad de lo actuado con posterio-

ridad a su omisión siempre que no exista intervención posterior, en ese tiempo, de la parte o de las partes. En el caso de que exista desaparece la causal de nulidad, porque el interviniente al representar está en condiciones innegables de conocer que sus intereses son cuestionados en juicio y las providencias dictadas, que es lo que importa en realidad. Por otra parte, la no reclamación anterior contra lo actuado, si se quiere, entraña abandono de la facultad de solicitar la declaración de nulidad en su defensa.

Para mejor comprensión de lo tratado conviene exponer lo que aparece a continuación:

En ocasiones demandantes inescrupulosos hacen protestas de ignorancia del domicilio y residencia de los deudores, no obstante conocerlos y obtienen la designación de curadores *ad-litem* con quienes son adelantados los procesos. El procedimiento debe estar informado de buena fe y como es claro que toda vocación a juicio, en principio, debe ser personal, el proceder en la forma indicada causa nulidad. La designación dicha obedece a un motivo real que no es legítimo cuando apenas es aparente, pues no puede favorecerse la mala fe de quien obra en la forma anotada con lesión de los intereses de otro y contrariando la equidad y la justicia. En tales casos existe, sin duda, falta de citación en debida forma y, por tanto, nulidad.

El llamamiento a juicio de las personas se cumple con su determinación precisa y cierta. Esa individualización es indispensable aun para los efectos de la cosa juzgada y cuando no se cumple existe nulidad por falta de citación regular; por ejemplo: si se demanda a los hijos de un sujeto sin la especificación de sus personas por sus nombres y en la persona de su madre como representante legal suya, ya que así no puede saberse si tiene la representación de ellos y a cuáles se demanda.

ART. 451. — Las nulidades que podemos llamar generales quedan contenidas en el artículo 448 a diferencia del presente que contiene las especiales y relativas a los procedimientos ejecutivos, a saber:

La falta de citación para sentencia de pregón y remate (Art. 1029) da margen a nulidad, porque ella determina la oportunidad del ejecutado aducir medios de defensa, mejor dicho, la época hasta cuando su presentación es admisible. Es claro que reviste especial gravedad el que no quede cerrada antes de la sentencia la etapa que es previa de ella, sin dar al ejecutado seguridad en su defensa, sin terminar la oportunidad de hacerla.

La omisión de las formalidades prescriptas para la verificación de los remates, tales como avalúo, anuncios al público (Art. 1037), pregones (Art. 1044), acarrea nulidad, por el incumplimiento de requisitos que son garantía de los deudores a quienes no se debe colocar en situación demasiado precaria.

Antes de toda ejecución es necesario noticiar a los herederos del deudor fallecido (Art. 1434 C. C.) los títulos ejecutivos que pesaban

contra él, según la ley sustantiva, so pena de incurrir en nulidad. Esa notificación se justifica en atención a que la situación de los herederos por sí no hace conocer las deudas que pesen sobre el causante y a que no se fundamenta que antes de que se tenga por parte de ellos un conocimiento cierto de tales deudas se avance procedimiento ejecutivo en contra suya, puesto que él tiene razón de ser cuando en realidad los obligados saben lo que adeudan y han tenido tiempo de consultar las prestaciones a que estaba obligado el *de cujus*. Ahora, no habrá nulidad cuando los interesados capaces hayan renunciado en forma eficiente, bien expresa o tácita, el derecho a la aludida notificación, pues se trata de algo establecido en su exclusivo interés y de allí su renunciabilidad, como también la tiene el término de ocho días señalado en la ley sustantiva y que ha de transcurrir antes de adelantar la ejecución que proceda.

Las nulidades contenidas en el artículo ofrecen estos aspectos interesantes: En sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y seis (v. Gaceta Judicial, N° 1904, de 1936), por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia sentó la tesis consistente en que la nulidad del proceso ejecutivo no acarrea la del remate que se verifique en el mismo, cuando el remate cumple con lo de su cargo, considerando que el proceso es acto en esencia distinto a la venta que se hace con el remate, tesis que parece gozar de general acogida.

Empero, en buena técnica jurídica no cabe negar la distinción anterior, pero sí las consecuencias que se quieren hacer surgir de ella. La resultante de una ejecución avanzada con el lleno de las disposiciones legales es la venta de bienes, por medio de la almoneda, venta forzada que cabe hacerla contra la voluntad del deudor y que tiene en sus efectos el alcance del contrato dentro de la ley sustantiva. La situación de vender un bien perseguido en la ejecución, mejor dicho, la preparación de la venta se cumple de manera normal con el lleno de los requisitos procesales vigentes y ésa es precisamente la base de la representación que entonces tiene el Juez del ejecutado, de quien viene a ser mandatario. Por tanto, la nulidad del juicio ocasiona la del remate, porque el Juez al llevarlo a efecto no ejecuta un acto sólido, de eficacia jurídica, por falta de capacidad, pues ésta surge de un procedimiento regular.

Así como se anula el mandamiento de pago, que es un acto judicial así también procede anular el remate hecho. En derecho, en orden a su subsistencia, no cabe hacer diferencias entre los dos actos, puesto que adolecen de los mismos vicios y, por consiguiente, corren igual suerte. Por ciertos aspectos, la ejecución es causa del remate y desapareciendo ella por nulidad, en buena lógica, debe desaparecer aquél. En su desarrollo lógico, la tesis que se desecha llegaría hasta autorizar la venta de propiedades ajenas por los

jueces sin la existencia de juicios en que se ordenara, lo cual es inadmisible.

Por otros aspectos, la intervención de un tercero rematante no debe dar lugar a impedir la nulidad del remate, porque la protección que merece por la calidad suya no merece extremarla en tal forma. La buena fe que en él se presume (Art. 769 C. C.) no llega hasta el extremo injusto e inequitativo de hacer válido un remate en juicio nulo, porque está en condiciones de conocer la causal o las causales de nulidad y porque puede recobrar el precio pagado, con lo que se descarta una verdadera lesión, en el sentido jurídico, a su derecho. En mérito de lo dicho cabe concluir, pues, que la nulidad del juicio entraña la del remate.

Las nulidades en juicios ejecutivos tienen características bien especiales que las hacen alegables aún después de la sentencia, por lo siguiente: la sentencia de pregón y remate es distinta en sustancia a la que se dicta en los otros juicios, porque no finaliza el proceso y es apenas un requisito para el avance de la ejecución, que constata los derechos reconocidos con anterioridad, que en sí no desata una controversia en el sentido jurídico del vocablo. De consiguiente, la sentencia aludida no impide, como en los juicios ordinarios, la alegación de nulidad. Además, ello no finaliza las ejecuciones y sería en la práctica inoperante la nulidad si no pudiese proponerse luego de la sentencia dicha, tesis conforme con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (v. Gaceta Judicial Nº 1930 de 1937).

Art. 452. — Algunos juicios especiales dan ocasión a remate de bienes —divisorio de bienes comunes por venta (Arts. 1143 y ss.), de venta de inmuebles de menores (Arts. 809 y ss.), de acción hipotecaria o prendaria (Art. 1189)— en los que hay que observar los requisitos tendientes a que la venta en pública subasta sea cumplida en forma regular, garantizando los derechos de las partes. La enajenación que entraña el remate presupone el lleno de formalidades si se quiere sustantivas cuya omisión hace nacer la nulidad (v. C. C.), motivo bastante para que en los procesos especiales quepa la causal especificada en el artículo 451, bajo el numeral segundo. La omisión de los pregones, de los anuncios al público y demás, genera, pues, en ellos nulidad, la que puede subsanarse con la ratificación de parte capaz, como las otras causales.

Art. 453. — En los procesos de concursos de acreedores la ilegitimidad de personería de un acreedor o de quien actúe en su representación carece del efecto de anular todo el proceso, como cuando ella concurre en relación con el ejecutado o concursado, por cuanto que en sí es independiente, de subsistencia y causa propia la acción que adolezca de la ilegitimidad en mención y que por ser tal no subordina la validez de lo actuado por otros acreedores. El concurso es una persecución múltiple, de varios, sobre la materia de él con el fin de hacer efectivos los derechos de los acreedores

y el que falle o sea viciada procesalmente la acción de uno de ellos, de ninguna manera trasmite sus vicios a los demás incoados, pues sería contrario a sanas normas básicas de toda actuación procesal. Las varias acciones ejercitadas en el concurso no son efecto de otra de distinta persona y de allí que la última, en sus efectos, no obre en las primeras por no constituir su causa.

ART. 454. — La ratificación de lo actuado es medio propio de destruir las nulidades de la actuación, pero si ellas provienen de incompetencia de jurisdicción improrrogable (Art. 153), la ratificación dicha es insuficiente a prorrogar la jurisdicción, porque según quedó expresado antes, ella es de derecho público y no depende del mero arbitrio de las partes, las que con sus actos no tienen facultad para investir, contra la ley, de capacidad a los funcionarios. En cambio, sí es viable la prórroga de jurisdicción, es decir, autorizada por la ley, la incompetencia desaparece y, en consecuencia, la causal de nulidad radicada en ella.

ART. 455. — Las nulidades no son alegables únicamente por las partes sino que son constatables, además, por los funcionarios, por cuanto que el Estado importa la corrección de las actuaciones procesales y sería absurdo colocarlos en forzosa actitud pasiva sin facultades de ponerlas de presente en los autos y obligarlos a desarrollar actividades sobre los elementos viciados y en sí ineficaces. Por ello en cualquier momento procesal, pero en todo caso antes de la decisión de fondo y definitiva, el juez de la causa debe poner en conocimiento de los litigantes, por auto que se notifica personalmente, las causales de nulidad que encuentre, en lo que resalta su carácter de colaborador de ellos. La constatación en referencia no tiene que ser hecha necesariamente cuando el negocio pasa al despacho del Juez para fallar, pues puede serlo antes, lo que armoniza con la economía procesal y la equidad, porque sería contrario a ellas propiciar el desarrollo de procesos viciados y, además, a la seriedad de las entidades jurisdiccionales.

La parte favorecida con la causal de nulidad posee la facultad de ratificar la actuación de manera expresa al notificársele el auto que se dicta o dentro de los tres días siguientes, allanando así la causal de nulidad y propiciando, en consecuencia, la continuación del litigio, sin que importen las manifestaciones de la parte no favorecida con ella. Por otra parte, sin la ratificación en mención, por silencio del interesado o porque pida expresamente la anulación, procede la declaración de nulidad del proceso y desde que se haya incidido en ella.

ART. 456. — La proposición de nulidades es derecho que asiste a las partes y del que pueden hacer uso antes del fallo definitivo. Por implicar un incidente creemos que sobre la materia es aplicable la disposición del artículo 394, si en el proceso se hace citación para sentencia, porque ella cierra el debate entre las partes colocándolas en situación de espera del fallo, finalizando su acti-

vidad en la instancia. Si la citación para sentencia no se hace en el litigio (Arts. 1076, 1112, 872 y ss. y concordantes C. J.) la oportunidad de alegar nulidades corre hasta antes del fallo.

Las causales de nulidad, conforme la doctrina y la jurisprudencia revisten marcado carácter taxativo y de allí que sólo las determinadas expresa y concretamente en la ley sean alegables y declarables y no otras, pues la seguridad y estabilidad procesales impiden que materia de tanto predicamento quede condicionada a apreciaciones caprichosas que menguan la necesaria certeza procesal. De donde procede concluir que es desechable el incidente contentivo de alegaciones de nulidades no comprendidas en la legislación, lo mismo que la alegación de nulidad aducida antes como excepción, puesto que, además de lo dicho, la nulidad cabe estimarla como una sanción la que tiene en todo caso naturaleza restrictiva.

ART. 457. — El proceso ordinario es más amplio y de allí que sea procedente cuestionar en el mismo la nulidad de que adolezca una actuación por la ilegitimidad de personería o falta de emplazamiento, aunque en el primitivo juicio se haya discutido en incidente sobre el particular. Entonces la carga probatoria pesa sobre quien alegue la nulidad y la principal petición del ordinario es la de que se declare la nulidad dicha. El interesado puede proponer la excepción acotada, además, en la ejecución de la sentencia dictada en el primer litigio, bien haya o no necesidad de adelantar otro juicio (Arts. 549 ss.) y su definición es hecha en incidente. Obsérvase en el asunto un caso de verdadera excepción a la regla vista antes de que la nulidad, por lo común, debe ser alegada y declarada antes de las sentencias.

A su vez, la mencionada excepción, deja de comprender la nulidad por informalidades en el remate. Ésta es discutible en juicio distinto al en que ocurre, con lo cual se descarta su discusión por las partes dentro del respectivo litigio, lo que vale decir que tal nulidad ofrece caracteres distintos a las otras. En consecuencia, los Jueces también están en el deber de ponerlas en conocimiento de las partes, porque su declaración no procede sino en la forma anotada, a menos que ellas, inclusive el rematante, así lo quieran, proceder que no contraría normas legales y de notoria licitud.

ART. 458. — En nuestro sentir este artículo no consulta los principios constitucionales ni los directrices en materia procesal, por esto: Que nadie puede reunir en sí las calidades de Juez y parte al mismo tiempo es principio inconcuso y garantía de toda organización jurisdiccional y la aplicación de la disposición lo desconoce, con mengua de normas consagradas (Art. 455, 153), porque a ello equivale disponer que la anulación de un proceso impone la condena al pago de las costas de lo anulado al Juez actuante. Si el Juez anula debe condenarse. Jurídicamente, la persona pri-

vada no puede reunir las dos calidades dichas y sería absurdo negarlo, en lo que resalta la razón de la tesis que se expone.

Si es el Superior quien declara la nulidad, tampoco procede la condena contra el inferior, porque él no es oído en el asunto y entonces se hace una condena sin audiencia y vencimiento del sujeto contra quien es dictada, cosa contraria al principio constitucional que garantiza la libertad personal y la estabilidad patrimonial (Art. 22 Constitución), sin que valga argumentar en contrario que la condena en esos casos es sanción disciplinaria, o algo análogo, pues la determinación de su monto no está contenida en la ley (Art. 188) y es condena porque genera una obligación equivalente o igual a los desembolsos hechos en lo anulado, un reintegro que no consulta tampoco los principios sobre la responsabilidad de los funcionarios.

ARTS. 459-460. — Se ha dicho ya varias veces por qué los interesados tienen facultad de ratificar actuaciones judiciales que adolezcan de nulidad, fenómeno jurídico que da validez y eficacia a lo que constituya su objeto y que, por tanto, hace desaparecer la causa de la condena en costas de que trata el artículo 458.

La ratificación de procedimientos nulos por parte de los agentes del Ministerio Público (Arts. 159 ss.) y que son ocasionados por incompetencia de jurisdicción improrrogable —como también de los representantes de las personas jurídicas (Art. 633 C. C.) y de los guardadores (Art. 428 C. C.)— es acto trascendente que requiere autorización judicial, por ser dispositivo en esencia y no comprendido dentro de las funciones comunes de los mencionados representantes.

Observaciones finales

Es propio de este lugar hacer estas observaciones sobre la materia de las nulidades:

Es la primera que tanto el funcionario *a-quo* como el *ad-quem* están en la obligación de poner en conocimiento de las partes en aplicación del artículo 455, la causal de nulidad que hallen al estudiar el negocio respectivo, por cuanto que dicho artículo no hace distinción alguna, de donde se viene en conclusión que aunque el asunto se halle ante el Superior por motivo de apelación o consulta de lo resuelto en un mero incidente, debe poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad aún no relativa al incidente mismo, porque así se cumple una actuación más correcta, pues ningún funcionario está obligado a pronunciar decisiones que tengan todos los caracteres de ineficacia por razón de la nulidad en que se haya incurrido. Sin duda alguna, ésa es la aplicación racional del artículo, que no permite que se hagan actos inoficiosos o desprovistos de objeto justificado, que se cumplan erogaciones de las partes, de una u otra índole, que en realidad sean inconducentes.

Por otra parte, ninguno de los principios rectores del procedimiento se desconoce con lo anotado sino que por el contrario se

acatan, y además se propicia que el funcionario Superior llene la omisión en que por ignorancia o descuído haya incurrido el inferior, tesis acorde con la finalidad de las dos instancias, que no viola las normas que rigen la competencia de los funcionarios que actúan en la segunda instancia y que consulta los intereses de los litigantes a los que resulta favorable, desde el punto de vista del derecho procesal, los que no deben sacrificarse a nombre de situaciones más o menos sutiles y que en el fondo contrarían la justicia y la equidad. Finalmente, la tesis expuesta es acorde con la jurisprudencia de algunos Tribunales.

La segunda observación que debemos hacer es que en las legislaciones de estados extranjeros no se consagra el sistema del señalamiento taxativo de las nulidades sino que se las señala y a la vez se inviste a los Jueces de atribución para estimar si deben declararse en cada caso concreto que se presente, o de determinar principios comunes conforme a los cuales puede declararse libremente por los Jueces la nulidad, o se establecen nulidades para determinados supuestos pero dejando margen a los funcionarios para declarar otras no previstas. Si dichos sistemas ofrecen ventajas, en especial en países de vasta cultura jurídica y administración de justicia ejemplar, no dejan de tener sus inconvenientes marcados como lo es la falta de certeza a que dan ocasión, las arbitrariedades que a su nombre pueden cometerse, etc., por lo que estimamos de mejor razón de ser lo establecido en la legislación patria.

La tercera observación que hacemos es la de que el personero ilegítimo no tiene facultad de alegar la nulidad por la verdadera falta de personería para representar en juicio a uno de los litigantes, en armonía con lo sentado por la jurisprudencia, porque ése es un derecho exclusivo de la parte y mal podría aceptarse su ejercicio por quien no la representa legalmente. El pronunciamiento a que daría ocasión la admisión de las alegaciones del personero ilegítimo no ligaría, jurídicamente, a quien es parte y por tanto carecería de verdadero objeto, fuera de que daría ocasión a que sobre un mismo asunto recaiga más de una providencia judicial, porque a ello conduciría la posterior alegación de la verdadera parte, cosa inadmisible. Por otro aspecto, contraría los principios básicos del derecho el que un sujeto aproveche su intervención en juicio no justificada con ulteriores alegaciones de nulidad, pues la conducta maliciosa o descuidada suya en manera alguna puede colocarlo en posición favorable y con mengua de los intereses de una parte legítima, ante la que compromete su responsabilidad por los perjuicios ocasionados.

Capítulo VIII

DESISTIMIENTO

(v. Arts. 353, 496, 499, 532, 844, 845, 879)

Art. 461. — La *litis contestatio* hace surgir un estado de derecho por el que las partes se ven comprometidas a la decisión del negocio planteado y a la vez garantiza una actuación jurisdiccional que fatalmente tiene que recaer sobre el mismo. Desde el momento en que queda trabado un litigio, la actividad del Estado tiene que manifestarse, por medio del correspondiente órgano, por el interés o el derecho que las partes adquieren a ello. Primeramente, a las últimas importa más la cuestión y de allí que puedan hacer uso del llamado desistimiento, pues el adelantamiento de las acciones judiciales tampoco alcanza el efecto de ligar a los individuos de una manera absoluta a su decisión de fondo por medio de la justicia.

Notoria importancia tiene la institución en mención, —que sólo puede desecharse con criterio empírico—, como medio de finalizar los litigios, puesto que es razonable que quienes tengan facultad de promoverlos la tengan también para finalizarlos, tesis acorde con las calidadades del procedimiento, armónica, además, con las instituciones de la ley sustantiva, como por ejemplo la transacción (Art. 2469 C. C.).

Materia del desistimiento no es únicamente el fondo del negocio que se agite sino también los incidentes y recursos propuestos, los que tienen por objeto también dar oportunidad a una más rápida finalización de los procesos.

La naturaleza misma de lo estudiado pone de relieve su significación, por lo que se exige la presentación personal del escrito que lo contenga, ante el funcionario del conocimiento, quien, técnicamente, debe reconocerlo y no otro, como es obvio. Dicho escrito debe contener una especificación precisa de su objeto, para que no se dé ocasión a incertidumbres y a la apreciación equivocada de la voluntad del interesado, por lo que el juzgador debe exigirla, cuando sea dudosa, antes de aceptarlo o desecharlo. Igualmente, debe poner especial cuidado en apreciar si el apoderado que desiste posee facultades para hacerlo. La aceptación o rechazo mencionados son hechos por medio de auto interlocutorio (Art. 467).

Art. 462. — El desistimiento no es otra cosa que la renuncia del derecho de quien lo hace y no solamente de la acción en sí misma y mirada como independiente del primero. Por tanto, presupone plena capacidad en quien lo presenta (Art. 1502 cds. C. C.), pues sabido es que lo que importa en primer término en la renuncia de los derechos particulares es la calidad que habilite a las personas para verificarla (Art. 15 C. C.).

Generalmente, aquél ocurre antes de finalizarse los negocios y de consiguiente, tiene el mérito de reponer las cosas al estado que tenían antes de iniciarse la acción respectiva, en otros términos, las situaciones de hecho y de derecho existentes con anterioridad recobran su estado si la acción lo ha modificado, finalizan los embargos, ocasionan las cancelaciones de inscripciones hechas, vuelven al comercio los bienes puestos fuera de él, etc., etc.

Por ser el desistimiento una renuncia de la clase dicha, en principio, no cabe proponer la acción en la que sea hecho, nuevamente. Por tanto, corresponde tener bien en cuenta los elementos que la estructuran, que la individualizan, para evitar el error de desechar otras distintas que sean propuestas.

Condicionalmente pueden las partes desistir, manifestándolo expresamente. De suerte que, por excepción, puede darse el caso de desistimientos no absolutos. Ellos obedecen a la finalidad de darles oportunidad de solucionar extrajudicialmente sus pretensiones encontradas, puesto que sus intereses no deben someterse absolutamente, hacerse depender sólo de la decisión del litigio planteado.

Expresa el artículo que el desistimiento tratado produce la desaparición de la acción en que sea hecho y aceptado, pero conviene tener presente que esos efectos suyos no son absolutos, puesto que existen casos de excepción como por ejemplo tratándose de juicios divisorios (Art. 1134 ss.), porque no son propiamente contenciosos. La comunidad, propiedad de varios sujetos sobre una misma cosa (Art. 2322 C. C.), es institución que la ley sustantiva procura evitar, aun señalando términos cortos para su duración contractual, y si el desistimiento en un divisorio produjera efectos absolutos se tendría entonces la creación de una comunidad indefinida, lo que contraría la economía general y la equidad.

Es principio de derecho que lo que está prohibido directamente no puede ejecutarse por medios indirectos, el cual sería desconocido admitiendo la tesis contraria a la expuesta, pues el desistimiento generaría una comunidad de duración indefinida, como se expresó en el párrafo anterior, cosa inadmisible por todo aspecto y que equivaldría a brindar a los interesados un medio fácil de desconocer las normas de la misma ley.

En un mismo juicio pueden comprenderse varias acciones (Arts. 205, 396) y de ello resulta que el desistimiento en tales ocurrencias puede ser total o parcial, según que las comprenda todas o únicamente algunas. También ocurre lo mismo cuando una sola acción comprende varias súplicas.

ART. 463. — Tratándose de un recurso entablado, el desistimiento produce el efecto de dejar en firme la providencia contra la cual ha sido dirigido, porque entonces el recurrente renuncia al derecho de que se debata ya lo que antes fué y a las consecuencias favorables que de ello podrían resultar en su favor. Sin embargo, cuando es hecho unilateralmente, por una sola parte, y la otra

también ha recurrido la providencia de que se trate, deja de ser factible reconocerle plenos efectos generales por cuanto que el acto de desistir apenas comprende el interés de quien lo ejecuta y no el de otras personas.

El desistimiento se presenta ante el Juez del conocimiento, como es obvio, pero tratándose de apelaciones, antes del envío de los autos al Superior, cabe presentarlo al que la haya concedido, pues ello es más conforme con la economía y celeridad procesales. Es extremado sostener lo contrario, ya que es conveniente evitar en lo posible gastos y demoras y que con lo dicho no sufren mengua la organización jurisdiccional y los principios que la inspiran, máxime que la no persistencia de la voluntad particular en un recurso no debe hacer desaparecer la competencia del funcionario que aun no ha hecho lo conducente para que sea surtido.

ART. 464. — La seguridad patrimonial de las personas, tanto naturales como jurídicas, implica que únicamente les genera consecuencias jurídicas contrarias a su patrimonio el obrar suyo, de quienes las representen y el de los sujetos por quienes deben responder (v. C. C. y C. J.). De forma que es lógico y de derecho por completo que el desistir sólo perjudique al individuo que así actúa.

No proteje el procedimiento civil, ni podría hacerlo, la actividad inútil que viene a ser la cumplida antes del desistimiento, como es claro. Por eso sanciona con las costas al que desiste, entre otras causas, sanción de que se libera con la aquiescencia de su contrario que viene a ser protegido con la aludida sanción, pues en su favor se condena en costas. De allí que el desistimiento bilateral no acarree condenación en las costas causadas.

En el supuesto de que varias personas integren una parte, demandante o demandada, cada una de ellas posee independencia en cuanto a sus intereses y derechos, de donde se concluye que el desistimiento de una de ellas carece de eficacia con relación a las otras, no finaliza por sí mismo el negocio que se debata. En la *litis consorcio* activa o pasiva la actividad de un colitigante aprovecha a sus compañeros, por decirlo así, pero no los perjudica.

ART. 465. — Quedó expresado antes que una de las condiciones del desistimiento es la plena capacidad de las personas, sin la que en manera alguna cabe aceptarlo. Cuando los incapaces (v. C. C., C. J.) comparecen en juicio y como puede serles útil y conveniente acudir a aquel medio de finalizarlo, entonces la ley faculta para autorizarlo al Juez —que debe ser el del conocimiento del negocio principal— no haciéndoles inaccesibles la aludida entidad jurídica.

Los curadores *ad-litem* (Arts. 240 y ss.) que se nombran a los incapaces y a los ausentes carecen de la facultad de desistir, por la situación un tanto desfavorable de sus representados y con miras a protegerlos, carencia que desaparece con la autorización especial que también puede darles el Juez de la causa.

La importancia incuestionable del desistimiento no permite hacerlo al simple apoderado sino cuando le ha sido concedida autorización expresa para proceder a él.

La posición especial de los Agentes del Ministerio Público tampoco les da por sí misma la facultad de desistir, ellos carecen de capacidad de hacerlo, a menos que en forma legal sean autorizados por las entidades que representan, y está bien que así sea, porque ellas tienen mejores elementos para apreciar su conveniencia o inconveniencia.

TÍTULO XIII

AUTOS Y SENTENCIAS

ART. 466. — Clasifica el anterior artículo las providencias judiciales en autos y sentencias, la cual reviste trascendencia por sus efectos procesales y por su naturaleza propia, en relación con los recursos, con las situaciones en que colocan a las partes. La sentencia es el pronunciamiento legítimo por el juez o magistrado, en una u otra instancia, sobre el fondo o lo sustancial de lo sometido a su jurisdicción y competencia, luego de las ritualidades procesales. Ella encarna, pues, la calificación definitiva de las relaciones de los litigantes en su esencia misma, el lleno del acto jurisdiccional a que las partes adquieren derecho al iniciar el litigio. De acuerdo con su contenido se suele clasificar las sentencias en condenatorias, absolutorias, constitutivas y declarativas. 1°) Las condenatorias presuponen una prestación debida e insatisfecha, por lo que entrañan el reconocimiento de una norma legal que las sustenta y que un sujeto debe pagar a otra dicha prestación; comúnmente dan ocasión a ejecución posterior. La condena es hecha en forma legal y no arbitraria o caprichosa y sólo exige que lo debido no haya sido solucionado, voluntaria o involuntariamente. 2°) Las absolutorias contienen la negación de las pretensiones del demandante o sea la absolución del demandado de los cargos contenidos en la demanda. 3°) Las declarativas, a diferencia de las de condena, declaran, como su nombre lo indica, estados de derecho que no conllevan la obligación de prestaciones inmediatas y comprenden las absolutorias. 4°) Las constitutivas tienen por objeto reconocer y formalizar estados que sin embargo de existir no se han cristalizado en un título material, por decirlo así, que precise derechos particulares y su consiguiente ejercicio. Por ejemplo: la sentencia que reconoce la usurpación de un sujeto sobre un inmueble (Ley 120 de 1928). Empero, de la precedente clasificación, en atención a una notoria realidad, las sentencias pueden tener elementos para clasificarlas en uno y otro de los grupos dichos, ser mixtas.

A propósito de la investigación de la paternidad natural se ha discutido si la sentencia que la reconoce es de declaración o de

constitución, sobre lo cual conviene anotar que tal discusión importa especialmente para saber si después de la muerte del presunto padre es viable la acción de investigación de la paternidad natural propuesta por el hijo o a su nombre, y que ella no ha tenido al presente una decisión doctrinal y jurisprudencial definitiva, pues la jurisprudencia de la H. Corte que niega la procedencia de la acción después de muerto el padre no es aceptada por la generalidad de Tribunales y Juzgados de la República, no obstante ser reiterada en no pocas providencias.

Los autos llamados por la legislación interlocutorios —también por la doctrina sentencias interlocutorias o no definitivas— son los que se concretan a definir algún incidente surgido en los juicios o que antes de su iniciación (los procesos existen luego de la notificación de la demanda) la embarazan y a la calificación de derechos procesales, propiamente. El artículo en cuestión no consagra una definición esencial de los mentados autos sino descriptiva y de allí que a menudo surjan dificultades y dudas sobre la materia. Esa firma descriptiva, con los ejemplos expresados por el artículo, sirve para hacer algunas anotaciones tendientes a esclarecer el asunto.

La decisión de incidentes de objeciones, de remociones, de tachas, la inadmisión de la demanda, la denegación de pruebas pedidas y demás, son actos que por lo común obedecen a peticiones especiales, no oficiosos en su origen, que causan gravamen a los interesados porque de ellos depende que puedan aducir y hacer practicar pruebas, que no sea recibida una declaración, que la demanda no prospere, que se remueva a un secuestre, que se levante un embargo, etc., etc., todo ello de notoria trascendencia procesal. Ahora, eso pone de presente que tales actos comprenden verdaderos derechos procesales y, por tanto, esa circunstancia los reviste del carácter de autos interlocutorios.

La noción de auto de sustanciación es utilizable en sí y para precisar, por exclusión, el concepto de interlocutorio. El primero, en los juicios, una vez iniciados, es oficioso y tiene por objeto las ocurrencias ordinarias de los procesos, para su impulsión normal. Marca solamente sus diversas etapas, de manera que apenas es medio de cumplir la mecánica de los juicios, pues no requiere siquiera motivación (Art. 470) y es fatal porque en los litigios siempre aparece a diferencia del interlocutorio que en la generalidad de los casos es provocado. Correctamente, el auto de sustanciación es en esencia diferente al interlocutorio, puesto que éste, fuera de lo ya anotado, requiere motivación; además su confusión se descarta ya que el Código Judicial, con buena técnica, no contiene la clasificación de providencias de naturaleza mixta, como lo ha dicho la H. Corte de Justicia en su jurisprudencia (v. Gaceta Judicial Nos. 1966 a 1968). De consiguiente, el interlocutorio se conoce por el estado procesal en que se dicta, por su trascendencia y, además,

por su forma. El auto que pudiera llamarse típico de sustanciación, cuestión generalmente aceptada, es el que ordena un traslado.

Finalmente, es del caso anotar lo expuesto por la comisión redactora del código sobre la materia tratada: "La clasificación de estas resoluciones (las judiciales) es fundamental en el procedimiento, como que a ella están subordinadas las reglas sobre términos, forma de las notificaciones y recursos que pueden interponerse. Bajo la denominación de autos se comprenden, según el proyecto, los de sustanciación y los interlocutorios, reservando la sentencia únicamente para las decisiones que recaen sobre lo principal del pleito. A falta de una fórmula precisa para definir los autos llamados interlocutorios, se hace una enumeración de ellos, la cual no tiene carácter de limitativa, de suerte que corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y por razón de analogía, deben calificarse como interlocutorias."

ART. 467. — En determinados casos la cosa juzgada no depende tan sólo de las sentencias, puesto que el auto interlocutorio puede finalizar los procesos y dar lugar a la primera. El auto admisorio de un desistimiento (Art. 461 ss.), el que declara la caducidad de lo actuado (Art. 364 ss.) tiene el mérito definido en la legislación, aunque no contenga un pronunciamiento de fondo del negocio propuesto. Porque el auto procesal en firme tiene efectos propios que no deben desconocerse so pena de hacerlo ineficaz. La finalización de la instancia por un auto, en buena lógica, debe operar efectos análogos a la sentencia, porque viene a sustituirla.

ART. 468. — Al dictarse una sentencia se definen las relaciones de las partes, pero como por lo común, contra ellas existen algunos recursos que en sí implican su revisión y por lo mismo una situación que, en consecuencia de ellos, no lo hace acto definitivo, antes de que transcurra el tiempo oportuno de su interposición, dicha sentencia carece de firmeza. La firmeza suya depende, pues, de que en su contra no proceda ya ningún recurso y, precisamente, aquélla se constata por medio del auto de ejecutoria que corresponde dictar al Funcionario que la pronuncia, requisito indispensable para su ejecución, ya que sin él falta la certeza indispensable en los actos judiciales. Oficiosamente se declara la mencionada ejecutoria, porque el hacerlo es apenas cumplir un acto regular en los procesos y no meramente finalizador de un incidente, por lo que el respectivo auto es de sustanciación (Arts. 510, 525).

ART. 469. — La especificación, identificación o señalamiento de la entidad judicial que dicta una providencia, de una u otra naturaleza, es cosa necesaria por varias causas. Sin la aludida especificación no puede conocerse si tiene fuerza legal, si es oportuna, si quien la dicta tiene competencia etc. De suerte que el primer requisito indicado en el artículo, de notorio carácter sacramental, se justifica por todo aspecto. La fecha de ella, expresada en letras,

es otra condición de toda providencia judicial puesto que contribuye a identificarla y aun a conocer, fuera de otros asuntos, si los funcionarios llenan sus obligaciones en cuanto a los términos para dictarlas, su notificación, etc. La firma es requisito sustancial de todo acto, que le da verdadera autenticidad y por esa causa es imprescindible en ellos (Art. 349).

En la práctica de diligencias judiciales, por ejemplo: una inspección ocular, un secuestro, etc., cabe ordenar la recepción de declaraciones, hacer determinadas investigaciones, etc., y para facilitar la actuación y por quedar comprendidas en aquél o aquélla, es indispensable que se cumplan en un todo los primeros requisitos mencionados en el párrafo anterior, con relación a esas investigaciones, etc.

ART. 470. — *Los autos* de sustanciación marcan las etapas de los juicios luego de iniciados y no requieren peticiones especiales, por lo que deja de ser indispensable su motivación al contrario de las demás providencias —interlocutorios y sentencias— puesto que en ellas se definen en realidad derechos y entonces la motivación es garantía de acierto o por lo menos de imparcialidad, pues evita, en algo por lo menos, las arbitrariedades. El reconocimiento de derechos presupone su conocimiento previo, el que se obtiene después del análisis contenido en la motivación y de allí su necesidad. Ella contiene la razón de ser de lo que se decide o se resuelve, porque la administración de justicia en manera alguna es caprichosa o dependiente de la mera voluntad del juzgador, quien debe expresar al actuar los motivos de hecho y de derecho que apoyen su decisión.

ART. 471. — Indica el anterior artículo la forma cómo deben dictarse las sentencias, lo que mira directamente a que determinen bien el negocio al que se refieren, cosa de utilidad manifiesta en relación con la llamada cosa juzgada y que pone de presente que la motivación también es utilizable en tratándose de aquélla. Como fué anotado al comentar el artículo 470, la sentencia no es acto libre del fallador, quien al dictarla ha de subordinarse a las normas legales que reglan su conducta, causa bastante para que deba expresar los fundamentos legales de su fallo y los de justicia y equidad. Para no incurrir en excesos, la sentencia ha de ser armónica con las pretensiones de los litigantes deducidas en juicio, pues bien sabido es que en la República la administración de justicia es provocada o pedida y que al pedirla queda limitada la potestad del Juez al contenido de la respectiva petición. Cuando la extralimita incurre en la extralimitación de funciones que puede aún comprometer su responsabilidad ante las disposiciones de carácter penal. Tal fenómeno es eminentemente contrario a la administración de justicia que tiene que circunscribirse a la materia de controversia entre las respectivas partes, y se presenta: porque se reconozca al demandante más de lo pedido por él; porque se reconozcan excepciónes no propuestas y que no puedan serlo de manera oficiosa; porque no

sean calificadas no obstante ser propuestas en oportunidades, y porque se decida sobre lo que no sea objeto de litigio.

ART. 472. — Acorde con el objeto propio del procedimiento civil este artículo señala una norma básica en las actuaciones jurisdiccionales al definir los derechos que constituyen su materia. Contiene, sin embargo de que el procedimiento es eminentemente formalista, la autorización implícita a los funcionarios para no proceder con criterio extremadamente rigorista, para no exagerar tal formulismo e incurrir en aquello de *sumum jus summa injuria.* En verdad, la equidad y la justicia vedan interpretar y aplicar las disposiciones legales con otro móvil que el reconocimiento de los derechos *sub judice.*

ART. 473. — Diversas teorías han sido expuestas para explicar y basar la institución de derecho conocida a través de las épocas y las legislaciones con la designación de cosa juzgada, que se basó en época antigua en conceptos puramente teocráticos de la administración de justicia, pues las sentencias eran miradas como expresión de la divinidad, conceptos revaluados al presente con la presentación de teorías más jurídicas. Savigny expuso la doctrina de presunción de verdad de las sentencias, por la que tienen fuerza legal y crean derechos, a la que se objeta que las sentencias son reconocedoras de situaciones jurídicas, de contenido subjetivo y que por tanto es impropio pretender la concepción de ficciones, y que ella falsea el concepto de administración de justicia que no hace otra cosa que reconocer en favor de quién actúa la voluntad de la legislación. Otra teoría expuesta —acogida por Pothier— sienta que la cosa juzgada contiene una presunción absoluta de verdad o sea una presunción de derecho —*juris et de jure*— que en sí impide actuaciones posteriores sobre la materia de ella. Se expone por otros que no hay Juez sin actor y que la sumisión de las partes a la actividad jurisdiccional en el fondo es un contrato que como los demás da ocasión a que la sentencia sea acto inmodificable.

Quizás carezca de interés continuar la relación de doctrinas y teorías expuestas sobre la acotada institución, por lo que pasa a hacerse la exposición de una tesis ecléctica, que la fundamenta: la estabilidad de las relaciones jurídicas reconocidas en las sentencias judiciales, de necesidad social innegable, es contraria al pronunciamiento indefinido de fallos sobre el mismo asunto, que puede restar autoridad a los órganos jurisdiccionales del Estado, quien es titular del derecho de administración de justicia y con su voluntaria autoridad concede un derecho único y no múltiple de prestación jurisdiccional a las personas, que finaliza con la sentencia firme, con lo cual se aplica el postulado de derecho universal: *non bis in idem*

Los efectos de la sentencia firme en materia contenciosa, por el aspecto subjetivo, son los de impedir al Estado, el que se autolimita, la repetición de la actuación cumplida y a las partes el promover nuevamente la misma acción anterior ya fallada. Por el aspecto

objetivo, la referida institución posee no sólo efectos procesales, según lo sostienen algunos, sino además, efectos sustanciales, pues en sana doctrina es imposible hacer distinción entre unos y otros. La cosa juzgada hace nula la actuación posterior que se cumpla en contrario y en relación con su contenido, nulidad absoluta porque en aquélla está comprometido el interés público (Arts. 1740 ss. y conc. C. C.), lo que muestra que si procesalmente no puede promoverse nueva actuación tampoco cabe negar los efectos sustanciales, puesto que entonces no hay medio de modificarlos.

Con toda propiedad los juicios que dan lugar a la cosa juzgada son los ordinarios, puesto que la estrechez, por decirlo así, de los especiales, su brevedad y naturaleza no bastan a fundamentarla (Arts. 872 y ss. y 981 y ss.). Ahora, las sentencias dadas en éstos sí producen la cosa juzgada, pero de manera relativa, es decir, entretanto no se desmeriten en el proceso ordinario o común que se adelante sobre su revisión, según la norma comentada.

El recurso extraordinario de revisión, por cierto aspecto, parece contrario a la cosa juzgada y se estudia más adelante (Art. 542).

ART. 474. — Condicionan la cosa juzgada la identidad de las acciones que se individualizan por sus sujetos, pasivos y activos, la causa de pedir, en la que se comprende el procedimiento, y por el objeto o fin a que se tienden. La inexistencia suya impide actualizar la primera por falta de apoyo, puesto que mal podría serlo: un juicio terminado no es obstáculo para la prosecución de otro sobre materia distinta. La identidad física de las personas es distinta a la jurídica, y, por tanto, aun cuando aquélla no exista la última hace procedente la cosa juzgada en mérito de la ficción de derecho de que el causahabiente ocupa el lugar del causante, v. gr.: un heredero. Un sujeto puede ser derechohabiente de otro a título universal o singular, y en cualquiera de esos supuestos (v. C. C.) pesa en su contra la cosa juzgada, si la adquisición suya fué posterior al registro o a la notificación de la demanda, según el caso, puesto que la sustracción a los resultados de los procesos no debe facilitarse a los litigantes unilateralmente.

En armonía con la ley sustantiva, la solidaridad, activa o pasiva, al igual que cuando varios sujetos son acreedores o deudores de cosa indivisible (Arts. 1568 y ss., 1581 y ss. C. C.), hace nacer con relación a todos la cosa juzgada, porque sean tratadas en juicio, lo que se debe a aquel vínculo de derecho en cuyo mérito ninguno de los sujetos comprendidos por él es extraño al fallo dictado.

Ha solido discutirse sobre si la parte resolutiva de los fallos es lo que apenas integra la cosa juzgada y generalmente se acepta la afirmativa, porque ella contiene propiamente la decisión de los litigios. Empero, la parte motiva no es despreciable tratándose de la institución en referencia, porque ella es utilizable correctamente en la identificación de las acciones, de sus elementos, máxime te-

niendo en cuenta que por lo común en las sentencias no contiene la resolutiva una especificación bien clara de los negocios.

ART. 475. — La cosa juzgada surte sus efectos entre los litigantes o sus derechohabientes y no contra personas extrañas, por regla general. Sin embargo, siguiendo las normas de la ley sustantiva (Arts. 401 y 402 C. C.), diferentes a las de otras legislaciones como la francesa, la sentencia sobre el estado civil tiene efectos absolutos, *erga omnes,* por lo cual nadie tiene facultad de desconocerla y todos los sujetos quedan subordinados a su imperio. Examinando la teoría del legítimo contradictor, entre nosotros, por las cuestiones suscitadas comúnmente por la investigación de la paternidad natural, se ha propuesto como solución la relatividad de los efectos de la cosa juzgada para hacer viable la investigación después de la muerte del presunto padre. La sentencia, se expone, tendrá efectos apenas contra los intervinientes en juicio (v. Crónica Judicial del H. Tribunal de Medellín). Al tratar el artículo siguiente se hace la fundamentación del presente.

ART. 476. — Las denominadas acciones populares, establecidas en la ley civil (v. Art. 1006 C. C.) y más comúnmente en asuntos contencioso-administrativos (v. Ley 167 de 1941), se caracterizan porque son titulares todos los ciudadanos aunque no estén dirigidas a proteger intereses o derechos exclusivos de quien las intenta sino a amparar situaciones generales y muchas veces impersonales que importan de manera más directa al Estado en sus diversas manifestaciones. La naturaleza suya impide que repetida e indefinidamente se haga uso de ellas contra el sujeto pasivo, consecuente con lo cual el legislador les reconoce a las sentencias dictadas en las mismas efectos contra terceros o sea que generen cosa juzgada contra todas las personas. A través del articulado de la legislación se repite que los terceros no son perjudicados con los actos a que son extraños y por eso conviene precisar, con alguna brevedad siquiera, esa noción.

Es común a las legislaciones la existencia de normas garantes de la seguridad patrimonial de las personas no intervinientes en ciertos actos jurídicos, seguridad que se traduce o que es aplicación del conocido aforismo latino: *res inter alios acta, aliis nec nocere nec prodesse potest,* cuya razón de ser no es otra que el reconocimiento de la personalidad y libertad de los individuos —personas naturales, jurídicas y estatales— de la estabilidad del patrimonio personal. La equidad y justicia contenida en el anterior aforismo, encuentran cristalización en el concepto de tercero, cuando con él se significa que un sujeto de derecho está exento de vinculaciones de derecho que pudieran derivarse de la realización de un acto al cual sea extraño por no intervenir en la ejecución del mismo, directa o indirectamente, personalmente o por medio de representante suyo, o tampoco haberlo cumplido persona de la cual llegue a ser derechohabiente.

Las bases que sustentan el referido concepto permiten inferir, en consecuencia, que encaja dentro de la noción de interés social o público, puesto que el reconocimiento de la personalidad y libertad del hombre, como también de la seguridad de su haber, en las sociedades organizadas conforme rectos principios son en las mismas de significación capital y de allí, en verdad, que a ellas interese en sustancia o esencia por ser elemento primario en su estructura. Resulta así la notoria importancia que reviste el aludido concepto en la vida social y, por tanto, en el campo jurídico.

Es verdad que parece fácil su comprensión, pero dada la variedad y multiplicidad de las relaciones de derecho que a cada momento son realizadas, se hace bastante complejo saber quién está colocado en posición o situación de tercero. De allí la conveniencia de las presentes consideraciones referentes al concepto en mención.

La eficacia de los actos jurídicos depende, además de los requisitos propios para su validez, de la intervención de las personas para quienes acarreen consecuencias. Es erróneo sostener, como principio general, que un sujeto debe cargar con los efectos de un acto en el cual no haya intervenido en forma alguna. Sería, lo contrario, consagrar el desconocimiento de la personalidad y de la seguridad patrimonial, destruyendo de esa manera la organización de derecho que prima al presente, después de la realización de un gran ciclo evolutivo de las entidades sociales. Es evidente que si lo que haga quien no sea representante de una persona y por quien no responde ésta, la obliga, se la puede despojar con la mayor facilidad de su derecho.

Es obvio que para que un sujeto pueda ser considerado como extraño a un negocio dado, se requiere, pues, su no intervención en él, bien personalmente o por intermedio de persona representante suya. El apoderado obra en lugar del poderdante, por él, fenómeno jurídico que en la época actual impide considerar al último como extraño al acto jurídico que se celebre. De suerte, pues, que para que un sujeto tenga la calidad de tercero con respecto a determinado acto, o hecho jurídico, se precisa no sólo que haya intervenido personalmente en su realización, sino también que no lo haya hecho por intermedio de representante, como ya quedó expresado. El apoderado, el mandatario, el representante legal, el procurador, en el ejercicio de sus funciones obran en lugar del representado, por lo cual éste no es extraño a las relaciones jurídicas derivadas de ese ejercicio. En síntesis, la representación excluye el concepto de tercero, lo mismo que la solidaridad o la deuda de cosa indivisible (v. C. C.).

Lo anterior hace manifiesto que es preciso para llegar a una noción más comprensiva de lo tratado, tener presente que el concepto sobre si un sujeto posee la calidad de tercero es contrapuesto de manera sustancial al de parte, ya que bien se comprende que la última queda siempre vinculada a la relación de derecho propia del

acto que se haya cumplido. En cambio, la primera debe ser extraña a ella, desligada por completo de obligaciones que tengan como causa inmediata el acto llevado a término.

Es cierto que el causahabiente, el heredero por ejemplo, viene a estar en lugar del causante, lo que por sí indica que, en tesis general, con relación a las situaciones a que pudo estar ligado éste, no posee aquél la calidad o la investidura de tercero. Pero, sin embargo, debe tenerse presente que lo anterior ocurre precisamente sólo cuando el derechohabiente carece de una posición que lo coloque por sí mismo en independencia de lo actuado por su causante; mejor dicho, cuando aquél posee derechos independientemente, sin sujeción al fenómeno de la delación y adjudicación o trasmisión de los bienes.

Un padre, v. gr. celebra un acto de partición de un inmueble en comunidad, no obstante haber enajenado antes sus derechos en favor de sus hijos. Como es obvio, luego de su muerte, tal acto no tiene eficacia contra sus herederos, por lo menos para considerarlos ligados directamente a él, pues ellos tienen una personalidad y un acervo patrimonial que han de ser reconocidos forzosamente, y de allí que el acto referido no les imponga, por sí mismo, la obligación de acogerlo y reconocerle plenas consecuencias, de someterse a los efectos suyos.

En guarda de los derechos reconocidos por la ley a quienes tienen la calidad de herederos, en determinados casos, no se los considera ligados por completo, *a fortiori*, a todos los actos del causante. Así por ejemplo se les reconoce acción para obtener la declaratoria de simulación del acto en el que intervino el *de cujus*, sin dejar de tenerlos como desligados de él porque las relaciones de parentesco no llegan hasta hacer desaparecer por completo la personalidad del heredero en lo que se refiere a la situación patrimonial de quien le trasmite la herencia. De allí que tratándose de un causahabiente es menester proceder con discreción, sin atribuir en todo caso valor absoluto e incuestionable al principio de que quien ocupa dicha posición, investido de la calidad de heredero, carece de la investidura o carácter de tercero.

La doctrina jurídica tiene hoy como contenido esencial y principio de orden general, la regla de que las sentencias dictadas en los juicios sólo tienen fuerza contra quienes en ellos actuaron como partes o adherentes de ellas (Art. 232) y no contra las personas extrañas a los mismos, ya que, en términos generales, con relación a las últimas no existe una base capaz de generar diferencias en cuanto a sus resultados entre ellas (las sentencias) y un acto y un hecho comunes, ya que mal podría sostenerse que por ser las sentencias una emanación de la jurisdicción estatal deben producir consecuencias inmediatas contra quien o quienes no las provocaron con sus actuaciones.

Sobre el particular conviene anotar que en ocasiones las senten-

cias tienen eficacia contra sujetos actuantes en el respectivo proceso aun cuando no hayan sido reconocidos como partes, tomado el término en su propia y verdadera acepción jurídica. En determinadas condiciones el acreedor puede intervenir en el juicio en que sea parte su deudor, v. gr. Por motivo de su actuación no adquiere la condición de parte propiamente dicha, empero, en frente de la correspondiente sentencia, carece de la condición de tercero, por no ser extraño a la misma, como es obvio, lo que no viola la justicia, por la bien clara razón de que estuvo en circunstancias de defender sus intereses, lo que en realidad constituye un fundamento de la tesis que se expone, ya que la no intervención en juicio, por parte de un individuo, es lo que ocasiona la ineficacia en su contra de la sentencia que se dicta. Análogamente, no es extraño a las actuaciones el acreedor hipotecario aun cuando no intervenga en el juicio a que sea llamado.

En verdad que la actuación de la autoridad pública está revestida de elementos que de suyo la hacen más respetable y atendible, pero tal cosa no lleva hasta el extremo de reconocerle valor absoluto, *erga omnes,* puesto que de lo contrario se tendría el desconocimiento de las bases sobre las cuales se apoya la noción materia de las presentes líneas.

La legislación patria atribuye a las sentencias sobre el estado civil (Arts. 400 y 401), efectos aun ante sujetos extraños al respectivo juicio, lo que a primera vista aparece como contrario a lo expuesto antes. Sin embargo, al respecto vale observar que cuando se trata del estado civil de las personas, no entran en juego los mismos elementos que cuando se cuestionan asuntos diferentes, puesto que el estado civil lleva en sí importancia excepcional a la que corresponden los efectos atribuídos a las sentencias en referencia.

Las relaciones de familia que él implica, ponen de manifiesto la necesidad de reconocerles valor en frente de toda persona.

El estado civil no es otra cosa que la definición de la posición que el individuo ocupa en la sociedad, definición necesaria y que hace incuestionable, con toda evidencia, el que no pueda subordinársele a la vaguedad, a la incertidumbre, limitando los efectos de las sentencias sobre él, por que ella es la base sobre la cual se edifican muchas de las relaciones de la vida social. En consecuencia, la noción de tercero carece de amplitud bastante para no reconocer alcance general en las sentencias sobre dicho estado civil.

Además, el fondo económico que en general hay en toda relación de derecho no resulta afectado, en forma directa e inmediata, por el reconocimiento de efectos amplios a los fallos sobre el mencionado estado, como sí podría ocurrir con fallos referentes a cuestiones diversas, lo que concurre a fundar más lo dicho antes.

Es de capital importancia en la vida social el libre y normal desarrollo de las múltiples y variadas relaciones que tienen lugar en ella, lo que hace necesario precisar el concepto de perjuicio —que

es lo que se quiere evitar a los terceros— para no entrabarlas erradamente en nombre del respeto debido a los derechos de quienes están investidos de la calidad de tales, con relación a actos jurídicos dados, pues, dicho concepto en manera alguna tiene alcance ilimitado, absoluto, porque si no fuere así, seguramente que no habría ningún acto que no adoleciera de vicio por lesionar a personas ajenas a su verificación.

En amparo a los terceros se concreta así: para que un sujeto tenga razón en afirmar que una relación de derecho creada y en la que no intervino, carece de eficacia en su contra es preciso que ella comprenda o se dirija al fondo de ese derecho, esto es, que él constituya, en parte por lo menos, su objeto. Por ejemplo en la enajenación por otro de una propiedad suya (del tercero), ya que entonces sí tiene completa vigencia la norma de que nadie se perjudica con el acto ajeno, porque en tales circunstancias sí se da un verdadero concepto de perjuicio.

No sucede lo mismo cuando el acto cumplido no ataca de manera directa la situación patrimonial del sujeto que le es extraño, v. gr.: cuando un deudor vende una de sus propiedades; por esa sola causa el acreedor no está en condiciones de proclamar la lesión del derecho suyo, ya que no sufre en su estructura ni tampoco en su eficacia. En realidad, tratándose de estas cuestiones, la idea de perjuicio obedece a la necesidad de no dañar arbitrariamente los derechos particulares y de allí que deba tomarse en su acepción puramente jurídica, para que no sea convertida en medio apropiado de toda suerte de juegos abusivos y contrarios, por tanto, a las normas tutelares del derecho.

Caso diferente al propuesto en párrafo anterior se presenta cuando la enajenación es hecha por un deudor de solvencia negativa en favor de otra persona sabedora de las condiciones bajo las cuales se lleva a efecto el acto. Así, prácticamente, puede verse el daño del derecho del acreedor que no debe, justamente, admitirse a propiciarse sino desecharse dando aplicación cierta al principio que informa estas líneas, porque así entra en juego la verdadera noción de perjuicio, cierto y no meramente conjetural y subjetivo, objetivo, por decirlo así.

En síntesis: la actuación personal o por medio de apoderado, la representación, la intervención adhesiva, el llamamiento a juicio, son cosas excluyentes de la calidad de terceros en los sujetos.

ART. 477. — Al momento de incoar una acción judicial el demandante señala las personas que deben ser llamadas al juicio de que se trate, pues ellas no son llamadas de oficio por el Juez sino a petición de aquél. Con todo, por excepción, en los casos de acciones de nulidad el demandado está investido de la facultad de solicitar el llamamiento de las personas que se consideren interesadas en la declaración de nulidad, por ejemplo, a otros comuneros que no hayan demandado, a fin de que no sean terceros, es decir, para que

el fallo les perjudique o aproveche; igualmente, el ejecutante, demandado a su vez por la nulidad de la ejecución, tiene derecho a que se llame al tercerista en la misma, etc. Obsérvase que lo anterior es una institución distinta a la denuncia de pleito, pues la última es un llamamiento para que el llamado asuma la posición del denunciante y que suspende el juicio en el cual es hecha. Además, es distinta a la llamada intervención adhesiva porque ésta es espontánea y voluntaria, que depende del querer no provocado de quien la hace.

La solicitud del demandado, conforme el tenor literal y claro de la ley, propicia la constitución de la calidad de parte en la persona cuyo llamamiento se pida, siempre que ella quiera actuar. Dice el artículo acotado que hasta antes de la citación para sentencia de primera instancia puede hacerlo, cosa adecuada a la naturaleza del proceso ordinario que es el apropiado para la decisión de acciones de nulidad.

Art. 478. — Todo acreedor personal tiene como garantía de su crédito una especie de prenda general sobre los bienes de su deudor (Art. 2488 C. C.) pero que en principio no alcanza hasta hacerlo extraño en un todo a los fallos dictados en pro o en contra del deudor mencionado, porque ellos le perjudican o aprovechan, según el caso, lo que vale decir que los intereses y derechos de otras personas no dependen de los del acreedor prenombrado. Ahora, los anotados efectos son propiamente prácticos, es decir, la definición contenida en el respectivo fallo se impone por sí misma en sus consecuencias, pero sin afectar el derecho en sí del acreedor, el vínculo jurídico de que sea titular, que no desaparece, sin su intervención, por un fallo.

Por otra parte, el acuerdo doloso con el fin de perjudicar al tercero, por quienes intervengan en el juicio en que el fallo se dicta, esto es, la colusión, no perjudica a dicho tercero quien tiene facultad de pedir la revisión en proceso ordinario, pues la mala fe no crea derechos.

Art. 479. — La publicación de las sentencias marca el momento en que finaliza la reserva impuesta a los Jueces y Magistrados sobre los negocios de que conocen (Art. 183) y, además, la inmodificabilidad de las mismas por el Funcionario que las dicta. Es un deber de los Secretarios cuya omisión les acarrea sanciones, pero que puede ser cumplido después si no lo ha sido en la oportunidad marcada por la ley. Luego de la mencionada publicación es el término propicio de poner las sentencias en conocimiento de los litigantes. Por último, aquélla deja conocer hasta cuándo puede corregirse la sentencia dictada (Art. 482, inciso 3º).

Art. 480. — Dispone el artículo que cuando haya de hacerse condena en intereses, daños, perjuicios o frutos, debe fijarse su importe en cantidad líquida, el que no puede sobrepasar la estimación concreta que haya hecho el demandante, a fin de que no sean

sobrepasadas las atribuciones de los Jueces (Arts. 148, 210, 481). Al respecto no debe olvidarse lo dispuesto en los artículos 987, 994, 206 y concordantes sobre estimación del monto de las obligaciones demandadas. Si no es posible fijarlo concretamente, por lo menos deben sentarse bases para ello y a falta de elementos para lo anterior se hará la condena en abstracto y de ejecución conforme lo establecido en el artículo 553 (Art. 1203 s. s.). Dichos elementos no serán otros que las constancias de autos que tengan mérito bastante para fundar una fijación por el Juez ya que es de máxima claridad que la actuación suya debe sustentarse en la ley y en las demostraciones del expediente, porque no puede ser arbitraria y caprichosa.

ART. 481. — Desde el momento en que un asunto es sometido a la decisión judicial adquieren las partes el derecho a que se dicte oportunamente y los funcionarios la obligación correlativa a tal derecho de dictarla, obligación tan perentoria que en el caso de que dejen de llenarla incurren en sanciones penales (Art. 168 C. Penal). Por esa causa no puede dejar de decidir ninguna de las cuestiones propuestas en los pleitos de que conozcan. Claro es que los asuntos subsidiarios no requieren resolución especial si son declarados los propuestos como principales, porque se presenta una verdadera sustracción de materia. Al respecto no hay que olvidar que en los casos de excepciones sí puede el Juez omitir el estudio de algunas, según lo dispone el artículo 344.

ART. 482. — Con las mismas bases que apoyan la cosa juzgada (*mutatis mutandis*) la sentencia no es revocable ni reformable por el funcionario que la dicta, porque al hacerlo ejerce la potestad de que está investido la que, para cada negocio es única y no múltiple, ni tampoco sucesiva. Para él entraña un acto definitivo y la finalización de todo poder en cuanto a su fondo. En el caso de que extralimite sus atribuciones sobre el particular lo que haga adolece del vicio de nulidad, o sea, carece por completo de valor. Con todo, tratándose de alimentos y del amparo de pobreza (Arts. 584 y ss., 831 y ss.), puede decirse que existe una especie de excepción porque el mismo funcionario que los ha reconocido puede declarar su terminación, en lo que se ve si se quiere una modificación de la primera sentencia, en sus efectos.

Lo dicho no es obstáculo para que el funcionario pueda aclarar conceptos o frases que ofrezcan justos motivos de duda. La aclaración tiene que serlo verdaderamente, puesto que en manera alguna es viable hacer a pretexto de ella algo que sea un pronunciamiento diverso a lo sustancial de la respectiva sentencia, que no esté contenido en ella, que equivalga a su variación, v. gr.: en el caso de que sea dudosa una determinación de la mora, del alcance de una condena y demás, procede aclarar, mas no variar la condena o cosas similares. En concreto la aclaración no es medio de desnaturalizar las sentencias sino de precisar su naturaleza. De oficio o a petición

de parte corresponde hacerla, dentro de los términos perentorios indicados en el artículo.

ART. 483. — Por solicitud de parte o de oficio, son corregibles las providencias contentivas de errores puramente aritméticos. Hay error de esa naturaleza cuando una cifra cualquiera no corresponde con la aceptada en la motivación hecha. Así por ejemplo, si al dictar la providencia de que se trate son aceptadas como ciertas varias cantidades y existe equivocación en la cifra expresiva de la suma suya. De suerte que es menester para la existencia del aludido error que la providencia respectiva en su cuerpo lo indique, pues si no fuese así la corrección recaería sobre ella, lo que es inaceptable. Por ello el error debe ser de forma y no de fondo, o sea, que la sentencia o acto en cuestión no lo encuentre fundado.

TÍTULO XIV

RECURSOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 484. — Los interesados legítimos en los procesos judiciales disponen de medios de combatir las decisiones que se pronuncien en ellos, sean autos o sentencias, los que tienen términos perentorios de interposición y el efecto común de impedir que se realicen sus consecuencias propias, esto es, preclusiones y cosa juzgada. Es claro, que en atención a que su finalidad no es otra que impugnar la resolución judicial de que se trate, han de ser propuestos luego de dictada, puesto que antes no hay materia que los haga viables. Se apoyan en la conveniencia de ofrecer mayores garantías a los litigantes para que no se les haga objeto de arbitrariedades y para evitar en lo posible la comisión de errores por las autoridades jurisdiccionales. El interesado debe proponerlos ante el mismo funcionario que haya dictado la correspondiente providencia.

Los recursos consagrados por la ley son:

a) De reposición, que procede contra toda clase de autos únicamente y es decidido por el mismo funcionario que los haya dictado.

b) De apelación, procedente contra los autos interlocutorios y las sentencias definitivas.

c) De súplica, caracterizado porque es procedente contra resoluciones interlocutorias del Magistrado ponente de la Corte Suprema de Justicia o de un Tribunal y decidible por los restantes Magistrados que integren la respectiva Sala.

d) De casación. Este recurso procede ante la Corte solamente.

e) De revisión, el que es extraordinario y se entabla para ante la misma entidad.

Como se ve en la anterior relación, cada recurso tiene sus características propias que lo distinguen de los otros y le dan individualidad, lo que puede verse más adelante en el estudio particular de ellos.

ART. 485. — La consulta es una entidad jurídica que se realiza por mandato legal en pro de algunas personas de derecho público especialmente, en forma no pedida, según se ve más adelante (Art. 508) y por excepción en pro de sujetos particulares (Art. 821).

La negativa de los recursos de apelación y casación, es decir, su no concesión, hace surgir el recurso llamado de hecho, el que por sus modalidades tiene marcado carácter de subsidiario (Art. 513).

No propiamente contra lo resuelto sino contra el Juez que lo ha hecho, existe el llamado recurso de queja, que en el fondo es apenas una verdadera querella penal a fin de que se responsabilice a dicho Juez, y que no ocasiona revisión por las autoridades judiciales del orden civil. En consecuencia, la interposición de la queja, no va contra la providencia dictada por un funcionario judicial y su conocimiento corresponde exclusivamente a las autoridades del ramo penal.

ART. 486. — En los casos en que una de las partes sea plural, esto es, integrada por varias personas, el recurso entablado por una de ellas aprovecha a quienes no han hecho uso de él, puesto que la decisión que en cada negocio se pronuncia es uniforme o única la verdad, la certeza en ella contenida, y sería equivocado aceptar que puede ser contradictoria, con fundamento, una decisión judicial. Quizás la disposición en referencia no acepte en sus extremos la independencia de cada colitigante, pero ella se apoya en la necesidad procesal de la uniformidad de las decisiones, fuera de que armoniza con la doctrina consagrada por el legislador en otras disposiciones: así en la fijación de la cuantía de los procesos (Art. 206), en la comunidad (Art. 2322 C. C.), etc.

CAPÍTULO II

REPOSICIÓN

ART. 487. — El único recurso de que disponen las partes contra los autos de sustanciación (Art. 466, num. 3º) es el de reposición, del que deben hacer uso dentro del término señalado en el artículo. Tal recurso se decide de plano, apenas con vista del escrito en el que se interponga, sin audiencia especial de parte contraria, cosa justificada por completo, atendiendo a la naturaleza de esos autos la que no ofrece mayores problemas, porque, si se quiere, son mecánicos y apenas marcan el impulso normal de la actuación. En el supuesto de que contra ellos existieran otros recursos y de que requirieran las peticiones respectivas audiencia de parte contraria, se quebrantaría la celeridad procesal. El contenido de la reposición queda de-

terminado por el artículo 484, según el cual puede ocasionar la revocación en cuyo mérito el auto recurrido pierde toda eficacia, bien porque se le revoque simplemente o se le sustituya con otro distinto; además, la aclaración o modificación también puede hacerse, con relación a un auto, y entonces su contenido queda condicionado por la petición de reposición, la que no se hace directa y oficiosamente. Se ha presentado comúnmente por base del artículo la argumentación de que las providencias de sustanciación no causan gravamen inmediato a las partes, por referirse al simple impulso procesal y porque ellas no contienen pronunciamientos de fondo sino cuestiones de fácil apreciación que hacen innecesaria la apelación, ya que la corrección del error cometido en ellas puede lograrse con mera reclamación de parte. Por otro aspecto, los errores de tramitación son corregibles mediante la declaración de nulidad, en la hipótesis de que se incurra en ésta.

ART. 488. — En contra de los autos interlocutorios (Art. 466, num. 2º), entre otros recursos, cabe ejercitar el de reposición, el que debe interponerse por escrito, en todo caso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 324 que apenas permite interponer en el acto de la notificación el recurso de apelación, de donde se desprende que la reposición no se interpone en forma verbal. La orden de tener por dos días la petición del recurrente a disposición de su contrario, hace ver que ha de presentarse por escrito, forma general en el procedimiento, y de mayor necesidad en semejantes casos, por cuanto que el recurrente debe concretar con claridad sus peticiones y argumentar en la demostración de su procedencia. Lo precedente deja concluir que en el caso de que se trate de proponer el recurso aludido en forma verbal, debe darse por no interpuesto y proceder de conformidad. La actuación en forma inapropiada es deficiente y carente de plenos efectos.

El recurso es decidido por el funcionario que haya dictado el auto contra el cual es interpuesto, lo que pone de presente que en su decisión debe usar suma prudencia y depojarse de falsos conceptos de orgullo para no insistir en el sostenimiento de conceptos erróneos y contrarios a la justicia, para hacer desaparecer la creencia vulgar de que el recurso dicho es mera fórmula de dilaciones por cuanto en la práctica carece de verdadera eficacia.

ART. 489. — La actividad judicial es preclusiva y tendiente a la breve finalización de los negocios, y de allí que no quepa interponer contra la providencia decisoria de la reposición nuevos recursos de la misma índole indefinidamente, lo que está dirigido a descartar dilaciones perjudiciales, a menos que contenga asuntos que no fueron materia de la providencia recurrida; por ejemplo: un auto interlocutorio que negó simplemente la recepción de pruebas es revocado y en su lugar se dispone recibirlas pero, además, un reconocimiento de personería. En tal supuesto procede la proposición de nueva reposición sobre lo último, pues de lo contrario se burlarían verdaderos

derechos procesales de una parte; en cambio, si no se resuelve en el nuevo auto sobre la personería, es infundado a todas luces intentar una segunda reposición, y si trata de proponerse es obligación del juzgador desecharla.

Capítulo III

APELACIONES Y CONSULTAS

Parágrafo I. — Apelaciones

Art. 490. — El recurso de apelación es principal y corresponde ejercitarlo a quien tenga interés legítimo en la providencia contra la cual se refiera. Este recurso da lugar a la llamada segunda instancia y es el medio adecuado para que el Superior, dentro de la organización jurisdiccional, conozca de lo que por norma general está atribuído al inferior inmediato. Está fuera de toda duda que el aludido recurso corresponde en primer lugar a quienes sean o tengan la calidad de partes en el proceso en que se dicte la providencia materia de la apelación, puesto que en beneficio de ellas ha sido consagrado en la legislación. Otras personas, aun cuando carezcan de la aludida calidad, también pueden ejercitar dicho recurso como el interviniente adhesivo (Art. 233), pero condicionada su facultad a que su actitud no sea contraria a la de la parte adyuvada por él; pero en todo caso se requiere para negarle la apelación que en forma expresa aparezca esa contrariedad ya que no es factible apreciarla de modo diferente. El silencio de la parte principal no impide que el interviniente adhesivo pueda interponer el recurso cuestionado, en atención a que su posición no puede ser extremadamente precaria y a que si no fuese ello así en la práctica carecería de objeto la intervención aludida.

La apelación genera dos consecuencias diversas, según que se conceda en el efecto suspensivo o en el devolutivo. Si lo es en el primero, el funcionario *a quo* ve suspendida su competencia para continuar actuando en el negocio de que se trate (Art. 147) y se suspenden mientras se surte la apelación, los efectos del auto interlocutorio o de la sentencia apelada, mejor dicho no se cumplen antes. En cambio, la apelación en el efecto devolutivo no suspende la competencia del funcionario *a quo* ni los efectos de lo apelado, en lo que puede apreciarse una notoria diferencia de la apelación en uno y otro efecto. El primero, según el texto del artículo, constituye la regla general, ya que el efecto devolutivo viene a ser la excepción.

Las apelaciones que se conceden en el efecto devolutivo son las de los artículos 276, 339, 590, 582, 834, 881, 974, 1031, 1105, 1182, 1197 y 1202. No hay apelación en los supuestos de los artículos 492, 496, inc. 2º, 512, 600, 778, 1056, 1211 y contra los autos de sustanciación.

Por regla general se tiene que el recurso de apelación corresponde interponerlo solamente a quien es interesado en el juicio, pero a

condición de que la providencia de que se trate sea contraria a sus derechos e intereses, total o parcialmente, por la razón bien clara de que los recursos encuentran razón de ser en el agravio o lesión de esos intereses y de allí que deban apoyarse en un interés tangible y no meramente académico. Mediante el recurso se ofrece al recurrente la posibilidad de protección de sus intereses desconocidos por el funcionario inferior y es evidente que si no lo han sido falta una causa eficiente para provocar la actividad del superior, máxime que la providencia de primer grado tiene toda efectividad jurídica sin la actividad superior, cuando queda ejecutoriada.

Puede ser que un sujeto no sea propiamente parte en un juicio cualquiera, pero sí en un incidente que se surta en el mismo, por ejemplo, incidentes de desembargos, para intervenir adhesivamente, de tercería, de oposición a una entrega y demás. En tal hipótesis carece del derecho de apelar las providencias del juicio mismo, pero no las dictadas en el incidente en que intervenga, en consideración a que en ello concurren todas las razones para la concesión del recurso en mención, para no colocarle en situación precaria que no consulte los principios generales.

La parte por sí misma o por medio de su apoderado puede interponer apelación, lo que constituye la regla general, exceptuándose únicamente lo dispuesto por el artículo 269, el que fué estudiado antes. En consecuencia, si un sujeto no interviniente en un proceso interpone el recurso, al juzgador corresponde desecharlo y si de hecho lo concede, el superior está en el deber de abstenerse de conocer de él, por faltar una justificación para decidirlo, pues su actividad en ese supuesto no ha sido provocada legítimamente ya que el auto irregular del inferior no lo liga forzosamente.

Art. 491. — Por ser la apelación un recurso concedido en pro del apelante, él dispone del poder de pedir que se la conceda en el efecto devolutivo no obstante disponer la ley que sea concedida en el efecto suspensivo, ya que así se facilita la continuación de los procesos judiciales y se impide su paralización inconveniente por varios aspectos. En realidad se trata de la renuncia de un derecho que importa al renunciante (Art. 15 C. C.), pues le ocasiona dicha renuncia erogaciones y demás. La interposición de las apelaciones se hace verbalmente en el acto de la notificación de la providencia de que se trate (Art. 324) o por escrito presentado dentro de los tres días siguientes en forma directa o como subsidiario del recurso de reposición.

Es bien comprensible que todo recurso presupone una providencia ya dictada, porque no armoniza con la técnica procedimental nuestra que pueda ser interpuesto antes por cuanto que el derecho a recurrir nace precisamente o se actualiza después de dictada la providencia contra la cual proceda. De forma que es errado admitir que con anterioridad a un auto o a una sentencia puede recurrírselos, pues,

entre otras cosas, así se desprende de la forma ordenada y preclusiva que inspira el procedimiento.

La consecuencia propia del efecto suspensivo es la de impedir la ejecutoria y la ejecutabilidad de la resolución judicial y la de generar la suspensión de la jurisdicción del funcionario de primer grado (Art. 147), a diferencia del efecto devolutivo, el que únicamente se dirige contra la ejecutoria y no contra la ejecutabilidad dicha, en general, y que tampoco acarrea suspensión.

ART. 492. — La unidad, orden y celeridad son precisos en los debates judiciales, por lo que el auto negatorio de la reposición de otro deja de ser apelable si al pedir la reposición no se interpuso como subsidiario el recurso de apelación, en lo que se establece un notorio formulismo, necesario por lo demás. Ello muestra que en tales casos sólo se ofrece al interesado una oportunidad de recurrir y no varias e indefinidas. Constituye una excepción a lo dicho el caso en que el auto que sostenga el recurrido contenga cuestiones no definidas en éste (Art. 489), ya que en tal supuesto es preciso que el interesado no quede desprovisto de un recurso importante como quedaría si no se le concediese apelación en semejantes circunstancias. Las cuestiones nuevas lo han de ser en realidad, esto es, definidas en el auto y que puedan producir efectos, pues en manera alguna están comprendidos en la motivación que se haga, lo que vale decir que el planteamiento de argumentaciones no hechas antes no implica, como es obvio, la decisión de asuntos no definidos en la primitiva providencia. Por último, es claro que la reposición en el sentido que haya sido pedida permite a la parte contraria apelar a su vez, en mérito de la igualdad de los litigantes, puesto que no es de ninguna lógica imponerle el deber de recurrir contra el auto primitivo no obstante ser conforme a sus pretensiones.

ART. 493. — La apelación, según quedó visto, es el recurso que ordinariamente procede contra las sentencias, puesto que ellas no son susceptibles de los de reposición y de súplica. Al igual que las apelaciones de los autos interlocutorios, las de las sentencias de primera instancia se proponen en forma verbal al momento de su notificación personal o en la escrita dentro de los tres días siguientes al en que queden notificadas (Art. 309). Empero, conviene no olvidar que las notificaciones de unos y otras son bien diferentes (Arts. 304 y ss.), especialmente cuando no se notifican de manera personal. En el evento previsto en el artículo 1105, inciso final, la interposición del recurso de apelación en forma verbal se logra entonces con la exigencia de notificación personal (Art. 311), la que tienen facultad de hacer los interesados (Art. 310).

ART. 494. — Establece este artículo una norma común en los asuntos procesales civiles al preceptuar que la apelación sólo se reconoce interpuesta en lo que lo apelado sea contrario a los intereses del apelante, en gracia de que no es dable admitir racionalmente que se recurra contra lo favorable y, porque en verdad, lo que se somete

a la jurisdicción y competencia del funcionario *ad-quem* es lo contrario a las pretensiones del recurrente y apenas eso. De allí que el funcionario ante quien se surta el recurso deba acoger aquella norma en sus actuaciones. Así, por ejemplo, si el apelante no ha sido condenado al pago de las costas y la parte contraria no apeló, carece el funcionario de poder para condenarlo en las de la primera instancia. En ocasiones, por razón de que el recurso interpuesto prospera, es preciso para armonizar y dar unidad a las decisiones judiciales modificar las providencias recurridas aún contra intereses del apelante, caso de verdadera excepción que ha de surgir de una verdadera necesidad y no caprichosamente, por arbitrio judicial, para que no se quiebren la unidad y armonía de las resoluciones judiciales. Si fuera de la anotación inmediatamente anterior, el fallador hace de peor condición la posición del apelante, incurre en la figura denominada *ultra petita*.

Sobre el artículo referido ha dicho la Corte: La figura jurídica de la *reformatio in pejus* se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del C. Judicial. El superior que conoce por apelación de una providencia, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar la providencia materia del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el acto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por lo tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo soliciten (G. J., Nº 1943, pág. 418).

ART. 495. — Antes se vieron los distintos efectos en que se conceden las apelaciones y de allí que el concederlas deba expresarse el efecto en que lo sean. En armonía con lo dispuesto en el artículo 350, sin embargo de que el recurso deba concederse dentro de los dos días siguientes a su interposición, hay necesidad de que transcurra el término que todas las partes tengan para interponerlo para que no se dé lugar a varias providencias sobre un mismo asunto, a la duplicidad inútil de la actividad jurisdiccional, pues sobre cada negocio debe recaer una sola providencia y no varias, con lo cual se evita —si son varias— que puedan ser contradictorias con mengua de su autoridad y se aplica el principio de la unidad procesal.

Cuando, por ejemplo, se dicta un mandamiento de pago contra varias personas y apenas a una de ellas se notifica y apela, el recurso ha de concederse luego de la notificación a las otras y de que pase el respectivo término para apelar. Si sin embargo de no haberse notificado a las últimas, se concede la apelación a la primera, el funcionario *ad-quem* debe abstenerse de conocer de ella.

La competencia del último mencionado cristaliza una vez que son

satisfechas las exigencias procedimentales que deben cumplirse con anterioridad a la concesión de la apelación, lo que basa la tesis que se expone.

ART. 496. — Quiere la ley hacer efectiva la condena en costas (Art. 574 y ss.) con el medio coactivo de desechar la apelación del condenado a su pago por auto ejecutoriado, en el supuesto de que no las satisfaga. Conforme el texto del artículo, es condición previa de la denegación de la apelación el requerimiento por el Juez a tal pago y si pasados cinco días de verificado no se solucionan, es cuando debe desechar la apelación. Parece que el requerimiento en mención no es oficioso, siguiendo las reglas generales, sino a petición de parte legítima, porque así tiene más solidez ya que el pago cuestionado importa es a la persona en beneficio de la que se ordene y por cuanto que dicho pago puede ser hecho particularmente sin que en el expediente aparezcan las respectivas demostraciones, en lo que se ve que se evitan actuaciones equivocadas sin proceder oficiosamente en lo aludido. La denegación de la apelación sólo da margen al recurso de queja por parte del interesado, cuya naturaleza fué vista al tratar el artículo 485.

ART. 497. — Este artículo al disponer que cuando se concede la apelación sin el pago de las costas debe el superior abstenerse del conocimiento de ella, confirma lo dicho sobre el artículo precedente, puesto que exige petición de parte para proceder de esa manera. Por gracia de la abstención y devolución ordenadas en el artículo en mención, la providencia materia del recurso viene a quedar en firme. En buena técnica procesal es incuestionable que ésa es la situación que se crea y la más fundada, porque no se comprende que normalmente se cree otra diferente que fatalmente daría ocasión a verdaderas irregularidades e incertidumbres en el respectivo proceso, cosa por lo demás inadmisible.

El apelante dispone de la facultad de evitar lo anotado demostrando ante el superior la solución de la obligación de satisfacer las costas, porque no se le debe someter a equívocas actuaciones de su contrario, sin embargo de haber satisfecho en oportunidad lo debido. Cuando cesa la causa cesan también sus efectos y de allí que, como la deuda de las costas es motivo para no oír al deudor de ellas, su pago implique que ha de oírsele.

ART. 498. — Condiciona el artículo la aplicación de los dos anteriores y por su contenido se tiene que con anterioridad a la liquidación de las costas, su aprobación y notificación de la última a las partes es equivocado aplicar aquéllos, puesto que entonces no hay una certeza del monto de la obligación impuesta al condenado y, por tanto, sería arbitrario desechar su recurso de apelación sin una base para hacerlo, porque propiamente a la exigibilidad de las obligaciones no es extraño el señalamiento de su alcance, el que las hace concretas y determinadas. En realidad, antes de la liquidación en referencia, etc., falta un elemento sobre el cual actuar eficazmente, en

orden a requerir al apelante y por ello la razón de lo dicho (Arts. 577 y ss.).

ART. 499. — El efecto devolutivo produce la consecuencia de hacer revisable por el superior la providencia recurrida, pero en manera alguna la de suspender la competencia del inferior y los efectos propios de aquélla y se explica y basa en la celeridad procesal y en la misma naturaleza de las resoluciones judiciales apeladas. Para el apelante, entraña la obligación de hacer sacar de su cuenta copia (Arts. 345 y ss. y 564) de lo necesario para el Juez *a quo* ejecutar la providencia o continuar el curso del juicio, copia que debe ser sacada dentro de los cinco días siguientes, término prorrogable por justa causa, so pena de que a petición de parte o de oficio, después del informe del Secretario, sea declarado desierto el recurso interpuesto, lo que vale decir, no ejercitado. El inciso final del artículo acotado autoriza al juzgador de segunda instancia para solicitar al inferior piezas que necesite para decidir el recurso en lo que se aprecia una facultad nada común, pero, de pleno fundamento.

Dentro del procedimiento hay casos de excepción a la regla premencionada, como el contenido en el artículo 1032, el que luego será visto, y los consagrados por la jurisprudencia en aplicación de un criterio científico de interpretación de la ley, que niega el exegético, restrictivo o literal. Dichos casos son aquéllos en que el cumplimiento de lo apelado en el efecto devolutivo ocasiona serio gravamen a las partes, v. gr. la entrega de una casa, de un dinero, y en ellos no se procede al cumplimiento de lo resuelto antes de ser confirmado por el superior. Al respecto la Corte ha sentado la jurisprudencia que transcribimos parcialmente: "...De modo que puede llegarse a la siguiente conclusión: No obstante las reglas generales respecto de las apelaciones tanto en el efecto suspensivo como en el devolutivo, y a que se refieren los artículos 499 y 501, existen excepciones que limitan el principio general, de donde resulta que no puede interpretarse éste irrestrictivamente, y aplicarse como regla rígida e invariable. Y esto no es nuevo: está consagrado desde el Fuero Juzgo, la generalidad de los Códigos reconoce tal cosa, como puede verse en el artículo 390 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que es la base del artículo 501 de nuestro Código Judicial." (G. J., número 1930, págs. 822 y 823).

ART. 500. — El efecto suspensivo acarrea la suspensión de la competencia del funcionario que pronuncie la decisión que se apela y también la suspensión de los efectos de lo apelado, no requiere expedición de copias como el devolutivo, y se apoya en que la posible revocación hace bastante peligroso cumplir la providencia objeto del recurso antes de que quede en firme y en la dificultad de, en caso de revocación, volver las cosas al estado anterior suyo. Para surtir el aludido recurso se envía al superior el expediente original, siguiendo las normas sobre remisión de autos (Art. 386 y ss.), sacando previamente copia del auto o sentencia apelados, la que tiene innegable

importancia (Art. 378 y ss.). La concesión de la apelación en el efecto devolutivo y la ejecutoria del correspondiente auto implican para quien la concede el deber de enviar a la mayor brevedad posible las diligencias al superior para ante quien sea concedida, pues no hay ninguna razón para que las demore entrabando así el impulso procesal.

ART. 501. — Ya se dijo que la apelación en el efecto suspensivo tiene el mérito de suspender los efectos de la decisión contra la cual sea interpuesta y concedida, viniendo entretanto a no ser susceptible de cumplimiento y ejecución la providencia recurrida hasta que sea confirmada por el superior. De suerte que el recurso en cuestión impide, mientras se surte, la creación definitiva o firme de una situación de derecho. Además de lo dicho, produce la consecuencia de suspender la jurisdicción del inferior (Art. 147) en el conocimiento del negocio de que se trate y en incidentes relativos al mismo (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), exceptuándose los casos previstos expresamente en la ley, como los tratados en los artículos 1082 y 1092, y los relativos a la seguridad y depósito de las personas (Art. 157 C. C.). Algunos han querido que las excepciones sean más generales, es decir, que comprendan otros casos, pero lo cierto sobre el asunto es que al presente, ante la claridad del texto legal, no es factible extenderlas jurisprudencialmente.

ARTS. 502, 503 y 504. — La forma propia de rituar las apelaciones de los autos interlocutorios es la indicada en los artículos anteriores, los que no originan problemas de mayor entidad ya que la determinan de manera bastante clara. Cuando ante quien se apela es un tribunal, conoce del recurso el magistrado a quien le corresponda el asunto en el repartimiento que ellos deben hacer (Art. 83), pero conviene advertir que si se omite hacer aquél, se incide en irregularidad que no alcanza a constituir causal de nulidad (Art. 449, num. 4º). Empero, aquella norma tiene sus excepciones, conforme los artículos 798, 800, 1141 y otros. En sala de decisión se deciden las apelaciones de sentencias dictadas en los juicios llamados especiales (de servidumbres, de alimentos, de divorcio, etc., etc.), los que en la segunda instancia son tramitados igual que como se hace con los autos interlocutorios, en atención a su naturaleza.

ART. 505. — Por regla general, en la tramitación de las apelaciones de autos y de sentencias pronunciadas en procesos especiales únicamente puede otorgarse término probatorio a petición de parte, siempre que ante el inferior lo haya habido, y que ocurra una cualquiera de estas circunstancias: *a*) Que el inferior haya denegado la práctica de alguna prueba que el superior considere pertinente; entonces es viable la apertura a pruebas en la segunda instancia, pero apenas en el caso de que la denegación haya sido hecha no obstante haberse pedido la prueba en la oportunidad debida, puesto que si no lo fué, falta una base de justicia, una razón para modificar la actuación del inferior (Art. 597).

b) La omisión de la práctica de alguna prueba pedida y decretada sin culpa de quien la pidió, propicia la apertura a pruebas en la segunda instancia y tal omisión debe aparecer de los autos para basar dicha apertura (Art. 598).

c) Por último, la ocurrencia de un hecho nuevo de influencia en la decisión, esto es, posterior en el tiempo al término de pruebas en la primera instancia, hace fundado recibir a pruebas el negocio en la segunda, pero para ello se requiere que con la petición que se presente se aduzcan algunos elementos demostrativos de él, aun sumarios, ya que tal vez carece de acierto acceder a lo pedido en atención a meras aseveraciones de parte interesada, pues así se evitan dilaciones inconducentes y temerarias y se procede con mejor fundamento.

Limita el artículo la duración del lapso probatorio en el segundo grado, por cuanto que explícitamente dispone que no puede ser mayor que el del primero. El Juez, dentro de ese límite, lo señala (Art. 367), atendiendo a las modalidades del negocio y a la prueba que haya de practicarse, pero sin extralimitar en ningún caso las atribuciones señaladas en la disposición, pues si lo hace incurre en irregularidad contra la que tienen facultad de reclamar los litigantes.

ART. 506. — La finalización de la segunda instancia se tiene con la ejecutoria del auto que la decide y la tasación de las costas a que se haya condenado a una de las partes. Tan pronto se tiene ese fenómeno, es deber del funcionario del conocimiento devolver los autos a la oficina de origen, que es la que tiene la competencia primaria en el negocio, a la que toca ejecutar lo resuelto, etc., lo cual pone de manifiesto que es falto de objeto que permanezca en poder del funcionario *ad-quem*. El señalamiento del monto de las costas de la segunda instancia es atribución exclusiva del funcionario respectivo y de allí que si devuelve el proceso sin tasarlas sea correcto devolvérselo a su vez a petición de parte para que satisfaga sus deberes. Ésa es la mejor forma de solucionar la irregularidad, puesto que al inferior no corresponde tasar las referidas costas y la tasación no puede dejarse insoluta. Habla el artículo únicamente de auto, pero lo dispuesto en él también es aplicable en relación con las sentencias de fondo.

ART. 507. — El auto de obedecimiento, el que en la práctica se dicta diciendo solamente cúmplase u obedézcase lo dispuesto por el superior, es una formalidad conveniente y ordenada a constatar que el inferior vuelve a tener facultad de actuar en el negocio de que se trate por desaparecer la suspensión acaecida por la apelación. Tiene por objeto, además, el tomar las medidas necesarias al cumplimiento de lo ordenado por dicho superior, por ejemplo, lo conducente a la verificación de una entrega, si el asunto no exige el adelantamiento de otro juicio. Por tanto, el auto de obedecimiento es la primera providencia que dicta el funcionario *a quo* después de que el negocio en el cual se apeló antes vuelve a su despacho. Una vez llegado el

expediente, las actuaciones del inferior, en especial tratándose de sentencias, se concretan propiamente a la ejecución de lo resuelto por el superior sin que pueda extralimitarse, porque si lo hace incurre en usurpación de jurisdicción (Art. 148).

Parágrafo II. — **Consultas**

Arts. 508, 509 y 510. — En gracia de cierta preferencia establecida por la legislación en pro de las personas de derecho público —Estado, Departamento, Municipio— las sentencias que las condenan a una prestación son consultables al superior, lo cual constituye una institución jurídica bastante análoga al recurso de apelación. La consulta, al igual que la otra, veda hacer más gravosa para la entidad en cuyo beneficio se hace la providencia materia de ella; equivale a una apelación en el efecto suspensivo, por cuanto que la sentencia consultada no logra el estado de ejecutoriada sino por medio de la decisión del superior y antes no procede su ejecución. A pesar de las analogías observadas, la consulta se hace cuando falta la apelación, ya que si ésta es interpuesta carece de objeto aquélla; en otros términos, la apelación excluye la consulta, lo cual evidencia una diferencia entre ellas. Además, la última es oficiosa y no en favor de todo sujeto. Conviene expresar aquí que en los casos de interdicción también procede la consulta (Art. 821), institución que en nuestro procedimiento carece de los caracteres de generalidad de que gozan otras, porque el legislador consideró que la defensa de los intereses particulares que se opera con ella, cabe lograrla por voluntad de parte que recurra en apelación.

Capítulo IV

S Ú P L I C A

Arts. 511 y 512. — Por la naturaleza de algunos negocios o por razón de las personas que en los mismos intervienen, su conocimiento es atribuído en primera instancia a los Tribunales o a la Corte Suprema y en ellos proceden esas entidades como juez *a quo*. A la vez en materia de recursos contra los autos interlocutorios que pronuncie el magistrado sustanciador resalta una notoria diferencia con lo que se vió en las líneas anteriores, puesto que contra ellos únicamente es viable el recurso de súplica que se concede para ante la Sala llamada Dual, pues de él conocen los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, que es integrada por tres. De forma que es inconducente interponer súplica contra interlocutorios dictados por un funcionario *ad quem*, mejor dicho, en segunda instancia, en mérito de que la ley es de aplicación ineludible y que sería violada admitiendo la súplica en tales circunstancias. En materia de recursos las disposiciones que existen son perentorias, por lo que resulta absurdo dar cabida a un recurso no establecido en forma expresa. Lo anotado permite inferir

cuáles son las características de la súplica y en qué se distingue de los otros recursos.

La sustanciación y decisión del referido recurso es igual a la de los autos interlocutorios y contra la correspondiente resolución no es indicado otro recurso que el de queja. En el evento de que los integrantes de la Sala Dual discrepen acerca de la providencia que corresponda dictarse, la dificultad se obvia aplicando las normas generales sobre conjueces (Arts. 57 y ss., 89 y ss.).

Capítulo V

RECURSO DE HECHO

Art. 513. — El recurso de hecho es siempre de carácter subsidiario, puesto que aparece cuando es denegada una apelación contra un auto interlocutorio o una sentencia, carácter que lo distingue con toda claridad de los demás recursos y, a diferencia de los cuales, su interposición se hace en realidad ante el superior y no ante el inferior, como en aquéllos. Está condicionado a la solicitud previa de reposición del auto denegatorio de la apelación y al pedimento, en defecto de que no sea repuesto, subsidiario, de las copias indicadas en el artículo acotado (Arts. 361 y conc.), a saber: de la providencia apelada, de las diligencias de su notificación, del escrito en que se interpone la apelación (si no lo fué en la notificación), del auto que la deniega y de cualquiera otra pieza que el recurrente estime conveniente, y para la expedición de esas copias basta que el recurrente aludido pida que se ordenen las indicadas en el artículo, en su escrito de reposición. Además, es claro que el objeto propio e inmediato del recurso cuestionado es la revisión por el superior de la providencia denegatoria del recurso de apelación a un interesado.

Arts. 514 y 515. — El recurrente de hecho está en el deber de presentarse ante el superior dentro del término perentorio de tres días hábiles, más el de la distancia (Art. 373) a presentar su súplica de que se le conceda el recurso denegado, por escrito, a la que debe adjuntarse la copia ordenada por el artículo. Para la computación del término mencionado se parte de la fecha de la entrega de las copias, puesto que eso es lo que parece conforme con la técnica procesal y la interpretación más correcta de la disposición en estudio. La decisión del superior sobre si procede o no la concesión del recurso de apelación se pronuncia en vista de lo alegado y demostrado, en otros términos, sin necesidad de traslado a la parte contraria, de plano. En el caso de que la mentada decisión contenga la estimación de que la no concesión de la apelación es fundada, debe disponerse ponerla en conocimiento del denegante inicial, en ella misma, lo que se cumple con propiedad con remisión de lo actuado a tal funcionario y también por medio de oficio, a fin de que se produzcan con la constancia en el expediente sus consecuencias procesales. De diverso

modo, cuando el superior estima que la apelación que antes fué interpuesta es procedente, así debe declararlo, expresado, sí, el efecto en que lo sea (Art. 490) y toma las medidas conducentes para el envío y recepción de los autos.

El superior ante quien se recurra de hecho tiene la facultad de exigir copia de otros elementos del expediente, fuera de los que le hayan presentado, y si los estima necesarios para basar mejor su decisión, cosa análoga a lo dispuesto en el inciso final del artículo 499. El ejercicio de la facultad dicha no da margen a recurso alguno por parte de los interesados ya que no aparece su necesidad y que el caso es análogo en un todo a lo reglado en el artículo 600.

ART. 516. — La admisión del recurso de hecho exige: interposición oportuna, apelación procedente e interpuesta en el tiempo señalado por la ley y el pedimento de reposición en la ocasión propicia. El incumplimiento de una o de varias de las antedichas condiciones hace desprovisto de todo mérito el recurso que se interponga, puesto que ellas tienen la calidad de esenciales, por lo que resulta falto de acierto decirlo, sin ellas, en forma favorable al recurrente. En su estudio han de proceder los funcionarios con extrema cautela a fin de no incurrir en desaciertos posibles en atención a que el asunto se decide de plano. Es indicado observar que el funcionario a quien toca conocer del recurso de hecho procede a resolverlo como Juez *a quo*, sin embargo de lo cual, contra su providencia no existe otra instancia, por apelación.

ARTS. 517 y 518. — No solamente la denegación absoluta del recurrente de apelación es causa del recurso de hecho sino la concesión en el efecto devolutivo, debiendo serlo en el suspensivo. En semejante ocurrencia la tramitación suya es un tanto diferente a la que se vió antes, puesto que no son necesarias las copias dispuestas por el artículo 514 por verdadera sustracción de materia (permítase la expresión), ya que a todas luces es claro que su necesidad no aparece porque los asuntos a que se refieren están contenidos en el expediente que llega al superior (Art. 499) y sobre el cual actúa. Sería absurdo, en tales ocurrencias, exigir la expedición de copias, la elaboración y obtención de un trabajo en realidad innecesario. Dice el artículo que en los casos tratados la interposición del recurso en estudio se hace al llegar el negocio al superior, pero es razonable, en atención a que la fórmula empleada es un tanto vaga, porque los interesados a diario no tienen que estar investigando sobre la llegada de los expedientes por el correo, aplicar el término del artículo 514, de tres días después de la recepción del negocio, para la cuestionada interposición, ya que así se obra de manera más conforme con la equidad evitando sorpresas y exagerado formulismo. En caso de que el recurso tratado prospere, han de tomarse las medidas apropiadas a la producción de sus consecuencias, comunicando al Juez de primer grado, por medio de oficio —ya que no cabe devolverle el expediente—

para que no continúe obrando en gracia de apelación en el efecto devolutivo.

La denegación del recurso de casación por un Tribunal hace aplicables las anteriores disposiciones, mejor dicho, de ellas puede aprovecharse el interesado de acuerdo con la naturaleza del asunto (*mutatis mutandis*) recurriendo de hecho ante la Corte.

Capítulo VI

CASACIÓN

Parágrafo I. — Sentencias sujetas al recurso

Art. 519. — El recurso de casación contenido en la legislación procesal —que estudiamos ligeramente y siguiendo la jurisprudencia de la Corte— es de carácter extraordinario, por oposición a los otros, ya que contra una calidad de sentencias —las de segunda instancia de los Tribunales— procede y su conocimiento corresponde exclusivamente a la Corte Suprema. La casación tiene por objeto primario la unificación de la jurisprudencia nacional y en manera alguna está constituído tal objeto y en forma directa por los intereses en juego en el respectivo litigio, pues a diferencia de la Ley 40 de 1907, el artículo, siguiendo la orientación general de la legislación de los diversos Estados, no la hace comprender directamente los intereses de las partes. Esto hace patente que la tramitación del recurso cuestionado presupone de una parte una sentencia de segunda instancia dictada por un Tribunal *ad-quem* y una violación de la ley, de la otra, las que se encuentran para constituir propiamente su materia, la que en sí se diferencia de lo que constituye propiamente una instancia. A no dudarlo, lo primordial en una instancia es el debate directo sobre los intereses y derechos de los litigantes con sus términos probatorios, la adución de documentos y ello muestra que teniendo en consideración la naturaleza de la casación es insensato sostener que equivale a una verdadera instancia.

Son susceptibles de casación: *a*) las sentencias de los Tribunales —obsérvese que el artículo habla expresamente de sentencias— dictadas en juicios ordinarios o que asuman ese carácter, como cuando hay oposición al deslinde practicado (Art. 870), en juicios de cuentas (Art. 1132), etc., siempre que la cuantía de ellos llegue al valor de tres mil pesos por lo menos. Sobre esto la segunda parte del artículo, con notoria falta de técnica, crea algunas dudas que desaparecen teniendo en cuenta lo dicho en el mensaje del Gobierno al presentar el Proyecto de Código Judicial, aplicando las reglas de interpretación y siguiendo la jurisprudencia de la H. Corte Suprema; *b*) las aprobatorias de particiones verificada en procesos divisorios, sucesorios o de liquidación de sociedades disueltas, sean civiles o mercantiles, pero siempre que la cuantía de los respectivos juicios alcance por lo menos a una cantidad de cinco mil pesos;

c) los de graduación de créditos en los casos de cesiones de bienes o de concurso de acreedores, pero a condición de que alcancen la cuantía indicada en el párrafo anterior;

d) los fallos sobre el estado civil de las personas, dictados en las condiciones antedichas, los que se presentan únicamente cuando ese estado es el objeto directo de la respectiva demanda.

Del texto del artículo comentado se deduce que la casación está restringida por el concepto de la cuantía y para los casos concretos señalados en la disposición en referencia, quedando excluídos los demás, puesto que ella carece de la generalidad de los otros recursos, carencia que no ofrece campo a la analogía y justificada en rázón de que se trata de un recurso extraordinario. De forma, pues, que la enumeración en aquél contenida posee marcado carácter de limitativa, lo que es fundado máxime si se atiende a que aun por razones de orden práctico no debe ser generalizada. Por lo demás, cumple observar que en el Proyecto de la Comisión Revisora se fijaba la cuantía necesaria para el recurso en dos mil pesos, sin hacer diferencias por causa de ellos.

Parágrafo II. — **Causales**

Art. 520. — Por lo mismo que la Casación es recurso extraordinario, únicamente puede apoyarse en las causales taxativamente enumeradas en el artículo, forma que de suyo excluye otras distintas causales y que se explica atendiendo a que él se dirige en primer término contra la sentencia dictada. Son éstos los únicos motivos de casación:

"1º Ser la sentencia violatoria de la Ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o por interpretación errónea. La aplicación indebida se presenta, por ejemplo, cuando en lugar de aplicar una disposición especial para el caso es aplicada una general. La infracción directa aparece, por ejemplo, en el evento de que el Juzgador desconozca el texto de una disposición, v. g. ordene la devolución de lo entregado por objeto o causa ilícitos. La interpretación errónea hace referencia a una equivocada aplicación de los preceptos legales considerados en sí mismos, v. g. se sostiene que el acreedor únicamente tiene derecho para demandar una sola de las cosas indicadas en el artículo 1610 del C. Civil. En el supuesto que la violación de la ley se derive de falta o apreciación incorrecta de una prueba, exígese que el recurrente alegue sobre el particular y se demuestre el error de hecho o de derecho en que haya incurrido el Tribunal y que aparezca manifiesto.

2º Ser la sentencia inconforme con las pretensiones de los litigantes es la segunda causal de casación, mas esa inconformidad no hace referencia a que no sea exactamente conforme a lo que cada cual pretende, sino á que el fallo no sea adecuado o sobre las pretensiones de ellos. De suerte que tal inconformidad se dará en la hipótesis de que el fallo conceda más de lo pedido, no resuelva

asuntos propuestos en oportunidad, decida cuestiones no debatidas por los litigantes o no contenga la decisión sobre todas las excepciones propuestas.

3º En el supuesto de que la sentencia lleve en su parte resolutiva disposiciones contradictorias sin embargo de haberse demandado su aclaración, oportunamente, procede la casación

4º El Acuerdo de un fallo por el Tribunal y por un número de votos inferior al indicado por la legislación, es la cuarta causal de casación.

5º La intervención por parte de un Magistrado en una sentencia no obstante estar pendiente su recusación, o el desestimarla siendo fundada ésta, es la quinta causal de casación.

6º La incidencia en los procesos en causales de nulidad da ocasión a la casación, pero bajo la condición de que no se haya presentado en forma legal el saneamiento de ese vicio.

7º Los Tribunales, al igual que las otras entidades judiciales, tienen la obligación clara de resolver los asuntos que les sean propuestos en forma legal y si omiten hacerlo y lo declaran así en su fallo, procede la casación, pues sin esta declaración se presentará el caso de la segunda causal.

Es fácil comprender en vista de la anterior enumeración que en el recurso cuestionado aparece en primer término un interés por la correcta aplicación de la ley, y de allí que en él se enfrenta éste a las sentencias, las que vienen a constituir su objeto más inmediato, sea la ley sustantiva o la adjetiva. Por consiguiente los medios nuevos de casación, denominación en la cual encajan aquellos asuntos no debatidos ante los Tribunales, no son admisibles en casación, como en reiterada jurisprudencia lo ha dicho la Corte, en la que se lee por ejemplo: "No se puede hacer valer ante ella (la Corte de Casación) —dice Faye— ningún medio nuevo, es decir, que no haya sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al Tribunal cuya decisión se ataca, o que no haya sido apreciado por ese Tribunal, a menos que la ley le haya impuesto el examen de oficio por un interés de orden público; pero aun en este último caso la admisión del medio está subordinada a la condición esencial de que él se apoye sobre hechos y documentos sometidos al Juez de fondo. Es una aplicación de esta doble regla: *a*) Que una sentencia no puede ser casada sino por violación de la ley cometida por el Juez al cual no se le puede tachar el que no haya resuelto sobre un medio que no le ha sido propuesto; *b*) Que, por razón de la prohibición hecha a la Corte de no conocer del fondo de los negocios, ella debe tomar el debate en el estado en que éste ha sido presentado ante el Juez del hecho, sin que ningún elemento nuevo pueda ser introducido."

"Ya la Corte de Casación francesa, desde hace muchos años, dijo: "Considerando: que la Corte de Casación fué establecida exclusivamente para apreciar bajo el aspecto del derecho las sentencias

dictadas en última instancia por las Cortes o Tribunales; que no se puede, pues, ante ella presentar medios nuevos, sino únicamente apreciar la solución legal dada a los medios debatidos ante los primeros Jueces..." (G. J. Nº 1920 y 1921, 1918 y 1919).

Sin entrar en mayores exposiciones sobre la materia de casación, advertimos que sobre ella ha de estudiarse la jurisprudencia de la Corte, la que constituye un verdadero tratado.

Parágrafo III. — Interposición y concesión del recurso

Art. 521. — El recurso de casación puede interponerse desde la publicación de la sentencia (Art. 479) —no antes porque todavía no existe para el interesado un acto acusable— hasta el transcurso de quince días hábiles siguientes al en que quede notificada a todas las partes (Art. 350) o desde la notificación de las partes mencionadas del auto que se pronuncie sobre aclaración o adición del fallo (Art. 482), puesto que él viene a ser un acto ligado a la sentencia, que constituye con ella una unidad ya que en realidad concurre a integrarla y sería equivocado no tomarlo en cuenta en la iniciación del término propio a la interposición del recurso. Es evidente que el último corresponde ejercitarlo, como tratándose de los otros, al interesado legítimo, por lo que si no es el mencionado quien actúa falta una razón bastante para concederlo, a menos que se presente un caso de excepción a la regla general (Art. 269). En realidad que el objeto inmediato de la casación no es el interés individual sino otro, pero aquél la legitima por cuanto que sufre o aprovecha el resultado del aludido recurso.

Arts. 522 y 523. — La casación se interpone por medio de memorial cuya presentación se verifica con subordinación a las normas comunes que reglan la comparecencia ante las autoridades judiciales (Arts. 358, 359 y cds.), presentación que se hace oportunamente ante el Tribunal que dicte la sentencia recurrible, el que concede el recurso de casación con vista del expediente, sin previa audiencia especial de parte contraria. Notificada la concesión del recurso en cuestión y en firme, se envía el expediente original a la Corte, puesto que aquél no se tramita de igual manera que las apelaciones concedidas en el efecto devolutivo. Es obvio que la concesión del recurso mencionado ya varias veces se hace atendiendo a su procedencia formal, debida a interposición oportuna y a su viabilidad por motivo de la naturaleza del proceso y la sentencia dictada, sin apreciar su fondo, esto es, su fundamento de derecho contra tal sentencia, pues lo último es atribución exclusiva de la Corte. Ahora, la concesión por un Tribunal del recurso que no sea interpuesto por interesado legítimo no liga a la Corte a su estudio ni a un pronunciamiento de fondo, pues lo que primero importa en toda actuación judicial, las que por lo común no son oficiosas, es la provocación de parte interesada, tomado el vocablo en su acepción jurídica.

Art. 524. — Importa en materia de casación la cuantía del ne-

gocio en que se pretenda interponerlo, pues ella puede hacer procedente o improcedente el recurso interpuesto. La cuantía de los negocios puede quedar determinada: *a*) mediante el procedimiento señalado por el artículo 206, el que, cumplido regularmente, la define para el juicio de manera inmodificable, por lo que llega a ser una base cierta en las ocurrencias posteriores de los litigios. Por tanto, la fijación hecha es aprovechable para valorar la procedencia o improcedencia del recurso comentado.

b) Al trabarse la relación procesal puede quedar definida, por estimación concreta de parte, como cuando expresa, por ejemplo, que lo pedido vale mil pesos y la contraria no la desecha.

Esos casos por sí mismos definen, sin duda alguna, la cuantía de los litigios y hacen innecesaria la actuación pericial, lo que no ocurre cuando se presenta una estimación genérica, como si se dice únicamente que la acción es de mayor cuantía o superior a una cantidad dada, por que en ésta no se dispone de una certeza exenta de dudas, lo que hace imprescindible el dictamen pericial, a costa del recurrente, que ordena el Tribunal designando por sí mismo los peritos, cuyo dictamen se valora en armonía con las normas comunes sobre el particular (Arts. 705 ss. y 715 ss.). La base de que parten los peritos mencionados en el desempeño de su misión es el objeto del litigio, porque la acción siempre debe valorarse por él, pues racionalmente no cabe valorarla con base en otro u otros (arts. 196, 154 y 735).

Claro es que la intervención pericial se hace más precisa cuando el objeto materia del debate judicial es una cosa distinta a una suma determinada de dinero, pues en relación con lo primero el Tribunal carece realmente de elementos de juicio y en cambio cuando de la segunda se trata la intervención dicha deja de ser necesaria, como es claro.

Art. 525. — Especialmente porque la casación no es una instancia ordinaria y con fines de justicia se reconoce derecho al beneficiado con la sentencia recurrida para pedir que se ordene su cumplimiento, ante el Tribunal que la dicta, pero a condición de que a juicio del mismo preste caución real, vale decir prendaria o hipotecaria (Arts. 2409 y 2432 C. C.), garante de la devolución de lo que reciba por el aludido cumplimiento y de los perjuicios que con él ocasione. La súplica respectiva ha de hacerse dentro de los tres días posteriores al auto concesorio del recurso, pero si de él se pide reposición, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la respectiva denegación, lo que es conforme con las normas generales y que no contraría el espíritu del artículo en estudio. Luego del otorgamiento de la caución, el que debe ser hecho dentro del lapso fijado por el Tribunal y que no puede pasar de quince días (Art. 367), se expiden copias de las sentencias de primera y segunda instancia, se ordena su registro, el envío de ellas al Juez *a quo* y se dirigen los autos originales a la Corte. La materia que reglamenta

el artículo, es en esencia distinta a la reglada en el artículo 275, por lo que en el primero no cabe buscar analogías para la aplicación del segundo, esto es, para alegar que el secuestro de que trata corresponde pedirlo ante el Juez de primera instancia. Lo anotado muestra con toda claridad que los efectos inmediatos de la apelación en el efecto suspensivo son distintos en algunos casos a los del recurso de casación, y ello se basa en que el último es apenas una acusación de un fallo, que no genera una instancia propiamente dicha, en su carácter de extraordinario y en el interés de procurar una pronta efectividad de las sentencias (Art. 541).

ART. 526. — Este precepto legal contiene verdaderas excepciones a lo dispuesto en el artículo precedente y encuentra completo apoyo en la juridicidad que hay en la negación del cumplimiento de sentencias que, al ser casadas, implicarían graves consecuencias al realizarse el efecto de volver las cosas a su primitivo estado anterior. En verdad, v. g., tratándose del estado civil, en el que está comprometido el interés público, no es comprensible cómo puede darse lugar a la ejecución transitoria de la sentencia pronunciada sobre él. Así tratándose de disolución de sociedades y de otros asuntos similares, no puede propiciarse la desaparición pasajera de su personalidad jurídica. Del texto del artículo surge la tesis de que en especial en aquellos asuntos que envuelven un interés social o público no son susceptibles los fallos dictados sobre ellos de la ejecución autorizada por el artículo 525, en mérito de ese interés para salvaguardar si se quiere, el funcionamiento de las relaciones jurídicas. En casos de reivindicación entre particulares no entra en juego y de manera directa aquel interés, de donde se desprende entonces que en los de su índole es aplicable el prementado artículo 525.

ART. 527. — Por uno u otro motivo, es posible que el Tribunal ante el que se interpone el recurso en estudio niegue su concesión, y en ese supuesto al interesado se inviste de la facultad de incoar el llamado recurso de hecho, que viene a ser un medio eficaz para su defensa de la arbitrariedad que en su contra se haya cometido. Por lo demás, el artículo es notoriamente innecesario, mejor dicho, sobra ya que su contenido se encuentra en el artículo 518, de lo que resalta una repetición falta de técnica.

PARÁGRAFO IV. — **Admisión del recurso**

ARTS. 528 Y 529. — Una vez llegado el proceso a la Corte, el Magistrado a quien corresponda tramitar el recurso, después del repartimiento, dispone la fijación en lista por el lapso de diez días hábiles con el objeto de que las partes aleguen sobre la admisibilidad del recurso, de donde se desprende que la concesión del mismo por el Tribunal no es una etapa definitiva tratándose de las aludidas cuestiones, preclusiva, digamos. Pasado el aludido término la Sala resuelve sobre si es o no admisible el recurso, lo que muestra también, que exceptuando lo que en seguida se expresa, la concesión que

haga el Tribunal carece del efecto de ligar de modo absoluto a la Corte; en otros términos, a ella corresponde en definitiva calificar la procedencia o improcedencia del recurso de que se trate.

Ella carece de la facultad de declarar lo último por razones de cuantía, es decir, sobre ella tiene que acogerse a la actuación del Tribunal, cosa por demás explicable en atención a las otras disposiciones y a la conveniencia de evitar dilaciones, dando margen a la discusión de la cuantía ante la misma Corte. Ello hace manifiesto que los Tribunales deben proceder con especial cuidado en la concesión del recurso mencionado para que no lesione los principios de la legislación. De forma que la Corte puede declarar la inadmisibilidad de dicho recurso atendiendo a la naturaleza del negocio, a que no esté autorizado por la ley, a su interposición inoportuna, etc., pero en ningún caso por concepto de su cuantía y al hacerlo dispone la devolución de los actos al Tribunal de origen. Al contrario, si la Corte decide que es admisible, debe disponer su sustanciación y decidirlo luego.

Parágrafo V. — **Sustanciación y sentencia**

Art. 530. — La admisión del recurso exige que se ordene dar traslado por el término de treinta días hábiles al recurrente para que formule la demanda suya, término amplio pero que armoniza con las exigencias propias de la misma y en atención a que el recurso siempre se surte en la Capital de la República, por lo que no sería justo señalar un término corto sobre el particular. Siguiendo las normas comunes, la presentación de tal demanda puede ser hecha, si el demandante reside en lugar distinto, por medio de presentación ante autoridades de su domicilio (Art. 359) para su autenticación, pero en todo caso debe llegar a la Corte dentro del mencionado término, puesto que el inciso segundo excluye aumentos por conceptos de distancias, pues es perentorio sobre el particular.

Arts. 531 y 532. — La demanda de casación ha de contener una relación sintética y ordenada de las cuestiones del proceso y la expresión de las causales invocadas en contra del fallo recurrido, con expresión concreta de sus fundamentos y citación clara de los textos legales que el recurrente estime infringidos —aunque el error en el respectivo número no acarrea consecuencias graves— porque precisamente el recurso tiene por base inmediata una violación de la Ley. También debe contener la demanda el estudio por capítulos de cada causal cuando se aducen varias. Las actuaciones procedimentales no están sujetas dentro del procedimiento a fórmulas sacramentales, pero en tratándose de la casación es de notoria evidencia que la demanda dicha tiene que ajustarse estrictamente a los preceptos legales, satisfacerlos para que de lo contrario no genere su insuceso, como en reiteradas ocasiones lo ha sentado la H. Corte Suprema, cuya Jurisprudencia se sigue en el estudio que viene haciéndose.

El segundo artículo contiene una sanción para el recurrente que en oportunidad no fundamenta el recurso, al disponer que la Sala lo declara desierto y le impone la condena en costas, la cual se debe al hecho objetivo de la no fundamentación, a diferencia de lo que disponen otros artículos, en los que por lo común se habla expresamente del factor temeridad.

ART. 533. — La parte no recurrente siempre es oída en la tramitación y decisión del recurso en mención, mediante el traslado, por quince días, de la demanda una vez admitida. Empero no prevé el artículo el caso en que ambas partes hayan recurrido, pero es razonable que en ese supuesto el traslado se cumpla con quien no es el demandante inicial en casación, mejor dicho, a cada parte se da traslado en la demanda de la contraria, sin que ello implique que el recurso dicho no se tramite uniendo los de las partes y se decida en una sola sentencia. El traslado es personal, en términos generales, por quince días hábiles, exceptuándose el caso de que tres o más personas integren la parte opositora en el que se surte, por treinta días comunes en la Secretaría. De forma que si sólo dos personas integran la parte opositora a cada una de ellas debe correrse el traslado primeramente indicado, en armonía con el espíritu del artículo referido.

Art. 534. — La extirpación del término del traslado ordenado en las disposiciones anteriores coloca las cosas en estado de recibir el señalamiento para audiencia pública, el que se hace a petición de parte. Las audiencias son celebradas ante cuatro Magistrados, por lo menos, de la Sala respectiva (Art. 32). La forma de las audiencias es ésta: El ponente formula un resumen escrito de los asuntos objeto de su intervención (Art. 761); el día señalado se empieza la diligencia con la lectura de dicho resumen por el Secretario, y luego se concede la palabra por dos veces a cada parte, en el orden dispuesto para los traslados (Art. 753), las que dentro de los tres días siguientes a la verificación de aquélla gozan de la facultad de presentar por escrito resúmenes de sus respectivas alegaciones. En armonía con lo preceptuado en el artículo 326, si varias personas integran una de las partes y son representadas por un solo apoderado, no debe concedérsele la palabra tantas veces cuantas personas represente sino dos veces.

ART. 535. — Según esa disposición, después de la audiencia, en caso de que se surta, como es claro, o de pasados los tres días de que disponen los interesados para solicitarla, el curso normal de la actuación se cumple pasando al ponente las diligencias para que formule, con sujeción a sus obligaciones legales (Arts. 375 y 376) el correspondiente proyecto, y de acuerdo con el impulso procesal la entrega al sustanciador debe hacerse brevemente, pues no se justifican demoras al respecto. Ella sólo requiere la realización de la audiencia o el trascurso de los mentados tres días, que constituyen la etapa previa de la elaboración del proyecto referido.

ART. 536. — La audiencia de que trata el artículo 534 puede ordenarse oficiosamente en el caso de que la Sala lo juzgue necesario para esclarecer cuestiones de hecho o de derecho, atribución exclusiva que guarda notoria analogía con lo dispuesto en el artículo 600 y cuyo ejercicio únicamente interrumpe el término para fallar por diez días. Esa facultad de la Sala, que no corresponde independientemente al sustanciador, tiene pleno fundamento para hacer menos posible la arbitrariedad, no extremando el concepto de que la iniciativa en los procedimientos corresponde únicamente a las partes, para dar mejor aplicación a la equidad y a la justicia y lograr el descubrimiento de la verdad jurídica, todo lo cual armoniza con la doctrina del artículo 472 de que la finalidad del proceso judicial es el reconocimiento de los derechos particulares.

ART. 537. — Como a las demás entidades judiciales, corresponde a la Corte analizar en orden lógico las causales de casación aducidas por el recurrente, y si de ese análisis llega a la conclusión de que el recurso incoado carece de fundamento, deniega casar la providencia materia de dicho recurso, impone las costas al recurrente y ordena la devolución del proceso al Tribunal de origen. A no dudarlo, por la naturaleza misma del recurso acotado, la Corte carece de atribución para estudiar la existencia de causales distintas de las propuestas y alegadas por el recurrente ya mencionado, pues sus funciones no son generales con relación a la totalidad de los aspectos de los litigios sino que son limitadas por el contenido de la misma demanda de casación formulada.

ART. 538. — Varias son las causales que dan motivo a casación, según fué visto antes, y aducibles por los recurrentes, mas como es posible que una que la haga fundada sea calificada así por la Corte, basta para casar el fallo recurrido sin que sea menester el estudio de las demás, como en el caso de las excepciones (Art. 344). Al respecto cabe observar que el recurso de casación no constituye propiamente una instancia y que tiene sus límites precisos, por lo que en él no es aplicable lo dispuesto en el art. 343. Además, en consideración a que las causales de casación son señaladas restrictivamente debe tenerse en cuenta en toda ocasión que no es posible admitir una o unas no previstas en forma expresa en la ley, porque de hacerlo incurre la Corte en extralimitación de sus atribuciones. La infirmación de la correspondiente sentencia coloca a la Corte en el deber de dictar la providencia del caso, en armonía con los artículos siguientes al referido.

ART. 539. — En el evento de que al estudiar el recurso de casación la Corte halle que en realidad existe una de las tres primeras causales del artículo 520 aducidas por el recurrente, mejor dicho, que procede casar el fallo recurrido, procede a infirmarlo y a dictar la sentencia que en su lugar proceda sobre el fondo del litigio, pero en todo caso teniendo en cuenta la naturaleza propia del recurso en cuestión, o sea, que su actuación ha de circunscribirse a dichas

causales aducidas ya que carece de atribuciones generales sobre el litigio, pues no debe olvidarse que la proposición del recurso extraordinario de casación no da ocasión al desarrollo de actividades iguales en su género y amplitud a las de la primera y segunda instancias, que él no constituye propiamente una tercera instancia sino algo de calidades diferentes. La infirmación de la sentencia objeto del recurso coloca a la Corte en posición de poder dictar auto para mejor proveer, facultad fundada, acorde con los altos fines de la justicia, análoga a la consagrada por el artículo 600 y cuyo ejercicio, aplicando la analogía, notoriamente procedente en lo anotado, acarrea la suspensión de los términos propios para pronunciar los fallos y, además, no admite recursos por parte de los respectivos interesados.

ART. 540. — En armonía con lo dispuesto en la regla precedente, la existencia de las causales de casación de que tratan los numerales 4º, 5º, 6º y 7º del artículo 520, por gracia de su reconocimiento, ocasiona el deber de la Corte de indicar en qué estado queda el litigio de que se trate y de devolverlo al Tribunal de origen, o a otro cercano para que dicte nuevo fallo o actúe lo procedente en derecho. Las causales de nulidad de que pueda adolecer un juicio, las irregularidades procesales en su decisión, etc., hacen la sentencia dictada en él carente de solidez en razón de la omisión de formalidades y de allí que la Corte en esos supuestos no deba pronunciarse sobre el fondo de dicho litigio por cuanto que ello equivaldría a suplantar, si se quiere, al Tribunal, porque esas causales hacen precisa una actuación anterior al conocimiento de la Corte, para que no se desnaturalice la segunda instancia. Por último, anotamos que el artículo referido debería ser más bien parte integrante del precedente, lo que consulta una mejor técnica.

ART. 541. — Al tratar el artículo 525 fué visto que no obstante el recurso de casación que se interponga y su concesión, hay algunas sentencias susceptibles de cumplimiento previo (Art. 526) a la decisión del mismo, cumplimiento que en manera alguna entraña u ofrece base a la creación de situaciones jurídicas en caso de que sean infirmadas aquéllas, ni con relación a los litigantes, ni a quienes posean la calidad jurídica de terceros, porque los actos llevados a efecto en gracia de la ejecución provisional de la sentencia, y también ella misma, deben quedar y quedan condicionados en su subsistencia a que tales sentencias no sean infirmadas, con lo cual no se descarta la eficacia de lo resuelto en casación. Así, si se ha hecho la restitución de un inmueble, aquél contra quien ha sido verificada vuelve a recobrarlo automáticamente, por decirlo así, con esa infirmación, la trasmisión que haya hecho termina en su eficacia, etc. En consecuencia, como la casación de un fallo tiene el mérito de volver las cosas al estado anterior que tenían antes de ser cumplido, resulta que proceden las restituciones e indemnizaciones, llegado el caso, caucionadas en vista de la ejecución provisional.

Capítulo VII

REVISIÓN

Art. 542. — La revisión es recurso extraordinario que presenta un aspecto especialísimo, cual es el de que procede incoarlo después de transcurridos los términos propios de la ejecutoria de las sentencias y se distingue, además, por su objeto que en el fondo tiende a destruir los efectos propios de la institución de la cosa juzgada, lo que a primera vista parece contradictorio de aquella institución, pero luego de un examen detenido, se tiene que, por el contrario, es armónico con ella ya que ésta no es medio de protección del dolo, el que tampoco debe crear, en sana juridicidad, derechos particulares. Por otra parte, en atención a las causales de revisión determinadas por el artículo, resulta que por equidad procede el recurso tratado aún en casos en que no haya intervenido el dolo.

Las causales de la revisión no son otras que las señaladas restrictivamente por el artículo —como cuando se trata de nulidades, excepciones y casación— únicas que hacen viable el recurso dicho, puesto que la naturaleza del mismo y los altos fines de la justicia exigen una determinación de tal índole, que evite los inconvenientes de una determinación vaga o explicativa, contraria por todo aspecto a la estabilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, elemento primordial en la administración de justicia. Lo dicho hace manifiesto que no cabe basar la revisión en causales distintas a las previstas en la legislación y que carece la Corte de facultades para acogerla con apoyo en aquéllas. La sentencia ejecutoriada tiene estabilidad que únicamente cabe combatir con base en autorización legal expresa.

La revisión es procedente:

a) En la hipótesis de que después de la sentencia se recobren documentos no aportados al proceso, por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida con ella, es claro que tales documentos han de ser de naturaleza propia para influir en el fallo proferido, pues si carecen de ella resulta sin base eficaz la revisión. La fuerza mayor es factor excluyente de responsabilidad de las personas y de allí que ellas sean libres de soportar sus consecuencias. La retención de documentos por manióbras de un sujeto es hecho malicioso que en justicia, de ninguna manera genera consecuencias favorables, puesto que el procedimiento es medio amplio de debatir en juicio e impropicio a actividades sorpresivas y temerarias.

b) En el supuesto de que la providencia se apoye en documentos declarados falsos con posterioridad o cuya falsedad no fué conocida por la parte, la falsedad ha de ser declarada por autoridad competente y en providencia firme, por cuanto que de lo contrario, es equivocado darla por cierta antes de que la decisión judicial quede en firme. El desconocimiento de la falsedad ha de ser involuntario, según la jurisprudencia de la H. Corte ya que la omisión de parte acarrea consecuencias y su culpa hace desaparecer la protección que

la ley quiere darle, los motivos de la revisión, tesis que armoniza con lo dispuesto en el artículo 645 (Art. 649 y ss.).

c) En los casos en que el fallo sea apoyado en testimonios falsos por los que sean condenados los testigos, porque entonces cae el fundamento de aquél y, en consecuencia, no debe subsistir.

d) Por último, la revisión es viable cuando la sentencia injusta ha sido efecto de hechos delictuosos, como el prevaricato, porque sería violatorio de todo principio de justicia darle completa estabilidad a un fallo que adolezca de esos vicios, negando la revisión; sentar que el delito crea derechos para sus agentes.

ART. 543. — Por motivo del objeto de la llamada revisión, el término de su interposición fué limitado por el legislador a dos años, por cuanto que la firmeza de la institución denominada cosa juzgada, contra la cual se dirige en el fondo, no debe quedar sometida a la concesión de término indefinido para combatirla, en guarda de las relaciones jurídicas determinadas en una sentencia y las operadas con posterioridad y basadas en ella. El término aludido empieza a contarse desde la publicación de la sentencia (Art. 479), el que tampoco está sujeto a suspensiones ni prórrogas, ya que la legislación lo señala de modo concreto, perentorio, sustrayéndolo, por tanto, a interpretaciones diversas a su texto preciso.

ART. 544. — Es ésta una disposición de marcado carácter de excepción, pues como puede verse con la simple lectura de las demás disposiciones del Código, en la instauración de los recursos comunes no se exige depósito simultáneo de suma alguna. Conforme lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo número 1115 de 1940, basta adjuntar a la demanda el comprobante sobre el depósito que se haya hecho conforme a aquél, el que tiene por finalidad vedar el establecimiento fácil del recurso, pues como extraordinario que es, no deben gozar las personas de completa libertad para su interposición. Además, lo basa la conveniencia de asegurar en forma eficaz la efectividad de la condenación en costas. Con toda razón la devolución de la suma mencionada debe disponerse en el supuesto de que el recurso prospere.

La adución de las pruebas en que el recurrente cimente su pretensión es otra de las condiciones requeridas para la admisión del recurso, pues sin ella no puede lograrse la admisión suya. En realidad, la constitución previa de la prueba que lo sustente es lo que lo hace viable, diferenciándose por ello, además de otros aspectos que ofrece, de los demás recursos.

ARTS. 545 y 546. — Propuesto el recurso y siendo admisible en su parte formal, se dispone el reclamo del expediente original a la Oficina en que se halle, por cuanto que es elemento imprescindible sobre el cual actúa la Corte y no se debe hacer más gravosa la situación del recurrente exigiéndole en copia, reclamación que se hace por medio de un despacho o un oficio. Llegado el proceso de que se trate a la Secretaría de la citada Entidad, debe disponerse el traslado de la demanda de revisión a quienes fueron partes en ese proceso,

el que se cumple con notificaciones personales (Art. 312) y entregándoles los autos por el término de diez días, como cuando se trata de demandas ordinarias, según lo ordena la disposición en referencia (Art. 739).

Después de pasados los traslados, aun cuando los interesados no hayan hecho uso de ellos, procede recibir el negocio a pruebas por un lapso de quince días hábiles, durante el que una y otra parte disponen de facultad de pedir la aportación al negocio de los elementos que estimen convenientes a sus intereses, la que se decreta, pero siempre bajo el requisito de que las pruebas sean pertinentes a la cuestión debatida, ya que siguiendo las otras normas contenidas en el Código, es equivocado y, por lo tanto, carente de cimentación disponer la práctica de pruebas inoperantes, inconducentes en la decisión del negocio debatido.

ART. 547. — Si la revisión pedida aparece debidamente fundada y la Corte la califica así, corresponde la invalidación del fallo recurrido y el pronunciamiento en su lugar del que estime conforme a derecho. Para dicha invalidación es menester que concurran las causales señaladas en la ley de modo restricto, pues sobre el particular carece la Corte de atribuciones amplias, por lo que no puede invalidar una sentencia con apoyo en otras causales distintas a las mencionadas. La negativa de invalidación, según el texto del inciso final del artículo, acarrea al recurrente la condena al pago de las costas causadas a la parte contraria, la que es hecha atendiendo al hecho objetivo de tal negativa, sin necesidad de recurrir a la consideración de motivos especiales de temeridad como se requiere en otros supuestos.

ART. 548. — En oportunidad, la Corte debe devolver el proceso llegado a su conocimiento por el recurso de revisión, a la Oficina de origen, por lo que se procede en forma análoga a cuando se deciden otros recursos (Art. 497), ya que su conservación corresponde a la última, lógicamente y, además la ejecución del fallo (Art. 550, inc. 2º) y es injustificado a todas luces que la Corte conserve en su archivo negocios cuyo conocimiento no avocó inicialmente, fuera de que se causarían, procediendo en forma contraria, notorios inconvenientes y perjuicios a los interesados.

TÍTULO XV

EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES

CAPÍTULO I

RESOLUCIONES DE LOS JUECES COLOMBIANOS

ART. 549. — Dispone el artículo que puede pedirse la ejecución de las disposiciones judiciales desde el momento en el cual queden ejecutoriadas bajo la condición de que en las mismas no se fije plazo

para llevarlas a término. Es claro que las decisiones de aquella índole no deben quedar sin eficacia práctica, por lo que resulta claro que la disposición acotada está revestida de completo fundamento. No obstante lo dicho, es de lugar anotar que ella adolece del defecto de no ser completa, o acorde con otras normas de la legislación, ya que es sabido que las providencias apelables o apeladas en el efecto devolutivo son susceptibles de ejecución antes de pasar a ser ejecutoriadas. La referida ejecución —cuando no requiere juicio especial— no es otra cosa que una simple actuación judicial de cumplimiento (en especial cuando no requiere otro juicio) y no una decisión entre las partes litigantes, por lo que no es susceptible de los recursos comunes. A no dudarlo, de ninguna manera el cumplimiento de lo dispuesto en una providencia anterior y susceptible de ejecución entraña decisión especial, de donde cabe concluir que hay razón en que no sea materia de los recursos mencionados. Así, por ejemplo, la entrega de un bien que se ordena entregar no es recurrible por la persona contra quien se haga y que haya sido parte en el proceso que la motiva.

Se observa que la disposición en estudio no señala plazos para la ejecución de las decisiones judiciales, luego que quedan ejecutoriadas, como lo hacía la legislación anterior, lo que es más armónico con la celeridad procesal y aun con la ley civil (Art. 1551 C. C.). A propósito vale observar que es común que en las sentencias usen los Jueces señalar términos de seis días después de la ejecutoria para su ejecución, sin haberse pedido así, lo que en realidad constituye una extralimitación de las facultades suyas, inconveniente por todo aspecto. La legislación anteriormente vigente y que fué derogada por el Código actual, señalaba el término de tres días para la ejecución de una sentencia que ordenaba la entrega de determinados bienes y el de seis para el pago de una suma de dinero.

En la ejecución de las decisiones judiciales juega papel principal el interés particular, y de allí que a la parte legítima en el proceso de que se trate corresponda pedirla, sin que sea inconveniente que la sentencia que ordene la entrega o la restitución de un bien cualquiera no haya sido registrada aún, para cumplir las disposiciones vigentes, puesto que del espíritu de ellas así deja concluirlo. Además, no consulta ningún principio exigir ese registro antes, ya que la certeza que él ofrece mira más bien a la excepción de cosa juzgada y a la inscripción de la propiedad, y no agrega ninguna calidad al juicio en que haya sido pronunciada la sentencia de que se trate. En éste hay la certeza necesaria y de allí que no deba dilatarse la ejecución en mención con la exigencia de formalidades especiales. Antes de pasar al estudio del siguiente artículo, procede expresar que el comentado no señala plazo perentorio para suplicar dicha ejecución, pero no obstante ello ha de tenerse en cuenta al respecto los términos de prescripción de las acciones (Arts. 2535 y conc. C. C.).

Art. 550. — En especial en las sentencias de condena, solamente se constatan las obligaciones personales de quien la sufre y requieren

a su vez el adelantamiento de proceso ejecutivo para su cumplimiento si la persona obligada no se presta a hacerlo voluntariamente (Art. 982). Existe entonces cierta independencia entre el primitivo juicio y el nuevo en relación con la jurisdicción y competencia funcional, las cuales se determinan siguiendo las normas generales sobre la materia, atendiendo a la cuantía, etc. (Arts. 154, 152 ord. 2º y concds.), para no menoscabar la jerarquía judicial y sus fundamentos, lo que es de orden público. La ejecución de las decisiones judiciales que no requieren nuevo juicio, es función privativa del funcionario *a quo* (Art. 506), lo que no obsta para que pueda comisionar a otro para llevarla a término (Art. 133 ss.), siguiendo las reglas generales.

Se ha discutido si en el nuevo proceso es indispensable o no el registro de la respectiva sentencia, el cumplimiento previo de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2652 del C. Civil, en armonía con el 2673 de la misma obra, lo que se verá al tratar del proceso ejecutivo.

ART. 551. — En los litigios cuyo objeto sea un bien inmueble o mueble no se precisa nuevo juicio para la verificación de la entrega al que triunfe en ellos —si no está en su posesión como es claro— sino que a ella se procede por el funcionario de primer grado, después de las formalidades de rigor. Empero, tratándose de cosa mueble que no pueda ser encontrada, el asunto cambia de aspecto, porque en tal supuesto sí se requiere juicio ejecutivo (Arts. 214, 987 inc. final, 991 y conc.). En las aludidas entregas, no sobra expresarlo, han de tenerse presentes las disposiciones de la ley sustantiva sobre el derecho de retención (Arts. 970, 859, 947, 1882, 1995, 2000, 2188, 2207, 2218, 2258, 2265, 2272, 2277, 2421, 2426, 2429, 2468, 2497; art. 10, Ley Nº 95 de 1890; 23 Ley Nº 200 de 1936), el cual debe hacerse valer antes de la verificación de la correspondiente diligencia de entrega para que no desaparezca, pues con posterioridad a ella deja de ser viable su alegación, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia. La retención —no consagrada en nuestra legislación en forma sistematizada— no es otra cosa que la conservación de una cosa en su poder, por parte de quien está en la obligación de entregarla, de donde se desprende que una vez llevada a efecto la entrega en forma correcta (a menos que haya despojo, en el sentido jurídico del vocablo) deja de ser posible la mencionada retención, por cesar las causas de su operancia: una situación adecuada para favorecer al obligado que al mismo tiempo tiene derecho a la percepción de una prestación. Carece de fundamento volver las cosas a su estado anterior, sin embargo de que el actual suyo sea fundado. Además, en realidad el no ejercicio del derecho de retención antes de la entrega equivale a una renuncia tácita de su titular.

ART. 552. — Las disposiciones jurisdiccionales, es bien sabido, surten efectos entre las partes, sus adherentes y causahabientes y no contra quienes les sean extraños, es decir, tengan con relación a ellas la calidad jurídica de terceros, motivo bastante para que en las dili-

gencias de entrega se brinde campo a quien o quienes tengan la mentada calidad para la defensa de sus intereses y derechos mediante la formulación por su parte de oposición a la realización de la diligencia de que se trate. Una oposición de tercero tiene el efecto inmediato de suspender la actuación en que sea presentada y se decide según lo preceptuado en los artículos 882 y siguientes, los que se estudian más adelante (Sobre el concepto de tercero puede verse lo escrito al estudiar el artículo 476.) Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que en principio no cabe oposición a una entrega por parte de quien fué parte, en el litigio que la ocasiona, interviniente adhesivo o derechohabiente de los anteriores.

ART. 553. — Las diversas circunstancias que se presentan en los juicios hacen necesaria la llamada condenación en abstracto, la que debe hacerse cuando realmente en el juicio que se agite faltan elementos para especificar su monto, pues esta contingencia no puede echar a perder la obligación que resulta de autos. Ahora, la indeterminación de la condena ha de provenir de la naturaleza de los autos, de la falta real en los mismos de determinación y no del mero capricho del juzgador (art. 480). A la parte favorecida con la sentencia incumbe procurar su ejecución, a la que se procede después de la liquidación que se hace con sujeción al procedimiento señalado en el artículo. A este respecto es propio anotar: la liquidación no puede sobrepasar el monto estimado de manera concreta al incoar la acción que haya definido la sentencia, porque si no fuese así se tendría una discordancia marcada entre ella y lo actuado en dicha liquidación viniéndose, en consecuencia, en un procedimiento incidental, al desconocimiento de aquélla y a proferir una condena inarmónica con las demás normas de la legislación. Por ser la referida liquidación resultado de la sentencia depende de la misma su alcance. En realidad, la sentencia regula la liquidación.

El señalamiento de la cantidad debida por el condenado en abstracto se hace acogiendo, según se dijo, la norma del artículo comentado. La oportunidad que su contrario tiene para lograrlo es única y no múltiple por similares razones a las que quedaron expuestas al tratar de la cosa juzgada, de donde se desprende que ha de comprobar el fundamento de la liquidación que haga en la actuación que inicie y no en otras posteriores, para las que carece de facultad. La objeción que el condenado haga a la liquidación implica para el favorecido en la sentencia la carga de comprobar la realidad de aquéllas a riesgo de perder su derecho, porque "...La condena no hace surgir sino las presunciones que se derivan de la propia condenación. Así, hecha la condena a pagar en abstracto perjuicios, deberá partirse de la base de que ellos se causaron. Mas la cuantía, eso sí, ya no es materia de presunción favorable al actor. Si éste se limita a esperar que los elementos sobre que debe descansar su liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando en el solo efecto probatorio de sus afirmaciones, desprovistas de res-

paldo, puede suceder que imposibilitado el juzgador para hallar elementos suficientes destinados a comprobar numéricamente los perjuicios, éstos no pueden justipreciarse y en tal caso el camino indicado sería, no podría ser otro, que la total liberación del demandado. Y es claro. Aunque la sentencia acredite que se causaron perjuicios, sólo el que los recibió está en capacidad de decir cuáles fueron ellos y en qué los funda. Dos hechos fundamentales sin los cuales hácese imposible precisar numéricamente el daño: su enumeración y el respaldo probatorio de ella." (G. J., Nos. 1964 y 1965, pág. 602).

En conclusión, dos supuestos contempla el artículo: *a*) Que la liquidación no sea objetada, en el que el Juez la aprueba; *b*) Que sea objetada, en el que debe comprobarse para la viabilidad de la fijación o determinación por parte del juzgador.

ART. 554. — El Estado no es sujeto pasivo de acciones judiciales de ejecución en mérito de su crédito, disposición que no abarca algunas instituciones que son emanaciones suyas y que tiene propia personalidad jurídica (v. Constitución). Por tanto, contra aquél no procede juicio ejecutivo —al igual que en el procedimiento anterior— y cuando se pronuncia una sentencia en otro juicio especial o en ordinario en su contra, lo indicado es comunicarla al Gobierno para que la cumpla o procure la expedición del acto legislativo que la haga eficaz, si carece de facultad para cumplirla. No sin alguna razón es combatida y censurada por muchos esa disposición con la argumentación de que coloca al individuo particular en una posición precaria e injusta que es inaceptable, a lo cual cabe anotar que por causa del concepto de interés y servicio público existe tal disposición y que la persona Estado, por su naturaleza, no debe equipararse en un todo a los sujetos particulares. Quede bien claro que si la ejecución de la sentencia no requiere el adelantamiento de procedimiento ejecutivo, ella corresponde llevarla a efecto al fallador de primera instancia, sin que sean menester formalidades distintas a las de los casos comunes, pues ello carecería de apoyo.

Es principio de derecho que las sentencias son indivisibles en sí mismas, pero ese concepto tiene su alcance preciso que no puede ser extremado hasta el punto de considerar que cuando contienen varios pronunciamientos, esto es, cuando consta su parte resolutiva de diferentes elementos, la ejecución tiene que ser simultánea, pues ello no sería otra cosa que la consagración de la verdadera inejecutabilidad de las sentencias. Por ejemplo: si un fallo ordena la restitución de un determinado bien y el pago de sus frutos naturales y civiles. Es incuestionable que en buena técnica jurídica la ejecución en tal caso no puede ser simultánea, mejor dicho, al momento de la entrega del bien no puede lograrse el pago mencionado, judicialmente hablando.

Capítulo II

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS

Arts. 555 y 556. — Las relaciones y el comercio internacionales, los principios universales de justicia y equidad, crean por sí mismos la necesidad de no extremar los conceptos de soberanía hasta límites absolutos, lo que hace factible que la sentencia proferida en un Estado sea ejecutable y tenga fuerza en otro distinto. Entre los varios sistemas ideados sobre el asunto, el artículo acoge en primer término el de los tratados públicos, que tiene la ventaja de una definición previa del caso que se presente y descarta la vaguedad y arbitrariedad de los otros. En segundo lugar acoge el de la reciprocidad, que no es otro que el de condicionar en la República la fuerza de las sentencias de origen extranjero a la que se dé a las pronunciadas en ella, el que ofrece inconvenientes poco menos que insolubles, como en el caso de que allá se consagre disposición análoga o la legislación no disponga nada sobre el particular.

En represalia por el no acatamiento de las sentencias dictadas aquí en un Estado extranjero, tampoco se acatan entonces las proferidas en tal Estado, lo que contraría evidentemente los principios y fines del derecho internacional y la solidaridad de las naciones, pero necesario por conceptos de soberanía. Ese inacatamiento debe ser dispuesto por Ley en el Estado extranjero y general, porque por lo común y con sobra de razón, en ellos tampoco, como en el País, se acepta la ejecución de sentencia extranjera dictada en el ejercicio de acciones reales.

Art. 557. — Estos requisitos deben llenar las sentencias extranjeras para su ejecución en la República:

a) Que sean dictadas en procesos sobre acciones personales ya que en relación con las reales entra en juego en toda su plenitud el concepto de soberanía. La Ley sustantiva, por otra parte, acoge el principio de derecho internacional según el cual la ubicación de los bienes determina el Estado que por medio de sus órganos conoce de los litigios sobre los mismos, el de la lex rei sitae.

b) Que no afecten la jurisdicción nacional ni sean contrarias al orden público o las buenas costumbres. Es contraria a aquélla la sentencia que obliga a un sujeto a someterse a autoridades no reconocidas en la República; contraria a las buenas costumbres la que reconoce, por ejemplo, efectos a un contrato sobre la llamada trata de blancas.

c) Que estén ejecutoriadas, en lo que se sigue el principio general de que antes de quedar en firme las decisiones judiciales no es indicado su cumplimiento, pero según la legislación del Estado de origen (locus regit actum). Además, es menester que se acredite la autenticidad, según la ley 39 de 1933 (Art. 657), y la mentada ejecutoria, que lo será con certificaciones, etc.

La insatisfacción de lo anotado hace ineficaz en Colombia la correspondiente sentencia, vale decir, sin efecto o fuerza alguna y por tanto, a quien es sujeto pasivo de ellas no se le considera ligado por reales vínculos de derecho.

ART. 558. — La autorización de cumplimiento de un fallo de origen extranjero es atribución de la Corte Suprema y ella implica la concesión del llamado exequator, en cuyo mérito la sentencia queda revestida de eficacia en el país y no sufren lesión los principios de la soberanía patria. El tratado público es lo único que permite la concesión del exequator por otra entidad diversa a la Corte, de forma que su falta hace aplicables las atribuciones de aquélla. Lo anotado muestra que sin aquél carece de eficacia la sentencia extranjera. Prevé el artículo el caso de que su texto esté en idioma distinto al español, lo que da ocasión a su traducción en forma legal (Art. 657, 707 — Ley 39 de 1933) y que ha de adjuntarse a la solicitud de exequatur, puesto que si no se procede así no hay presentación formal de la solicitud de que se trate.

ART. 559. — La petición para que sea autorizado el cumplimiento del fallo pronunciado en el extranjero lleva en sí el concepto de interés público que hace que en la decisión del asunto deba oírse al Procurador General, además del individuo contra quien se quiera accionar. Estas personas son llamadas ab-initio mediante traslado a cada una, por el término de diez días como en las demandas que motivan juicio ordinario de mayor cuantía (Art. 739). Es tanto imprescindible ese llamamiento que su omisión acarrea vicios en la actuación y la ineficacia de la misma, como en los casos comunes. (V. notificaciones, nulidades.)

ART. 560. — Completa libertad procesal gozan el Procurador y el demandado en los asuntos de la índole del referido, y en ejercicio de ella disponen de la facultad de oponerse a la ejecución de la sentencia, conjunta o separadamente. La oposición que hagan tiene el efecto inmediato de que se reciba a pruebas el negocio por el término de quince días hábiles, más el término doble de la distancia, del que pueden hacer uso todos los intervenientes en lo debatido. Pasado el aludido término y el de los traslados de tres días para alegar, decídese el asunto debatido (V. Art. 32, núm. 3º y C. P. P.)

ART. 561. — La constatación de que la sentencia de origen extranjero tiene fuerza en la República, genera un estado en cuyo mérito el favorecido con ella adquiere verdadera capacidad procesal para impetrar su ejecución ante las autoridades judiciales, las que, por tanto, deben reconocerla. Dicha ejecución sigue, como es obvio, las normas comunes, sobre jurisdicción y competencia sin que sea preciso atender al origen de la providencia que quiera ejecutarse.

TÍTULO XVI

EXPENSAS

CAPÍTULO I

ARANCEL

ART. 562. — Por desgracia, la justicia entre nosotros no es enteramente gratuita, de donde se desprende el deber de cada parte de verificar el pago de las erogaciones que se causen en la práctica de diligencias pedidas por ella, so pena de sufrir las consecuencias procesales de su omisión (Arts. 496, 390, 345). Cuando las diligencias son cumplidas por súplica de ambas partes a las dos corresponde sufragar los gastos causados, proporcionalmente, y también con las mismas consecuencias procesales para la que no los sufrague. No obstante lo dicho, hay que tener muy presente que las erogaciones mencionadas hacen referencia al tiempo de la tramitación de los negocios, porque la decisión suya con condena al pago de las costas tiene la consecuencia de hacer que el beneficiado con ella pueda obtener el reintegro de sus gastos (V. Decreto Ejecutivo N° 1020 de 1936.)

ART. 563. — El Estado remunera las funciones de los funcionarios judiciales quienes sin ley expresa que los autorice carecen de la facultad de exigir a los litigantes prestación alguna por concepto de ellas. Ése es un medio de procurar una administración de justicia imparcial, que evita la corrupción a que se llega autorizando a los empleados la recepción de dinero a los litigantes, como lo demuestra lo acontecido en los Estados Unidos con los Jueces de paz. De tal manera celoso de la aludida imparcialidad se muestra el legislador que califica de delito en los funcionarios la exigencia de pago de derechos (tasas) no debidos conforme a la ley (Art. 156 ss. C. P.) Sin precepto expreso que lo ordene, el litigante no está obligado económicamente en beneficio de los funcionarios del órgano judicial y por el ejercicio de sus funciones: ni éstos pueden exigir retribuciones ni él debe dárselas.

ART. 564. — Las copias que todo interesado tiene la facultad de solicitar en juicio (Art. 499) o fuera de él (Art. 361) son de su cuenta y debe cubrirlas en favor del Secretario de la Oficina y el escribiente cuando éste las saca, a razón de diez centavos para cada uno, por cada hoja (que tiene dos páginas). Tal vez no sea fuera de lugar expresar que los Jueces no tienen obligación alguna de permitir que las copias mandadas expedir sean sacadas por particulares, por personas distintas a sus empleados, porque las tomadas por éstos ofrecen garantía de autenticidad legalmente, fuera de que los mismos dan mayor seguridad a la conservación de la integridad de los expedientes y, sobre todo, porque lo que los empleados deben re-

cibir por las copias, de manos de los solicitantes, es un derecho que es preciso no menoscabar con desconocimiento de las disposiciones legales.

ART. 565. — La autorización de declaraciones y certificaciones extrajuicio por los Secretarios les da derecho a un emolumento de cincuenta centavos por cada una, siempre que no tengan más extensión de una hoja o fracción, puesto que si exceden, el derecho se aumenta en diez centavos por cada plana de exceso. Con respecto a la recepción de posiciones extrajuicio se han presentado dudas por lo menos de si quedan comprendidas o no por la disposición en estudio. Parece que sí, conforme se practica generalmente, pues sin entrar en diferenciaciones más o menos sutiles, en relación con los Secretarios, la recepción de una declaración equivale a la de unas posiciones. Por otra parte, parece que la tesis en cuestión armonice más que otra distinta con la protección que a los citados empleados quiere darles la ley.

ARTS. 566-567. — Diversas personas, sin embargo de estar desligadas de las partes contendientes y no integrar el órgano judicial, son llamadas a actuar en algunas cuestiones en juicio a fin de aprovechar sus conocimientos, servicios y demás, para buscar más garantías de acierto en las decisiones, pero el llamamiento no es para ellas, ni podría serlo, una carga de carácter oneroso sino que les da derecho a la remuneración que fija el artículo 566, la que en algunos casos taxativamente enumerados en el artículo 567 puede ser aumentada, para lo cual dispone el juzgador de un margen de apreciación. La equidad y la consideración de que es ético y acorde con la economía procesal no hacer demasiado dispendiosos los procesos, son los elementos primarios que ha de tener presentes aquél en los aumentos autorizados por la disposición en cuestión.

ART. 568 (LEY 63 de 1936, ART. 60). — La remuneración de intérpretes y peritos puede ser aumentada prudencialmente, atendiendo, eso sí, al término concedido para la rendición del dictamen, a la calidad del peritazgo, su extensión, fundamentación, dificultad, calidades de los expertos, a factores objetivos y subjetivos etc. El pago de las labores de esas personas es de cargo de quien o quienes las solicitan y las que tienen derecho a ese pago disponen de varios medios en orden a lograrlo: con demanda, por entrega de parte contraria a la obligada (Art. 571.)

En gracia del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, el no pago de los honorarios del perito o los peritos en juicios sucesorios, impide la aprobación de la respectiva diligencia y tener como prueba la pericia que en otro juicio sea practicada. La H. Corte Suprema ha censurado en su jurisprudencia esa disposición, considerando que no consulta los principios doctrinarios sobre pruebas judiciales y que hace depender la prueba de una mera cuestión económica. Con todo el acato que merece esa entidad, es de observar que la disposición acotada tiene base de justicia al servir de medio de coacción para que

el perito no se vea forzado a instaurar acciones especiales para la percepción de honorarios poco valiosos, comúnmente; también debe anotarse que en la realidad, sin disposiciones como la ya citada, los derechos de los expertos son burlados con gran facilidad, lo que no es aceptable. El litigante sabe desde un principio que la actuación en juicio trae consigo gastos de una y otra índole y de allí que no resulte arbitrario lo anotado, pues el argumento de que la prueba no debe depender de lo económico, por probar mucho no prueba nada, como dicen los escolásticos, ya que toda prueba entraña gastos, sea de escrituras públicas, de documentos privados, de inspección ocular, de testigos, etc. etc.

ART. 569. — Bien se sabe que la salida de un Juez o Magistrado a la práctica de diligencias judiciales, previamente decretadas, corre de cuenta del peticionario de ellas, quien debe suministrar a los funcionarios lo que sea menester para transporte, alimentación etc., de acuerdo con el decoro exigido por el cargo que desempeñen, pues no consulta ninguna norma que los citados tengan que someterse a condiciones demasiado precarias que desdigan de sus cargos. Claro está que el exigir los aludidos suministros han de tener presentes las posibilidades económicas del interesado y seguir normas de prudencia para no incidir en abusos censurables y contrariar la ética funcional. Por consiguiente, la negativa a actuar en forma que relaje la posición misma de los funcionarios no es acto incorrecto y censurable, porque su trabajo no es, ni debe serlo, obligado en las aludidas condiciones.

ART. 570. — La regulación de los derechos causados en una diligencia cualquiera (Ley 63 de 1936) es atribución del Juez que la practica, la que debe ejercitar a más tardar al día siguiente de verificada, oficiosamente o a petición de parte, ciñéndose a los artículos anteriores. Empero, parece fundada la tesis de que cuando obra en la condición de comisionado, la determinación de los derechos u honorarios es función del comitente, porque, en general, la comisión se refiere a la diligencia en sí misma y no a consecuencias de ella. Los recursos procedentes contra el señalamiento ponen de manifiesto que el comisionado carece de facultad para su decisión y tal vez muestran de manera clara una base de lo dicho.

ART. 571. — Esta disposición contiene un medio de compeler a un deudor de gastos hechos en diligencias al pago suyo, aunque los haya satisfecho de manera parcial, si la parte contraria los abona, pues la disposición no hace distinción alguna, esto es, no trata de deuda parcial y total por lo que no es lícito al juzgador hacerla: donde la Ley no distingue no es lícito hacer distinciones. El pago de dicha parte contraria acarrea para el moroso la sanción de no oírlo en el juicio —o en el incidente si es el caso—, pero es indispensable en su aplicación que de autos conste la solución de lo debido. Es claro que se trata de gastos que legalmente esté obligado a verificar un sujeto, es decir, necesarios y útiles y no los meramente

voluntarios, lo que atentaría su patrimonio. El reembolso de que trata el artículo puede pedirse aún por la vía ejecutiva, porque lo actuado constituye título ejecutivo por emanar de autoridad pública y ser, por tanto, documento auténtico.

ART. 572. — El sujeto activo de la obligación del pago de honorarios puede recibirlos de manos de uno u otro litigante, pero en toda ocasión está en el deber de extender el correspondiente recibo, con expresión de la cantidad recibida, descartándose así (en algo) las arbitrariedades del litigante que pretenda que no sea oído su contrario. Si luego de no oír al litigante moroso se acredita el pago de lo debido, resulta de claridad meridiana que los efectos de la sanción aplicada cesan, por cesar su causa. Ello muestra que la sanción de no oír a un litigante puede ser transitoria y que forzosamente carece de la calidad de definitiva.

Antes de pasar al estudio del artículo siguiente debemos anotar que la sanción de no oír al litigante en el juicio, hasta tanto pague los gastos de cargo suyo, se refiere propiamente a la actuación subsiguiente a la resolución de no oírlo, mejor dicho, al pedimento de pruebas, a la proposición de incidentes y recursos, en concreto, a la actuación común en los juicios por las partes, pero en ningún caso en cuanto al fondo mismo del litigio, esto es, al reconocimiento en la sentencia del derecho suyo, porque el no pago de esos gastos no equivale a un verdadero desistimiento de la acción o la oposición propuestas, a la caducidad, ni podría equivaler a él. Si no fuese así el reconocimiento del derecho particular dependería de un asunto puramente económico, con el triunfo del litigante de mayores medios de fortuna, cosa inadmisible.

El espíritu de la ley está orientado principalmente a que el litigante que hace los gastos de su contrario logre su reintegro y sería extremado aplicar por ello la sanción de no reconocer el derecho del moroso, máxime que en la generalidad de los casos esos gastos no se cubren en oportunidad por falta de medios para hacerlo.

Por otra parte, repugna a las normas de equidad que por la no solución oportuna de gastos, casi siempre de escasa importancia, se llegue a sacrificar derechos de transcendencia notoria, a la aplicación de sanciones desproporcionadas a la prestación incumplida.

ART. 573. — Al tratar de los artículos 562 y 563 se anotó por qué los funcionarios están comprendidos por la prohibición de exigir o recibir cosa alguna fuera de lo autorizado expresamente por la ley, en razón de diligencias que practican en su calidad de tales, prohibición cuya violación genera, aparte de sanciones penales (v. C. P.), la pérdida del empleo de quien lo hace y aun la del Superior que a sabiendas no la aplica al subordinado que incurre en ella.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

Capítulo II

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

Art. 574. — En los procedimientos judiciales es necesaria la institución de la condena en costas en determinados casos, la cual cumple la finalidad de no menoscabar la situación económica de quien tiene que comparecer en juicio en defensa de sus derechos, brindándole una efectiva protección, y la de servir de medio de coacción contra las actuaciones abusivas, porque el derecho general de los ciudadanos para accionar en juicio no debe llegar hasta el extremo de ejercitarlo sin razón suficiente, por mero capricho o malicia, sin consecuencia alguna, impunemente. Dicha condena en sí no es derecho principal cuando es hecha sino accesorio, por cuanto logra existencia en gracia de un derecho principal discutido y reconocido en juicio, de donde se desprende que al iniciarse el último es erróneo considerar existente, en ese momento, el derecho a las costas.

En toda providencia mediante la cual se desate un litigio o un incidente surtido en él, los juzgadores están en la obligación perentoria de decidir si imponen el pago de las erogaciones causadas en ellos a una de las partes, obligación que atiende a la verdadera significación social de la condena referida y que debe ser satisfecha aun oficiosamente, o sea, sin petición de parte ya que la ley expresamente ha impuesto ese deber a los falladores. Ojalá en la práctica se diera mayor aplicación a la condena en costas para que se cumplieran las altas finalidades perseguidas por el legislador con la institución, para el lleno de los fines sociales para que ha sido consagrada, para poner una valla efectiva a la lesión fácil de los derechos particulares, pues una institución de antiguos orígenes históricos que en una u otra forma ha sido conservada en la evolución del derecho no debe ser convertida en mera fórmula inoperante.

Art. 575. — Algunas legislaciones como la francesa, la italiana y la alemana sienten, el principio general que la condena en costas procede por el hecho objetivo de un litigante fracasar en sus pretensiones, como sanción por su actividad procesal infundada, mas ello no armoniza bien con una fundada concepción de las acciones civiles y los principios que informan los procedimientos judiciales, pues en la realidad sirve para vedar la proposición de acciones legítimas ante la contingencia de una condena. La justicia y la equidad muestran con toda evidencia que aquel principio general, en la mayoría de los casos que es posible suponer, es atentatorio de ellas, lo que basta para no acogerlo integralmente o de manera general. Para una mejor comprensión del asunto es suficiente proponer este caso: un sujeto demanda a otro una obligación con relación a la cual ha corrido el tiempo necesario para operarse la prescripción. Bien sabido es que entre nosotros es menester la proposición y la alegación de ella para reconocerla judicialmente (Art. 343), y antes de ella no

puede imputarse la carga de la condenación en costas, porque él obra en gracia de un derecho legítimo al momento de incoar su acción.

El artículo, sin comprender las excepciones consagradas, siente que la condena referida se impone:

1º Al litigante que sostiene temeraria o maliciosamente, sin razón o fundamento apreciable, cualquier acción, excepción, oposición o incidente. La temeridad (de temere: sciens se non habere jus — conocimiento de la propia falta de derecho-conciencia de injusticia) es elemento necesario en la condena aludida, según el texto del numeral anterior, lo que descarta la mera circunstancia objetiva de pérdida del litigio o del incidente como sola causa de ella, lo que se apoya en lo anotado antes. La estimación de la temeridad es de cargo de quien dicta la correspondiente resolución judicial (auto o sentencia), pero para hacerla debe valorar con sumo cuidado los diversos elementos de autos que son los únicos medios de que dispone, sin proceder por mero conocimiento privado. Ciertamente es bien difícil precisar normas concretas que indiquen con completa certeza cuando el juzgador debe estimar temeraria la actuación en juicio o en un incidente, pero vale decir que en el supuesto de que el derecho debatido sea claro en su existencia, mejor dicho, de que no aparezca ninguna causa jurídica que apoye en algo la actuación del vencido, procede imponerle las costas, así como también cuando su intervención indica meros afanes dilatorios del procedimiento. Realmente, la temeridad es actitud que se refiere al llamado fuero interno, lo que en asuntos judiciales no impide afirmar su existencia en consideración a las varias actuaciones de los sujetos, porque en ellas existe una relación de causalidad con la conducta de los mismos. De forma que, por el obrar de un sujeto, resulta la expresión de sus intenciones materia para calificarlas. Por tanto, en gracia de un proceso, lógico o dialéctico, como se le quiera apellidar, llega el Juzgador a la conclusión de si una persona ha obrado o no con temeridad, aun cuando no lo confiese expresamente ya que sería notoriamente equivocado exigir lo último en la aseveración de la actividad maliciosa. Este caso ilustra lo expuesto: un sujeto vende a otro —que cumple todas sus obligaciones nacidas del contrato— válido, una propiedad y se hace la tradición con la inscripción en el registro, pero no se la entrega materialmente. Demandada la última, el vendedor carece de razón para oponerse por tratarse de una obligación en su contra y de que tiene pleno conocimiento, no obstante lo cual se opone. Allí es evidente la temeridad por no existir justificación alguna de la oposición sino un propósito malicioso y dilatorio, lo que basta entonces para la imposición de la condena.

2º Al que pierde, ante el Superior, el recurso de apelación que ha interpuesto, a menos que aparezca que ha tenido motivos plausibles para interponerlo. Los recursos no han de servir de medio dilatorio de las actuaciones judiciales y ello, unido a que toda pro-

videncia dictada por las entidades judiciales goza de la presunción de ser legal y justa, basa lo dispuesto en el numeral en referencia, al disponer que la pérdida del recurso acarrea sanción en costas, salvo que el recurrente haya tenido motivo plausible para interponerlo. El motivo plausible no es otra cosa que una causa de algún fundamento para actuar, una razón apreciable que no adolezca de manifiesto error. Por ejemplo, tendrá dicho fundamento el recurso contra una resolución contraria a la jurisprudencia común, contra la que absuelva al demandado invocando la existencia de duda, contra la que desconozca la doctrina más generalizada de los tratadistas y así en casos similares. No tiene ese fundamento la apelación contra providencias de notoria evidencia, que acojan tesis innegables y que sean dictadas en aplicación de preceptos perentorios. Así, dispone la ley que no hay ilegitimidad de personería cuando hay un poder en los autos, aunque no haya sido reconocida expresamente. Ahora, si se promueve incidente y se declara que no hay la ilegitimidad en mención y se apela, al confirmar la resolución dictada ha de condenarse al pago de las costas al apelante.

Se nota que el numeral estudiado es distinto a lo que disponía el C. Judicial anterior, pues liberaba de las costas cuando la providencia apelada era confirmada por diversos motivos a los considerados por el inferior para sustentarla y proferirla, puesto que actualmente el motivo plausible ya mencionado varias veces es lo único que libera de las costas. Con todo, no obstante que no lo exprese la disposición acotada, en la hipótesis de que en la segunda instancia no se cause ninguna especie de gastos al litigante favorecido en ella, es improcedente ordenar el pago de costas, por verdadera sustracción de materia, pues a nadie se oculta que no es razonable disponer una retribución de lo no gastado y que disponerlo es hacer desprovistas de objeto y apoyo las resoluciones judiciales, lo que no merece aceptación.

3º Al que deja caducar la instancia. Al tratar de la caducidad o perención (Art. 364) fué visto que ella es una verdadera sanción al litigante que omite activar los procesos y ella debe comprender los gastos ocasionados a su contendiente infructuosamente, ya que no es justo lo contrario. Desde el momento en que se llama a un sujeto a un debate judicial de una u otra índole, se le ocasiona erogaciones que debe satisfacer el provocante, pues sino fuese así se consagraría la arbitrariedad tolerando que los sujetos llamen a juicio a otros sin ninguna consecuencia y en muchos casos sin un verdadero interés justo y real.

4º Al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente o recurso. El desistimiento (Arts. 461 y ss.) como fenómeno procesal equivale a una renuncia del desistente y en verdad análogo fundamento al numeral precedente ofrece la condena en costas por él, porque los desembolsos de la otra parte deben correr de cuenta de quien lo presenta. Solamente cuando la parte contraria men-

cionada conviene en que no sea condenado el desistente a la solución de sus costas procesales no es de aplicación el numeral estudiado, por verdadera renuncia de la parte directamente interesada, la que de suyo es admisible.

Fuera del artículo comentado existen otros que tratan especialmente de la condenación en costas, los que se enumeran en seguida: 233, 294, 336, 381, 408, 445, 458, 709, 720, 1026, 1029 y 1142. En algunos de ellos atendiendo a la naturaleza misma de los asuntos que reglan (1026, 709, y 1029) se acoge el principio de la condena por la circunstancia de pérdida, pero sólo en forma especial, no general, como es obvio. Quizás con relación a ellos se justifique tal condena porque no concurren en su integridad las argumentaciones aducidas contra dicho principio.

ART. 576. — Las personas jurídicas de derecho público —Estado, Departamento, Municipio— por gracia de su propia existencia no comparecen en juicio al igual que las personas privadas y de allí que contra ellas no debe pronunciarse condenación en costas, pues tampoco son susceptibles de incurrir en temeridad ya que es preciso no identificarlas en un todo con las personas que las representan judicialmente. Además, esa clase de personas goza, si se quiere, de un privilegio inspirado en el crédito de que deben gozar y en la protección de su patrimonio, en lo que juega papel el interés general, la noción de orden público.

Al igual que aquellas personas, el que consigue el amparo de pobreza no puede ser condenado al pago de costas (Art. 585), por gozar de una situación favorable y mejor que la de los demás sujetos, para facilitarle su actuación y porque su misma pobreza hace inoperante la condena.

ART. 577. — Es deber de los Secretarios practicar la liquidación de las costas en oportunidad, y al verificarla deben incluir todas las causadas hasta el momento de hacerla y comprendidas por la condena, pues ella es la norma primera que han de acoger en el desempeño de su obligación por cuanto no hacerlo, vale decir, extralimitarla, es una actuación desprovista de apoyo. La liquidación es consecuencia de la condena y sin ella es falta de razón de ser por lo que se comprende que el texto de la condenación señala la forma como corresponde liquidar las erogaciones procesales. Es al Secretario actuante en la instancia a quien está atribuída la cuestionada liquidación, de donde se desprende que, por ejemplo, al de la primera instancia está vedado practicar la de la segunda y viceversa, en mérito de una actuación ordenada y por el mejor conocimiento directo que cada uno posee de las que ha de valorar, fuera de que ello es armónico con aquello de que el Juez de cada instancia es quien aprueba la liquidación practicada.

La oportunidad prementada aparece cuando la sentencia o el auto que impone el pago de las costas quede ejecutoriado, porque tal cosa hace viable la firmeza de la liquidación, la justifica y

evita, además, liquidaciones inoperantes por la revocación que sufra la providencia de que se trate.

ART. 578. — Las liquidaciones de costas comprenden: 1º El papel sellado (Arts. 345 y ss.) y los portes de correo (Art. 356 y ss.) que haya erogado la parte favorecida con la condena al pago de ellas; 2º Los desembolsos hechos por la misma parte, indicados en los artículos 562 y ss., y los demás que hayan sido menester y procedentes de acuerdo con las disposiciones de la legislación; 3º Las diligencias, escritos o alegatos verbales de la parte favorecida o de su apoderado en el juicio, y la atención o vigilancia que se haya prestado al negocio.

La ley 62 de 1928 en su artículo 16, dice: "Cuando no hubiere estipulación previa de honorarios, la parte defendida o representada podrá pedir en cualquier tiempo que se retasen por el Juez de la causa los que exige el abogado, y lo mismo podrá hacer en todo caso la parte condenada en costas respecto de los honorarios del abogado de la contraparte. Este derecho de la parte condenada en costas deberá ejercitarse dentro de los diez días hábiles que sigan a la notificación del auto que fija las costas." Esta disposición es verdaderamente de justicia manifiesta, porque evita colocar al condenado en situación precaria, librándolo de quedar ligado en un todo a los arreglos contractuales del demandante y su apoderado, aunque sean lícitos; de los arreglos dolosos que hagan y de aquellos en que los honorarios del abogado sean francamente abusivos, lo que se observa con una base apreciable. Es de bastante generalización en la práctica la llamada cuota litis, por cuyo mérito el litigante cede a su abogado un determinado porcentaje del derecho que logre sea reconocido en juicio, en pago de sus honorarios, porcentaje que comúnmente es altísimo, determinado sin escrúpulos, sin ética por los abogados, al que no debe ligarse al condenado, lo que hace manifiesto el fundamento de lo anotado. Por último el precepto de la Ley 62 armoniza con lo dispuesto por el Art. 580.

Parece que el término de diez días no es el aplicable en estos asuntos sino el de tres días de que hablan los arts. 581 y 582, posteriores a la precitada ley, lo que es conforme con los principios de interpretación y con la celeridad de la actuación. La retasa de honorarios no es cuestión que requiere por su naturaleza un término mayor de tres días para solicitarla y de allí que se vea mayor base de lo dicho, y también es preciso tener en cuenta al respecto que con ello no se dificulta sino que se facilita la devolución de los autos a la Oficina de origen cuando se trata de asuntos de segunda instancia. Por otra parte, los artículos precitados contienen una reglamentación completa de la materia de costas, por lo cual no debe estimarse subsistente el término de diez días no obstante que se argumente que aquella ley es especial.

ART. 579. — Dispone el artículo que en la tasación de costas únicamente se comprende los útiles, con exclusión de las no auto-

rizadas por la ley, las innecesarias y las de actuaciones en que haya sido condenada la parte favorecida con las costas que se vayan a liquidar, porque no debe descargarse sobre el litigante vencido aquellas erogaciones hechas por su contrario en diligencias y actuaciones que no deben estar comprendidas en el adelantamiento regular del proceso, hacerlo responsable de los errores de su contrario mencionado. En verdad, la condena en costas se da para retribuir al favorecido en ella de los gastos que le ocasiona la contraparte, y en realidad ésta no lo obliga a gastos infructuosos. En la apreciación de la utilidad se considera en primer lugar lo gastado en la aducción de los elementos que son indispensables para triunfar en juicio: demanda, pruebas testimoniales y documental y pericial, portes de correo, en una palabra, lo indicado en el artículo precedente. La utilidad comprende todo aquello que es de provecho, beneficioso al interés del litigante y cuya falta repercute en su contra, lo que satisface una necesidad procesal.

Es innecesario todo aquello que no represente una carga para el litigante como, por ejemplo, el reconocimiento previo de la firma de un instrumento negociable, el requerimiento para luego exigir el cumplimiento de la obligación en él contenida y de plazo vencido, certificaciones sobre propiedades que no son objeto del litigio, comprobaciones de solvencia de quien no ha de prestar una fianza, presentación de pruebas inconducentes etc. En concreto, lo que no presta a un litigante beneficio alguno en pro de sus intereses debatidos es innecesario y, por tanto, no se comprende en la liquidación de las costas, pues comprenderlo implica la injusticia de hacer cargar a un sujeto con el peso de sumas gastadas por mero arbitrio de otro no autorizado para ello. La condenación por costas inútiles carece de apoyo jurídico.

El vencimiento de incidentes muestra la falta de derecho en el vencido en ellos, de donde se infiere que sería arbitrario comprender en la liquidación de costas a su favor lo gastado por él en los mismos, lo que es de tanta claridad que releva de su estudio a espacio.

ART. 580. — La regulación de las costas cuyo monto no ha sido señalado en la ley, es atribución del Juez que actúa en la instancia correspondiente y se refiere más concretamente a la actuación en derecho, es decir, a la determinación del valor de la gestión en el juicio, la que se cumple teniendo en cuenta su cuantía, la duración, dificultad, calidad de la gestión etc., según la doctrina del artículo 578, pues la legislación no contiene especificaciones concretas de los honorarios de los abogados como sí las contiene de los de los peritos, etc. La Jurisprudencia tiene sentado que el señalamiento del monto de las costas que debe hacer el Juzgador no debe cumplirse en la sentencia de fondo sino en actuación posterior, por ser la condena un derecho accesorio y para no forzar al litigante a solicitar modificación de dicho monto por el único medio de la apelación, del

surtimiento de otra instancia, porque es evidente que ése es el único recurso de que dispone para lograr su reducción. Además, si la fijación en mención se hace en la sentencia de segunda instancia y no en la primera, resulta que el condenado carece de recurso, lo que es opuesto a los principios generales. Técnicamente, es más fundada la condena en costas en abstracto y armónica con lo dispuesto en el artículo 574 y las otras disposiciones comprensivas de la materia, pues el ejercicio de la cuestionada atribución del Juez integra la liquidación de ellas, etapa posterior a la condena.

Hecha la fijación por el Juzgador, es de cargo del Secretario agregar la liquidación que debe hacer para determinar el monto del pago a que queda obligado el litigante vencido, a fin de hacer una unificación o totalización de su obligación.

ART. 581. — Las partes tienen intervención en la fijación de las costas procesales, y de allí que deben ser oídas mediante el traslado común de tres días de la respectiva liquidación, hecha de acuerdo con lo antes expuesto para que, dentro de él, formulen sus objeciones y observaciones relativas a la misma. En el supuesto de que omitan objetarlas procede dictar aprobación, pues su silencio no indica otra cosa que la aceptación suya que debe acoger el Juez con dicha aprobación, en lo cual se sigue la misma norma que cuando no se objetan particiones, etc. Por último es elemental que las objeciones que procede hacer por parte de los interesados han de ser relacionadas con la liquidación y no con asuntos diferentes.

ART. 582. — Si dentro del término de que disponen las partes objetan la liquidación de las costas, el Juez, sin acudir a tramitación especial de articulación o algo análogo, resuelve aprobarlas o modificarlas como lo estime fundado. Solamente en el evento de que ellas o una de ellas al formular objeciones pidan que se designen peritos que dictaminen sobre la materia de esa liquidación, cabe ordenar su nombramiento e intervención, cumplidos los cuales el Juez resuelve lo procedente. El auto que en cualquiera de esos dos supuestos sea dictado, posee una característica especial, pues a pesar de tener las modalidades de los interlocutorios, no es susceptible del recurso de apelación, en lo que ofrece analogía con los previstos en los artículos 492, 496, 512, 600, 778, 1056 y 1211. La restricción, en cuanto la apelación, está indicando que el inciso final de la disposición comentada, no excluye el recurso de reposición (Art. 487 y ss.) establecido contra los autos en general, puesto que si no fuese así los términos de ese inciso serían diferentes, similares a los del artículo 600, v. g.

ART. 583. — La liquidación de las costas una vez aprobada o reformada, presta mérito ejecutivo (Art. 982), por ser una decisión judicial firme que ha de gozar de efectividad, contra quien ha sido pronunciada la condena al pago de ellas. Conviene observar que si la parte condenada está integrada por varias personas es preciso analizar si entre ellas existe solidaridad que haga posible la exigen-

cia del total de la condena a una sola de ellas, ya que si no existe, porque sean independientes entre sí, lo lógico y acertado es dividir entre las mismas, proporcionalmente a su número, ese total y demandar a cada una lo que la división indique.

Sin detenernos en la valoración de las argumentaciones formuladas contra la condena en costas, para terminar el estudio del capítulo, anotamos que ella comprende por lo común los perjuicios procesales propiamente dichos y no los generales que se ocasionan con el litigio los que se discuten independientemente. (G. J. Nº 1901 y 1902, pág. 456 y Nº 1926, pág. 305).

Capítulo III

AMPARO DE POBREZA

Art. 584. — El derecho a accionar judicialmente radica en cabeza de todas las personas, sean naturales o jurídicas, capaces o incapaces, pues él es general y envuelve una negación de privilegios. Circunstancias de hecho y de orden económico podrían hacer para sujetos marcadamente pobres imposible la actuación en reclamar derechos ante la justicia o defenderse de las reclamaciones de otros, por lo que es de equidad favorecerlos con el descargo de las erogaciones de carácter fiscal, de la obligación de cubrir tasas por portes de correos, por copias, desgloses, etc., que son comunes en los litigios, con el fin de que no menoscaben lo necesario para la subsistencia suya y de su familia, la que siempre trata de proteger la ley.

Es condición del amparo que el derecho cuya efectividad haya de perseguirse no sea habido por cesión, porque si lo es no resalta una verdadera situación precaria del interesado que dé base a protegerlo con el no pago de algunas prestaciones de uso en los litigios. Quién está en condiciones de adquirir cesiones onerosas, en general, no es persona que no pueda litigar sin lesión de lo necesario para sus necesidades más imperiosas. El actuar en negocios es manifestar una voluntad de asumir sus consecuencias y no parece que un sujeto cuyas necesidades las supla difícilmente, esté en posición de manifestarla. Al lograr una cesión, en la mayoría de los casos, el adquirente sabe que para la efectividad de lo cedido debe incoar acciones judiciales, por lo que no merece el amparo de pobreza, ya que faltan bases para concedérselo. Con la existencia de una voluntad, anterior a la adquisición suya, de litigar, no se dan las condiciones de necesidad que el amparo exige.

Art. 585. — Consecuencia del amparo, como quedó visto, es la de que el beneficiario respectivo no quede obligado a pagar portes, declaraciones, en su caso, a suministrar papel sellado, a cubrir copias y desgloses, certificaciones de funcionarios y demás gastos propios del adelantamiento de los litigios.

Quién debe ser amparado, prácticamente, es persona insolvente y ningún efecto inmediato tendría la condenación en costas en contra suya, lo que constituye, si se quiere, un motivo para que no lo sea, sin ser el principal, que realmente es el de que es inequitativo pretender agravar la condición bien precaria que tiene y el propósito de no estorbar sus pretensiones bajo el riesgo de una condena de tal naturaleza.

ART. 586. — En la solicitud de amparo es oído el ministerio público en interés de la ley y también la persona que sea o vaya a ser parte contraria del peticionario, medida previsora que por lo menos propicia una valla a juegos maliciosos de peticionarios inescrupulosos, pues esas personas tienen campo para desvirtuar las pretensiones desnudas de solidez.

Para calificar una petición como la aludida no se surte un proceso contencioso en la pura acepción jurídica del vocablo, pero sin embargo se da margen a la controversia, a debatir sus cimientos, lo que en algo garantiza el acierto de la decisión. Es claro que la parte contraria, especialmente, y el Agente del Ministerio Público, tienen un conocimiento de la situación del solicitante que debe acreditar si ella demerita lo pedido. Al Agente del Ministerio Público, por ser tal y al futuro litigante contrario, por ser la primera providencia que se dicta, ha de notificárseles personalmente el llamamiento al proceso (Art. 312) so pena de que se incida en causal de nulidad.

ARTS. 587, 588, 589. — El término probatorio en los asuntos de la índole del cuestionado es de tres días, hábiles desde luego, y común a los que en ellos intervienen. Tiene por objeto el que puedan acreditarse plenamente los hechos o los actos generantes de una decisión en uno u otro sentido. Para descartar posibles abusos puede la parte contra quien se va a hacer efectivo el amparo exigir deposición jurada al solicitante sobre su situación económica, patrimonial.

Las pruebas tienen por objeto inferir si en realidad está o no fundada la súplica presentada, puesto que la decisión del asunto es en derecho y no en conciencia, o mejor, verdad sabida y buena fe guardada, como cuando se trata de la cancelación de una licencia para el ejercicio de la abogacía (Ley 62 de 1928 y Ley 21 de 1931). En la apreciación de las pruebas el funcionario del conocimiento ha de ver si jurídicamente y ante una realidad social ellas establecen la existencia de los hechos que dan lugar al amparo cuestionado; una pobreza marcada y que difícilmente permite al solicitante atender a sus menesteres más importantes, la completa imposibilidad de hacer erogaciones en juicio.

ART. 590. — La sentencia que se dicta en los casos tratados tiene una característica que es excepción al principio general que dispone que las sentencias son apelables en el efecto suspensivo (Art. 490), porque su apelación es en el efecto devolutivo, cosa justa por demás, y efecto de la necesidad de no retardar o embarazar el adelan-

tamiento del litigio con relación al cual se decreta el amparo. Y vale observar aquí que el último tiene carácter específico y no general, mejor dicho, un amparo decretado no comprende todos los posibles litigios a que después se vea avocado el amparado.

La sentencia es notificada como las comunes, en lo que se nota una dilación que podría evitarse si su notificación pudiera hacerse como la dictada en procesos sobre lanzamientos (Art. 1105 *in finem*), cosa de notoria conveniencia. Es obvio que una notificación por estados es más rápida que la que en determinados casos se hace por medio de edicto (Art. 310).

La revocación por el Superior de una sentencia contentiva del amparo genera para el perjudicado el deber de consignar en estampillas de Timbre Nacional el duplo del valor del papel sellado que ha debido emplearse, bajo la sanción de no ser oído. De suerte que es una sanción aplicable por el hecho objetivo de fracasar en sus pretensiones, sin atender a conceptos de temeridad, etc., bastante exagerada y que no armoniza con las demás disposiciones del Código en la materia.

Art. 591. — El interés público reviste las sentencias de estabilidad generante de la imposibilidad de derecho en modificarlas una vez en firme (v. Art. 473). Empero, atendiendo a la realidad que ofrecen las relaciones sociales, no se podría sostener en justicia la subsistencia indefinida de un fallo declaratorio de un amparo de pobreza a nombre de aquel concepto y no obstante la cesación de las causas de que surge. En esto cabe aplicar el aforismo de que cesando la causa cesa el efecto.

Si el amparado consigue la modificación del estado base de su amparo, esto es, adquiere una situación patrimonial distinta en su esencia a la que primeramente tuvo, es conveniente y justo finalizarlo. En realidad, un amparo no define relaciones sustanciales entre los sujetos y sólo relaciones procesales, y de allí que sea factible su modificación. En otro lugar del presente trabajo se vió que en asuntos procesales predomina la igualdad de las partes la que quedaría desequilibrada en el caso de que una de ellas, sin embargo de poseer solvencia para litigar, actuara como insolvente y con las garantías de tal.

En consecuencia, la parte contraria al amparado puede pedir la suspensión de ese beneficio cuando cesen sus causas, siguiéndose para ello la tramitación propia de los incidentes (art. 395). Ahora, para triunfar en su intento lleva sobre sí el peso de la prueba, en armonía con los principios generales sobre pruebas judiciales (arts. 593, 1757 C. C.).

Art. 592. — Como derivación lógica de lo tratado en las precedentes líneas, tampoco se exige, ni podría exigirse con fundamento, papel sellado para solicitar el amparo, cosa armónica con la equidad y que no quebranta ninguna norma esencial de derecho.

TERCERA PARTE

TÍTULO XVIII

JUICIO ORDINARIO

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

ART. 734. — Al tratar del artículo 195 quedó expresado que los juicios ordinarios son el procedimientos seguido para la definición de las cuestiones sometidas a la decisión judicial, los que de suyo son generales, por oposición a los especiales que abarcan asuntos concretos excluyentes de la generalidad de aquéllos. El procedimiento ordinario se caracteriza por su amplitud mayor a la de los demás, lo que ha dado base a las críticas que se formulan en su contra, pero al presente, cuando no existe una cultura jurídica generalizada, se justifica su existencia aunque no sea en un todo conforme con el principio de celeridad procesal. El ejercicio de una acción cualquiera encaja, pues, dentro del procedimiento ordinario, pero sólo en el caso de que la legislación no haya señalado para aquél un procedimiento especial, puesto que si lo ha hecho, carece de todo apoyo decidirla en el ordinario, ya que es el interés público que entra en juego en la cuestión lo que impide que pueda tramitarse normal o regularmente en el procedimiento ordinario un asunto para el cual ha sido señalado otro. Ni los funcionarios ni las partes, en principio, gozan de la facultad de escoger libremente el procedimiento para la definición de los litigios sino que han de acogerse a una predeterminación de orden legal y cuya violación acarrea nulidad (art. 448). El señalamiento de las ritualidades de los juicios es norma de carácter imperativo a cuya vigencia y actualización no es posible sustraerse bajo ningún pretexto. De suerte que es razonable inferir de lo dicho que para que se adelante juicio ordinario es menester una previa autorización legal de él. Por otra parte, el artículo es en esencia distinto a lo que disponía la legislación vigente antes, pues según ella todos los asuntos eran susceptibles de tramitarse mediante el procedimiento ordinario, cosa inarmónica con una buena técnica procesal.

En gracia de lo que queda anotado, si una acción de índole espe-

cial es adelantada, sin ser legalmente susceptible de serlo, mediante el procedimiento ordinario, se incide nada menos que en causal de nulidad (arts. 448 y ss.), la cual desaparece por el único medio de la ratificación, de realización posterior y que requiere capacidad en quien o quienes lo hagan, en lo que se comprende que no es una facultad particular en su origen, que la admisión de ella es posterior por las autoridades, las que carecen en cuanto a ella de verdadera iniciativa.

ART. 735. — Los procesos ordinarios son clasificados por el artículo en tres categorías, en atención a su cuantía, clasificación que tiene innegable trascendencia en relación con la competencia, los recursos y la misma forma de tramitación, según puede verse en las líneas siguientes. La cuantía —fué visto al comentar el artículo 195— es la significación económica real de la cuestión objeto material de los juicios, y es mayor si pasa de trescientos pesos m/l., menor si pasa de veinte pesos sin exceder de trescientos, y mínima si no pasa de veinte pesos (art. 119 núm. 1º). Con todo no debe olvidarse que el artículo 120 señala casos de excepción sobre la mínima cuantía. La clasificación aludida se explica en consideración de la división jerárquica del Órgano Judicial, como fué visto al tratar del Libro Primero y responde a una realidad de indispensable reconocimiento por el legislador en acatamiento de principios de justicia y a un mejor desarrollo de las actividades de las entidades judiciales, a una correcta división del trabajo.

La cuantía es propiamente objetiva, real, y no el efecto de la mera arbitrariedad de parte legítima, pues su contraria tiene la facultad de objetarla llegado el caso y el derecho a que no se le obligue sino al juicio que corresponda al monto de lo que vaya a debatirse judicialmente.

ART. 736. — Fuera de los negocios señalados de manera general como susceptibles de la tramitación ordinaria de mayor cuantía, se tramitan en la misma forma, la que de suyo excluye otras, como es elemental saberlo, los relativos al estado civil de las personas (art. 73 y ss. C. C.), vale decir a sus relaciones familiares y a la posición que un individuo ocupa en la sociedad, por ejemplo, la calidad de hijo legítimo, natural etc. También dispone el artículo que se tramitan por el procedimiento ordinario de mayor cuantía los negocios para los cuales leyes especiales la han dispuesto, en lo que armoniza en un todo con lo preceptuado en el artículo 204, que fué estudiado antes. Ejemplo del artículo es lo dispuesto por la Ley 113 de 1928, lo dispuesto por el Código de Minas en sus artículos 382 y siguientes.

Sobre los juicios ordinarios sobre minas se tiene que son los determinados en los artículos 382 y siguientes de la legislación de la materia.

Capítulo II

MAYOR CUANTÍA

Parágrafo I. — Primera Instancia

Art. 737. — El artículo 205, ya estudiado, señala los requisitos propios de las demandas, los que debe llenar la que se presenta para promover juicio ordinario de mayor cuantía, fuera de que ha de contener la enunciación clara y concreta de las pretensiones de quien sea demandante (art. 227) y la enumeración ordenada de los elementos que se invoquen como apoyo suyo, clasificados y numerados. Ciertamente, la demanda define aquello sobre que han de recaer las actuaciones jurisdiccionales, por lo que es comprensible la necesidad y conveniencia de que contenga lo mencionado, para que no se propicie la creación de situaciones inciertas y equívocas y se descarte el riesgo de una interpretación equivocada de ella, con sus resultados de extralimitación de las funciones del Juzgador y de seguimiento de procedimientos errados. Es claro que al demandado o a los demandados no puede sometérseles justamente a incertidumbre en la orientación de su defensa, y una demanda que no satisfaga plenamente las exigencias mencionadas propicia esa incertidumbre, lo que viene a fundamentar más el artículo aludido. Para una mejor comprensión de lo dicho basta pensar el caso de una demanda oscura en cuanto a sus peticiones, que no sea clara en relación con las principales y las subsidiarias o para saber si contiene acumulación indebida de acciones, etc.

Es elemental que la demanda es base del progreso que origina y de allí que sea fundada hasta la evidencia la exigencia de los requisitos prementados, pues ella es a manera de los cimientos del edificio que después se construye.

Art. 738. — La omisión en la formulación de una demanda de las especificaciones de que tratan los artículos 205 y 737, impone al Juez ante quien es presentada la obligación de desecharla, expresando en el correspondiente auto los defectos de que adolezca, auto que tiene el carácter de interlocutorio (art. 466 núm. 2º) y que es recurrible en reposición y en apelación. Es una obligación perentoria cuyo cumplimiento no ha de omitirse por el afán de proceder con criterio de demasiada amplitud, puesto que en el fondo viene a ser contraproducente por lo mismo que demandas imperfectas generan por lo común situaciones poco menos que insolubles y contrarias a los fines esenciales del procedimiento. Ahora, en el lleno de la mencionada obligación tampoco procede extremar el rigorismo hasta el punto de desconocer que el procedimiento no acoge en su integridad las fórmulas sacramentales. A no dudarlo, el espíritu del artículo comentado hace referencia principalmente al aspecto que puede apellidarse formal en las demandas y en manera alguna a su fondo, porque mal podría referirse a él, pues a nadie se oculta

que el momento de presentación de aquélla no es propicio a decisiones sustanciales, de lo que se desprende que al estudiar la admisión de una demanda no es cuando corresponde calificar la acción en ella contenida. Por tanto, el Juez no califica la procedencia de la acción al momento de estudiar la admisión de la demanda. No obstante que el procedimiento propuesto no sea el propio a seguir, el funcionario no está en el deber de expresarlo así en su primera providencia, pues no hay que olvidar que las partes pueden proponer la excepción de inepta demanda, ratificar lo actuado, que en muchos casos la calificación de la procedencia de una acción es materia de sentencia y no de un simple auto. Además, es dable a actos precipitados y desprovistos de solidez, a prejuzgar, calificar la procedencia de una acción en un primer auto que se dicta aún sin audiencia de parte. En síntesis, la omisión de darle curso a una demanda es acto formal que no implica, ni podría hacerlo, la estimación de fondo de la acción contenida en ella.

ART. 739. — La admisión de la demanda crea un estado procesal en cuyo mérito corresponde ordenar notificación (arts. 307 y ss.) y traslado (art. 206) a quien o quienes sean demandados, para que estén en condiciones de ejercitar su derecho de defensa consagrado en la Carta Fundamental. El traslado ha de ser por el término de diez días hábiles para cada uno de los demandados, y se cumple mediante la notificación del auto que ordena darlo y la nota Secretarial, dos elementos que integran su naturaleza. Además, siguiendo las reglas generales, los traslados pueden ser sucesivos o simultáneos en el supuesto que el demandante haya presentado varias copias de la demanda en ejercicio del derecho de hacerlo (art. 200). Es a todas luces claro que la notificación y el traslado de suyo revisten importancia, porque entonces es factible la ocurrencia posterior de ciertos fenómenos procesales, como la caducidad, el desistimiento etc. El traslado es, pues, elemento indispensable para el recto impulso procesal de los negocios, condición de las etapas posteriores que comúnmente tienen.

El término del traslado tiene por objeto, además, determinar hasta cuándo cabe la proposición de excepciones por el demandado, cuándo debe contestar la demanda, denunciar el pleito (art. 235) y hasta qué momento tiene la facultad de proponer reconvención y de objetar la estimación de la cuantía (art. 206), por cuanto que racionalmente no debe tener otros, ante una sana técnica procesal, pues obstaculizarían el impulso procesal. Por otra parte, la forma cómo debe contestarse la demanda la indica el artículo 225.

ART. 740. — En seguridad de las relaciones jurídicas, de los intereses de los terceros, y para que la presentación, admisión y notificación de una demanda surtan sus efectos propios dispone el artículo que en el supuesto de que verse sobre dominio "u otro derecho real principal" sobre inmuebles, el Juez satisface lo ordenado por el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, el que preceptúa que

debe ordenarse su inscripción en la Oficina de Registro correspondiente a la ubicación del o de los inmuebles de que se trate, la que es hecha en el Libro denominado de Demandas Civiles (art. 38, Ley 57 de 1887, inc. final), después de la recepción del oficio que envía el Juez del conocimiento al Registrador respectivo. Esa inscripción surte el efecto de publicidad de que el derecho de que se trate tiene la calidad de litigioso, con lo cual se ofrece seguridad a los terceros, fuera de que impide el registro de enajenaciones hechas sin el cumplimiento de las ordenaciones legales (arts. 1521, 1969 y cds. C. C.).

ART. 741. — El sujeto contra quien se proponga demanda de mayor cuantía para adelantar en su contra procedimiento ordinario, goza de la facultad de proponer excepciones dilatorias (art. 330) antes del vencimiento del término del traslado que se le conceda para contestar tal demanda, por lo cual se comprende que es marcadamente impropio proponerlas con la contestación de la demanda, porque ellas, mejor dicho, su decisión, constituye una etapa previa a la contestación aludida. En el supuesto de que en un mismo escrito se excepcione y se conteste la demanda, debe el juzgador disponer que se hagan las correcciones del caso, en gracia de una actuación ordenada, para la fácil formación de cuaderno sobre aquéllas, para no hacer una involucración de ellas y el juicio, etc.

La proposición de las excepciones (art. 328 y ss.) es acto particular al que no tiene que acogerse en un todo el funcionario, en relación con la calificación que de ellas haga el excepcionante, por cuanto es al juzgador a quién corresponde clasificar las excepciones, y así en el evento de que una persona proponga como excepción dilatoria hechos o actos que constituyen una perentoria, falta una causa bastante para forzar al fallador a la tramitación de incidente especial, ya que el sujeto particular no puede variar su naturaleza.

El demandado goza, pues, de la facultad de proposición de excepciones dilatorias como medio de combatir la litis contestatio, facultad que ofrece características distintas a la de denunciar el pleito promovido y que está reglada en los artículos 235 y ss., ya vistos.

ART. 742. — El demandado goza del derecho de proponer demanda de reconvención, de mutua petición o contrademanda, como suele designársele también, dentro del término preciso de contestación de la demanda principal. Tiene por efecto el ejercicio de esa facultad que la acción que ella implica se decida en una sola sentencia con la primeramente propuesta contra el reconveniente, y se tramiten bajo una misma cuerda. El ejercicio de la reconvención está condicionado a que haya una demanda anterior, pero de ello no se infiere que la acción instaurada a su vez por el demandado carezca de independencia en sí misma, que deba ser mirada como accesoria de la primitivamente propuesta. En consecuencia, ciertas ocurrencias procesales como el desestimiento de la acción inicial no reper-

cuten sobre la acción propuesta en reconvención, pues ella ha de tener existencia por sí y no condicionada a aquella, por cuanto que si fuese accesoria mal podría pensarse en que es viable contra el reconvenido.

La reconvención es apenas, pues, el medio de accionar contra quien al mismo tiempo es accionante, con la finalidad de evitar multiplicidad de procedimientos entre los litigantes, dilaciones, mayor inversión de actividad, dinero y tiempo, mayor actividad jurisdiccional etc., factores que la fundamentan. La condiciona el que el Juez sea competente para conocer de una y otra acción, puesto que el presupuesto procesal de la competencia es imprescindible en todos los negocios; pero esa competencia puede nacer de la prórroga de jurisdicción, según fué visto antes (arts. 153 y conc.).

La reconvención difiere de la acumulación de acciones (art. 209) en la forma de cumplirse, pues la última se cumple al momento de presentación de la demanda y la primera al tiempo de la contestación; la acumulación es obra del demandante y la reconvención del demandado; la acumulación dicha determina la persona del demandado o los demandados y en la reconvención quedan señalados el reconvenido o los reconvenidos con la presentación de la primera demanda.

También difiere la institución comentada de la acumulación de autos (arts. 396 y ss.), de la que también se trató antes, en que aquélla se cumple por voluntad del demandado, únicamente, y la acumulación dicha por súplica de cualquiera de las partes presupone, además, procesos ya adelantados y no próximos a iniciarse. Con todo, la reconvención ofrece caracteres similares a las instituciones con las cuales se distingue, pues ocasiona la tramitación única de varias acciones y su decisión en una sola sentencia.

Para terminar al estudio del artículo cabe observar que, sin embargo de que la reconvención tiene similitud con la compensación (art. 1714 y ss. C. C.), no llegan hasta confundirse. Basta tener en cuenta que la compensación reconoce lo demandado, que se hace valer como excepción, que su alcance y objeto son restringidos, modalidades que no ofrece la reconvención.

Art. 743. — Por la reconvención se ejercita una acción de que es titular el demandado, y de allí que la demanda que la contenga haya de satisfacer las exigencias generales de los demás (arts. 205-737) y que sea susceptible de negar su admisión y de disponer que se corrija, con indicación de los vicios de que adolezca. La admisión de la reconvención, que se formula en escrito separado, implica el deber de notificación y traslado al reconvenido por cinco días hábiles, quien dentro de ese término dispone de la facultad para proponer excepciones dilatorias (arts. 328 y ss.) pues mal podría privársele del derecho de atacar la constitución de la nueva relación procesal y forzarlo a afrontar en el fondo un litigio que carezca

de bases, de razón de ser, ya que, por otra parte, ningún principio sustancial se opone a lo dicho.

La verificación de la admisión de la reconvención, su notificación y el vencimiento del término del traslado crean una situación procesal de unidad en la tramitación de las acciones y en la decisión suya. Así la apertura a pruebas será en un solo auto, la orden de traslados, etc.

Se ha debatido si el apoderado en la demanda inicial lo es para la reconvención, sobre lo que se han expuesto argumentaciones de una y otra índole, mas la tesis más fundada quizás sea la sentada en la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que el apoderado en el negocio primeramente propuesto lo es para el de reconvención, por cuanto que la última si se quiere es provocada por la demanda inicial y, naturalmente, el poder dado al apoderado comprende lo que se presente por motivo de su ejercicio y en cuanto a la defensa de los intereses confiados por el poderdante. Entre los dos y por causa del mandato surge una vinculación que no debe recortarse caprichosamente con la negativa de lo que se expone, puesto que con esto se amparan los derechos e intereses del reconvenido, sin inferirles lesión, consideración de peso en la cuestión. Además, ello mira a mejor unidad y orden en la actuación y es conforme con aquello de que una persona no puede tener más de un apoderado principal en un proceso, pues bien sabido es que la acción primeramente incoada y la que se ejercita en la reconvención se tramitan por una sola cuerda.

Art. 744. — La contestación de la demanda y de la reconvención, en el supuesto de que sea presentada, o el trascurso de los términos concedidos para ella, genera la disposición del traslado al demandante por cinco días para alegar y después al demandado, pues ése es el orden perentoriamente establecido en el artículo, pero que se subordina o condiciona a que no haya hechos que probar. Ahora, no corresponde tomar el vocablo *hechos* en su riguroso sentido jurídico y descartar, por ejemplo, los llamados actos jurídicos, para no incurrir en grave absurdo. De forma que ha de interpretarse racionalmente el artículo, considerando que al hablar de hechos también se refiere a los actos aludidos.

El vencimiento de los términos de los traslados hace necesaria la citación para sentencia, la que en sí es trascendente porque cierra la actividad de las partes, por decirlo así, en la instancia y es una valla a la proposición de incidentes, conforme la doctrina del artículo 394.

Por último, la sentencia debe dictarse dentro de los quince días siguientes al en que es puesto el expediente al despacho del Juez, término especial y distinto a los generales del artículo 375.

Art. 745. — El derecho probatorio es de sustancial significación en las cuestiones procesales, máxime ante la actualización diaria del común aforismo de que sin prueba no hay derecho, y por ello se

requiere la recepción del juicio a pruebas en el supuesto de que los litigantes tengan asuntos que probar. El artículo usa la expresión pendientes, en lugar de pertinentes que figuró en el proyecto, de más precisión y técnica, lo que significa hechos y actos de influencia en la decisión que deba finalizar el litigio, conducentes y orientados a acreditar la existencia del derecho pretendido por cada parte. De tal suerte que en el evento de que una vez contestada la demanda no haya cuestiones que acreditar por medio de pruebas y en relación con el litigio constituído, bien porque la cuestión sea de puro derecho o bien porque las partes estén conformes sobre los hechos, si es admisible en el caso la prueba de confesión, lo razonable es la omisión de la apertura a pruebas.

Es de lugar anotar aquí que la no formulación de una oposición expresa por parte del demandado y por silencio suyo, está lejos de implicar aceptación de las pretensiones del actor, y que sin embargo de ella es propia la apertura a pruebas, si hay hechos que demostrar, porque ese silencio en manera alguna entraña confesión y porque en el procedimiento vigente la contestación de la demanda ha dejado de ser obligatoria para el demandado, pues el no hacerla no implica para él sanción alguna.

ART. 746. — El lapso probatorio se divide en dos períodos: uno de diez días hábiles para que los interesados pidan las pruebas que les interesen, ya que la ordenación de pruebas en materia civil no es oficiosa sino provocada por los interesados legítimos. Al respecto ha de tenerse presente el momento en que empiezan a correr los términos (Art. 366). El segundo período es de treinta días, hábiles también, para practicar las pruebas pedidas, conforme el texto del artículo, el que adolece de impropiedad, por cuanto que propiamente ese término es para la práctica de pruebas pedidas y decretadas, pues de todos es sabido que la razón inmediata de verificación de una prueba cualquiera es el que haya sido ordenada. El pedimento de ella no es ni podría serlo por sí el único elemento influyente en su práctica.

El segundo período de que se habla puede aún ser más largo, por prórroga, en el caso de que haya de practicarse una prueba determinada fuera del distrito judicial en donde actúe el funcionario del conocimiento, como en el caso de que la prueba pedida en Medellín deba practicarse en el Distrito de Bogotá, y entonces corresponde al mencionado funcionario señalar el término del segundo período, atendiendo a la distancia, los medios de comunicación, sin sobrepasar el límite máximo de noventa días, en una palabra, a la doctrina del artículo 367.

Es condición del ordenamiento de la práctica de pruebas, abstracción hecha de su pertinencia, la certeza de ellas, mejor dicho, que sean determinadas con claridad y precisión, como lo exige la igualdad procesal de las partes, porque sería manifiestamente contraria a ella colocar a un litigante en situación precaria en el cono-

cimiento de la prueba que ha de controvertir en su defensa, despojarlo de medios de combatirla. Por otra parte, la actividad judicial ha de recaer sobre cuestiones concretas y no adolecer de incertidumbres. Un ejemplo permite comprender mejor lo que se viene tratando: adelántase un juicio y uno de los interesados pide que sean recibidas declaraciones de testigos que después presentará. A su pedimento en manera alguna corresponde acceder, ya que no se sabe qué personas presentará y de qué condiciones, ya que la parte contraria queda colocada en condiciones de no saber en oportunidad si son parientes próximos de aquélla, impedidas moralmente, asalariadas suyas, etc., en fin, lesionada en sus medios de defensa, expuesta a procedimientos verdaderamente dolosos.

ART. 747. — En los procesos ordinarios procede la concesión del llamado término extraordinario, condicionado en todo caso a que la prueba de que se trate haya de practicarse en un estado extranjero. Se busca con ello no colocar al litigante que la necesita en situación de real imposibilidad de adución de la prueba en un término escaso, cuando se precise verificar la respectiva diligencia en el extranjero. Las formalidades previas de ella, autenticación de firmas de los Jueces, envío al Ministerio, etc., remisión al lugar propio, no pueden cumplirse en la mayoría de los casos dentro del período ordinario, de donde se desprende que es justa la concesión del extraordinario, el que tiene un límite máximo de ocho meses, lapso en el que se comprenden los días inhábiles, como con claridad lo indica el texto de la parte final del artículo y otras formas que fueron vistas antes (Arts. 366 ss.). Por último, téngase en cuenta que el término extraordinario de que se habla es señalado por el Juez (Art. 367) y que en ningún caso es viable en el supuesto de que no se cuestione la práctica o consecución de un elemento probatorio en el extranjero.

Art. 748. — A varios requisitos subordina el artículo la concesión del término extraordinario, a saber: 1º) Que sea solicitado dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto de recepción a pruebas. Trátase, es elemental, del primer período de que habla el artículo 746, de suyo corto por bastar para que la parte conozca sus necesidades probatorias y porque en la materia es equivocado señalar un término largo; 2º) Que los hechos o los actos hayan tenido verificación en el país donde haya de practicarse la prueba, v. g. el otorgamiento de una escritura o que allí residan los individuos que deban deponer sobre cuestiones que interesan al litigante en el juicio; 3º) Que cuando se trate de declarantes se señale el lugar de residencia de los mismos, exigencia orientada a una efectiva práctica de la prueba, y 4º) Que el interesado indique la oficina o el archivo donde se encuentren los documentos materia de copias, cotejos, dictámenes y demás, que importen en juicio.

Los mencionados requisitos importan en su satisfacción, entre otras cosas con el fin de obstaculizar actuaciones ineficaces, en balde, y poseen calidad de imprescindibles, o lo que es lo mismo, sin su

cumplimiento es equivocada la concesión del término extraordinario. Nótese que la disposición no exige juramento, ni prestación previa de fianza para responder por perjuicios, como se exigió anteriormente con un rigorismo exagerado, lesivo de los altos fines de la justicia por ser demasiado gravoso al litigante interesado en la práctica de pruebas en el extranjero.

ART. 749. — De la súplica de concesión de término procede dar traslado por dos días a la parte contraria de la solicitante, con el objeto de no decidirla sin su audiencia, lo que importa por lo mismo que la última con sus argumentaciones que aduzca y aún con las pruebas que presente dentro del traslado, fuera de definir su posición sobre el asunto, puede hacer caer al Juzgador en cuenta de lo infundado de la aludida súplica. Ese traslado es la única tramitación previa de la decisión de la cuestionada súplica, pues por disposición expresa del artículo queda excluída en el asunto la tramitación común de los incidentes (Arts. 391 y ss.) y de las articulaciones (Art. 395). En consecuencia, si un interesado pretende tramitación propia de estos últimos, es deber del funcionario respectivo desechar su pretensión. El fallo, es término del artículo, no es otra cosa que un auto interlocutorio y como tal sujeto a los recursos procedentes contra los de su clase.

ART. 750. — La omisión de la presentación de la prueba objeto del término extraordinario y dentro del mismo, implica para el respectivo peticionario la sanción de una condena que oscila entre un *mínimo* de ciento cincuenta y trescientos pesos en favor de la parte contraria, imponible y graduable por el funcionario del conocimiento en la sentencia que desate el litigio. Ella obedece a la circunstancia objetiva de no presentación de la prueba pedida, sin comprender conceptos de temeridad, según se desprende de la parte final del artículo cuando expresa que ..."excepto si aparece que no ha habido culpa de su parte" (del solicitante). Casos de ausencia de culpa se presentan, por ejemplo, por la ocurrencia de un naufragio, interrupción inesperada de las comunicaciones y otros fenómenos análogos, pero han de resultar acreditados en los autos, pues sin ello no debe el Juzgador dejar de hacer la condena. La carga probatoria en esos eventos pesa sobre el solicitante, como puede verse en lo anotado al tratar del caso fortuito y la fuerza mayor (Art. 372) y acatando los principios generales.

ART. 751. — La iniciación del trascurso del término extraordinario de que se viene hablando es al día siguiente al de la notificación de la concesión suya; empieza a correr desde este último día. Así, si la notificación se cumplió en Lunes, el día Martes es el primero del aludido término, etc. El artículo concreta una norma de obligatorio reconocimiento y cuyo imperio no es factible desconocer, consagrada también en el inciso final del artículo 366, de donde se desprende que sobra el artículo comentado. Por lo demás,

cumple expresar que el término extraordinario es susceptible de suspensión de acuerdo con la doctrina del artículo 370.

ART. 752. — La ordenación de una prueba dentro de los tres últimos días del primer período (el de diez días) o después de vencido, da derecho a la parte contraria a quien la pidió para solicitar a su vez y dentro de los tres siguientes a la notificación del auto que la ordene, la práctica de las que le interesan sobre los mismos hechos, disposición fundada en la amplitud probatoria y en que el período para la solicitud de pruebas es común a los litigantes, sin que antes de decretarlas cada uno conozca las de su contrario, por lo que se les coloca en situación de contraprobar.

Expresa el artículo que sobre los mismos hechos, expresión que no se refiere a otra cosa que a una necesaria relación entre la prueba pedida y la decretada antes, en cuanto a su materia, por que si no existe tal relación carece de razón ordenar la nueva prueba, por cuanto que ha de conservarse la igualdad procesal de las partes que sería lesionada admitiendo la nueva prueba en cuanto a cuestiones diversas de la primeramente ordenada, pues quien no pida la nueva quedaría en situación desventajosa en frente de su contrario, el que en realidad quedaría colocado en mejor posición aduciendo elementos de juicio contra los cuales no podría contraprobar en la instancia aquél. Disponer la práctica de pruebas distintas en esencia y finalidad a las ordenadas antes, equivale a prorrogar el período probatorio no obstante no quererlo así la ley, a ofrecer margen a sorpresas y mayor término probatorio en la práctica a un litigante con perjuicio del otro. En consecuencia, si por ejemplo se ordena la expedición de la copia de una escritura, dentro de los tres días de que habla el artículo, la parte contraria a quien la solicitó carece de facultad para solicitar a su vez que se ordene expedición de copias de escrituras de contenido sustancialmente diferente a la primera, y si no obstante se pide ha de desechar el pedimento el Juzgador, en mérito del texto expreso y claro del artículo, el que no es susceptible de interpretaciones acomodaticias ante su claridad.

Sería necio negar que es asunto bastante delicado la negativa de una prueba por concepto de no referirse a los mismos hechos a que se refiera otra decretada antes, pero ante lo perentorio de la disposición acotada y de que sea manifiesto que la que después se pida se refiera a asuntos diversos, no cabe otra cosa que denegar su práctica, análogamente a como se procede en otros casos (Art. 596), sin que valga argumentar en contrario que en la sentencia es donde propiamente se aprecia la prueba, porque si ello es incuestionable, también lo es que lo comentado en la realidad sería inoperante y es preciso tener muy en cuenta que las disposiciones legales han de ser eficaces y no desconocidas bajo pretexto de exposiciones doctrinarias, las que nada pueden contra la ley.

ART. 753. — El vencimiento del término probatorio de que tra-

tan los anteriores artículos coloca al Juzgador en el deber de ordenar prontamente traslados a las partes para la presentación de sus alegaciones escritas, las que en todo caso han de ser respetuosas de los funcionarios y de las mismas partes (Art. 121, núm. 17), los que se surten normalmente por el término de diez días a cada una, primero a la demandante y luego a la demandada. Ellos se cumplen con la notificación en debida forma del auto que ordena correrlos y la nota Secretarial en que conste que se ponen los autos a disposición de parte, pues sólo después de la verificación de esas dos formalidades cabe estimar iniciado el término del traslado de que se trate. Las alegaciones a que ellos se refieren, como derecho renunciable que son, dejan de ser indispensables, esto es, no es forzosa e imprescindible su presentación por las partes para el seguimiento normal del juicio. La alegación de conclusión, llamada también de bien probado, es el escrito analítico en que la parte por sí o su apoderado estudia con orden y método los aspectos del litigio para sentar las conclusiones jurídicas en pro de sus intereses, un estudio de fondo útil en la decisión que corresponda.

ART. 754. — Al siguiente día al en que sean devueltos los autos dados en traslado, que lo han de ser al vencimiento del último (y en el supuesto de que no lo sean proceden los requerimientos para ello, Arts. 378 y ss.), se hace, por medio de auto de sustanciación, la citación para sentencia, la que cumple el objeto de cerrar en la instancia el debate entre las partes y la oportunidad de la proposición general de incidentes (Art. 394).

Hasta la verificación de esa citación gozan las partes de la facultad de presentación de sus alegaciones, la que desaparece con aquélla, la que a la vez obliga al Juzgador a desechar las que se pretenda presentar después de hecha y a no permitir que queden agregadas a los expedientes, lo que se apoya en el orden necesario en los procesos y en que los términos son perentorios y no susceptibles de prolongaciones habilidosas, no dependientes de la voluntad caprichosa de las partes. Quizás baste la actuación Secretarial, de acuerdo con el Juzgador para evitar la comisión de arbitrariedades, para aplicar la parte final del artículo sin que sea menester providencia especial para ello, conforme los principios generales.

PARÁGRAFO II. — Segunda Instancia

ART. 755. — Fallado el proceso ordinario en primera instancia y concedida la apelación, se remite el expediente al Superior ante quien es concedida, el que debe disponer la fijación en lista por el término de cinco días hábiles, la que se cumple análogamente a la notificación por estados (Art. 310) y tiene por finalidad la que las partes manifiesten en forma escrita su voluntad de que se practiquen pruebas en la segunda instancia. Esa manifestación es necesaria para la apertura a pruebas como más adelante se verá. En relación con la segunda instancia ha de tenerse presente en

todo caso lo dispuesto por el artículo 353, sobre el suministro de papel sellado, pues bien se sabe que si no es suministrado dentro de los plazos indicados en el artículo en mención procede declarar la ejecutoria de la providencia apelada.

ART. 756. — En muchos negocios de una y otra índole intervienen los Agentes del Ministerio Público, en interés de la ley y de las personas que representan, los que no actúan judicialmente al igual de las personas de derecho privado sino con ciertas prerrogativas, si cabe la expresión, una de las cuales es el traslado previo del negocio a la fijación en lista, por el lapso de tres días hábiles, porque antes de impulsar la tramitación de la segunda instancia importa el conocimiento de ellos, en gracia de la misma ley, hasta el punto de que la omisión de ese traslado previo implica un vicio de la actuación. Bien se ha repetido en el curso de este estudio que los Agentes del Ministerio Público intervienen en los procesos civiles en condiciones distintas a como lo hacen las personas privadas, lo que justifica lo dispuesto en el artículo.

ART. 757. — Pasado el término de fijación en lista, es deber de los Secretarios poner el negocio de que se trate al despacho del Juez o del Magistrado, acompañado de los escritos que oportunamente hayan presentado los interesados (Art. 121, núm. 1º y 350). En el evento de que haya habido necesidad de traslado, la oportunidad de ponerlo al Despacho es luego de que hayan sido devueltos los autos. La claridad de lo dispuesto en el artículo es notoria y él no ofrece mayores dificultades.

ART. 758. — La apertura a pruebas en la segunda instancia, como antes se significó, es condicionada en un todo a la petición de parte, pues en materia civil el Juzgador carece de la facultad de iniciativa en cuestión probatoria y tiene una posición bastante pasiva si se quiere. En consecuencia, es viable ordenar la apertura a pruebas únicamente cuando la pide la persona que tenga la calidad de parte legítima y de ninguna manera oficiosamente porque entonces incurre el Juzgador en verdadera extralimitación de funciones. Obsérvase que la recepción del negocio a pruebas en la segunda instancia obedece a súplica de parte y no como en la primera, que es hecha ante la circunstancia de que el juicio contenga cuestiones que requieran prueba.

ART. 759. — Vencido el término probatorio cuando en la segunda se conceda o el de fijación en lista si no es dispuesto aquél, se dispone entregar los autos a las partes, por seis días a cada una, para que hagan sus alegaciones escritas. Ese traslado se da en primer lugar a la apelante, o a aquélla en cuyo favor se consulta, y en segundo lugar a la no apelante o no favorecida con la consulta. En el supuesto de que ambas partes hayan interpuesto el recurso, el traslado se hace primero a quien es demandante inicial. Contempla el artículo el evento de que el número de los litigantes pase de tres, disponiendo para el caso que el traslado que les co-

rresponde se les dé en común en la Secretaría, por el término de dieciocho días, a diferencia del individual que se cumple con entrega del expediente.

No obstante lo anotado en el párrafo anterior, el ejercicio de la facultad otorgada en el artículo 600 del Código para los funcionarios, puede tener cumplimiento, empero, de que no se haya ordenado en la segunda instancia término probatorio, porque el mentado artículo no condiciona su ejercicio a la existencia de dicho término sino a que existan cuestiones dudosas que exijan aclaración, y sería letra muerta si en el hecho se le condicionara; ninguna operancia real tendría. Estudiando detenidamente la cuestión no resulta que deba sentarse una tesis contraria a la anterior, máxime si se toma en cuenta que no desconoce ni lesiona principios de orden legal.

ART. 760. — El transcurso de los términos para alegar hace necesaria la citación para sentencia, cuyos efectos quedaron vistos, y el señalamiento de fecha y hora para la celebración de audiencia pública, el que debe ser para antes de los ocho días siguientes, pero en ningún caso antes de cuatro días, para dar margen a los funcionarios y a las partes para la preparación de la diligencia, sin incurrir tampoco en dilaciones exageradas. Si de hecho se determina la verificación de una audiencia antes o después de lo indicado, resulta irregular y, en consecuencia, desprovista de eficacia, ante las normas legales, por tratarse de un mandato perentorio cuyo cumplimiento no es eludible. De suerte que ese error en que incida el funcionario es corregible con una actuación nueva y normal.

ARTS. 761, 762 y 763. — Es deber del Magistrado ponente (téngase en cuenta que el recurso de apelación de sentencias dictadas en negocios de mayor cuantía es por lo común del conocimiento de los Tribunales) elaborar una síntesis de los asuntos materia del litigio para el día de llevarse a efecto la diligencia, la que empieza a la hora señalada con la lectura por el Secretario de la síntesis dicha. Hecha ésta se concede la palabra por dos veces a las partes, en el orden dispuesto en los artículos precedentes para los traslados. Dentro de los tres días siguientes a la terminación de la audiencia disponen las partes de la facultad de aportar resúmenes escritos y en papel sellado, de sus exposiciones verbales, con lo que viene a resultar que en la segunda instancia prácticamente gozan las partes de dos oportunidades para alegar, a diferencia de lo que ocurre en la primera.

Pasado lo que queda relacionado, empieza a correr el término para dictar sentencia (Art. 375), cuyo objeto queda determinado con la interposición de la apelación.

Para finalizar el estudio del capítulo, anotamos:

La segunda instancia, que se surte por lo general únicamente por apelación de parte legítima y excepcionalmente por consulta, encuentra justificación en la conveniencia de someter los negocios

al conocimiento de varios funcionarios en lo cual, en principio, se ofrecen mayores garantías de rectitud y acierto en las decisiones judiciales, porque el inferior en vista de ello tendrá más cuidado en el despacho de los negocios, el superior dispondrá de mejores elementos de juicio para la decisión suya, ofrece la posibilidad de corrección de errores y arbitrariedades a la vez que los interesados tienen mejores medios de protección de sus intereses y derechos, en el acatamiento de una institución tradicional de buenos resultados, etc., que ha subsistido sin embargo de las innúmeras críticas que le han sido formuladas.

Cuando ambas partes apelan, o se dispone la consulta en favor de una y la otra apela, la decisión de la segunda instancia tiene idénticos elementos materiales a la de la primera, o sea, comprende la generalidad de lo litigado, ampliamente todos los aspectos del litigio, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de casación (Arts. 514 ss.). En cambio cuando sólo una parte apela o se dispone la consulta de lo resuelto en la primera instancia, sin que la parte contraria a la favorecida con la consulta apele, las atribuciones del superior quedan restringidas a lo desfavorable al apelante (Art. 494) o a la persona en cuyo favor se consulta (Arts. 508 ss.), pues entonces la segunda instancia es restringida en relación con la primera, restricción que ha de acogerse porque de lo contrario incide el superior en extralimitación de funciones.

Capítulo III

MENOR CUANTÍA

Parágrafo I. — Primera Instancia

Art. 764. — Es sabida la forma como deben presentarse las demandas (Arts. 205-737), la que es aplicable en un todo en los negocios ordinarios de menor cuantía, que son los que no alcanzan a sobrepasar la suma de trescientos pesos (Arts. 196 y conc.). La admisión de ella, cuando satisface las exigencias procesales (Art. 738), es acompañada de la disposición de traslado al demandado por el lapso de tres días para que haga la contestación correspondiente, fuera de que ha de sacarse copia suya.

La competencia para conocer de tales asuntos está atribuída a los Jueces Municipales, en la primera instancia (Art. 119), salvo que en ellos tengan interés los Municipios, los Departamentos o el Estado (Arts. 109, núm. 1º; 76, núms. 1º y 2º; 40).

Art. 765. — El procedimiento ordinario de menor cuantía es más estrecho o menos amplio que el de mayor, por cuanto que en él las excepciones, de una u otra naturaleza que sea, son propuestas con la contestación de la demanda, en un solo acto, lo que muestra que si apenas propone el demandado excepciones dilatorias en lugar de la contestación de la demanda, no corresponde decidirlas pre-

viamente y ordenar luego tal contestación como en el ordinario de menor cuantía. De forma que las excepciones dilatorias no son materia de especial y previo pronunciamiento en los ordinarios de menor cuantía sino que son resueltas en la sentencia que desate el proceso, la cual, en el supuesto de que alguna o algunas de ellas prosperen nó decidirá el fondo mismo del negocio, es decir, sobre el derecho contenido en la acción incoada.

ART. 766. — Por ser el procedimiento de menor cuantía no está impedido el opositor para reconvenir al demandante, pues de la reconvención puede hacer uso, como en los casos de mayor cuantía (Arts. 742 y ss.) y bajo las mismas condiciones, pero con la diferencia de que la reconvención debe formularla en el mismo escrito de contestación. La admisión de aquélla hace preciso dar traslado por tres días al demandante, luego de corrido el cual la tramitación de las acciones se hace bajo una sola cuerda y su decisión en una sola sentencia.

ART. 767. — La discrepancia de las partes en cuanto al fondo del derecho pretendido por ellas y la existencia de asuntos pertinentes que demostrar en el proceso que se agite, conforme las reglas generales, que se han visto, hace necesaria la apertura a pruebas, a fin de que ellas demuestren el derecho alegado. El término probatorio es más corto que el del proceso ordinario de mayor cuantía, puesto que solamente es de diez días, más el término de la distancia (Art. 373), pero sin sobrepasar el límite máximo de veinte días hábiles, todo lo cual se explica y justifica porque los negocios de menor cuantía son más susceptibles de celeridad en la actuación que los de mayor.

ART. 768. — En el procedimiento cuestionado también existe la citación para sentencia, cuyos efectos fueron ya estudiados (Art. 760) y que procede una vez pasados los traslados o el término probatorio, en la hipótesis de que lo haya, y es hecha por auto de sustanciación, simultáneamente con el señalamiento para audiencia de las partes, dentro de los seis días siguientes, lo que tiene por fin oírles sus alegaciones verbales. Ellas tienen la facultad de presentar alegaciones escritas en el acto de verificarla o antes, en lo que cabe observar que las alegaciones mencionadas, en relación con su oportunidad y término difieren también con las del procedimiento de mayor cuantía. La duración de la audiencia no fué determinada por el artículo, el que atribuyó al Juzgador la facultad de determinarla, pues por ello dice que el Juez oye a los litigantes por el tiempo que tenga a bien. Ahora, en ejercicio de esa facultad el funcionario está en el deber de proceder racionalmente, considerando los fines de la justicia y los intereses de los litigantes, para no incurrir en arbitrariedades.

ART. 769. — Verificada la audiencia empieza a correr el término de seis días para el pronunciamiento del fallo (Art. 375), el que puede distinguirse de los demás en que es factible que apenas

contenga la decisión de excepciones dilatorias o tal cosa y una decisión de fondo, según se desprende de los artículos que se han estudiado, los cuales se inspiran en que por tratarse de asuntos de escasa significación económica cabe permitir ciertas involucraciones para proceder con brevedad y economía y con cierta unidad. Claro es que si el fallo —el que se pronuncia en derecho y no en conciencia— reconoce la existencia de excepciones dilatorias en cuanto a la acción misma, produce los efectos de la cosa juzgada, como es obvio (Art. 473).

ART. 770. — En gracia de la celeridad y unidad procesales, las apelaciones interpuestas contra providencias interlocutorias en estos juicios revisten modalidades bastante distintas a las apelaciones comunes (Arts. 490 ss.) pues la ocasión de otorgarlas es única, sin embargo de que hayan sido interpuestas varias, y con anterioridad a la citación para sentencia. Concedida la apelación o las apelaciones ocurre una verdadera suspensión del impulso procesal de la primera instancia, porque la sentencia no se dicta antes de la decisión superior. Si con desconocimiento de lo dispuesto en el artículo acotado se concede una apelación, la parte está en el derecho de reclamar y el Superior no queda obligado a decidirla de fondo, pues sus facultades en los recursos se condicionan a una actuación regular previa. Así se concede una apelación antes del término probatorio contra un reconocimiento de personería, por ejemplo. La parte contraria tiene entonces facultad para reclamar en contrario y el Superior ha de abstenerse de decidirla, mejor dicho, de calificarla como fundado o infundada.

PARÁGRAFO II. — Segunda Instancia

ART. 771. — Recibido el proceso en el Juzgado de Circuito se dispone la fijación de él en lista (Art. 755) por el término de tres días, la que tiene por finalidad la de que los interesados pidan la apertura a pruebas en la segunda instancia, a menos que en el negocio sea parte (propiamente interesado) el Ministerio Público, pues en tal supuesto lo apropiado es darle a él previamente traslado por dos días.

La segunda instancia se produce por la apelación que en oportunidad se proponga, y en relación con ella podemos dar por reproducido lo anotado sobre la segunda en los procesos de mayor cuantía, con la salvedad relativa a la diferencia que impone la naturaleza de unos y otros negocios, de los de mayor y de los de menor.

ART. 772. — A petición de parte, se dispone de lapso probatorio por cinco días hábiles más el término de la distancia (Art. 373) en el supuesto que las pruebas hayan de practicarse fuera del lugar de residencia del Juez, pero sin exceder en caso alguno el límite máximo de quince días, de donde se infiere que la apertura a prue-

bas es pedida y no oficiosa, salvo sí el restringido caso previsto en el artículo 600.

ART. 773. — Cumplido el término de fijación en lista o el probatorio, procede ordenar el traslado de los autos a cada una de las partes para que presenten sus alegaciones escritas de bien probado, por tres días a cada una, y en el orden previsto en los otros artículos (Arts. 753-744). Verificado lo dicho se hace la citación para sentencia (Art. 754), la cual se dicta dentro de los diez días siguientes (Art. 375) y tiene cierta analogía, en cuanto a sus límites, con la de segunda instancia en negocio de mayor cuantía.

CAPÍTULO IV

MÍNIMA CUANTÍA

ART. 774. — Los procesos de mínima cuantía son los que no sobrepasan el monto de veinte pesos (Art. 119 y conc. C. J.), sin embargo de lo cual existe la excepción consagrada en el art. 120. Presentan una naturaleza bien especial por cuanto que ellos son tramitados y decididos en una sola instancia, en atención a su escasa significación económica que no se compadece con la existencia de dos instancias, porque no justifican la segunda ni por concepto de la actividad judicial, ni del tiempo ni de los gastos. Además, la actuación verbal que ellos implican difiere de la escrita que es común a los otros procesos, sin que por ello proceda confundirlos con el procedimiento reglado en el artículo 1208 y ss.

La proposición de las demandas de mínima cuantía, aún cuando en la práctica se hace en la forma escrita, a diferencia de otras puede hacerse oralmente y entonces se elabora en el Juzgado del conocimiento un acta que ha de indicar: 1º, los nombres y domicilio del demandante y el demandado; 2º, lo que se demanda; 3º, los elementos de hecho y de derecho que la sustenten. En dicha acta, que firman el Juez, el demandante y el Secretario, debe disponerse la citación del demandado o los demandados para que se presenten, por sí o su apoderado, en la fecha y hora señalados a responder la demanda propuesta en su contra. Ahora, el señalamiento para asumir su defensa debe serlo atendiendo al principio básico de la celeridad procesal, pero considerando en todo caso los intereses de las partes, vale decir, la naturaleza del litigio propuesto, el lugar de residencia de ellos, los medios de comunicación, etc.

ART. 775. — El señalamiento de que trata la disposición inmediatamente anterior, el que forzosamente es hecho en la misma admisión de la demanda, es susceptible de ser hecho nuevamente en el evento de que una parte sufra impedimento legítimo bastante para excusarla de concurrir a la diligencia. Al hacerlo, por medio de auto de sustanciación y cesación del impedimento, como malas condiciones de salud v. g., procede notificarlo a las partes.

ART. 776. — La no comparecencia del demandante a la audiencia, sin que de parte suya haya excusa legítima, es mirada por el artículo como un desistimiento tácito de su acción. De tal suerte que la presentación del actor en la clase de procesos en estudio es capital, indispensable, ya que sin ella finalizan. Únicamente cuando el demandante tiene excusa legítima que aducir en su favor para justificar su inasistencia, no se opera la finalización, como en el supuesto de que demuestre que una enfermedad le impidió asistir, un caso fortuito o una fuerza mayor, etc. (Art. 372). Consecuente con lo dispuesto en otros artículos (Arts. 461 ss. y conc.), el estudiado impone al juzgador el deber de condenar en las costas al aludido demandante que por la omisión de la asistencia incurre en desistimiento, la cual se hace en atención a tal hecho objetivo sin recurrir a conceptos de temeridad como se hace en otros casos (Arts. 574 y ss.).

Diferentes consecuencias a las anotadas produce la inasistencia del demandado, pues de su comparecencia no depende la constitución y permanencia de la *litis contestatio,* abstracción hecha de que el procedimiento vigente no sanciona sistematizadamente la contumacia. La falta de comparecencia del demandado apenas acarrea la sanción de que se impulsa el proceso sin posteriores llamamientos a él.

ART. 777. — En la audiencia el Juez oye a las partes ordenadamente, siguiendo las normas de las que se celebran en los otros procesos, en cuanto sea aceptable su aplicación, interroga a los testigos y recibe los documentos probatorios que ellas presenten. En la práctica de aquélla ha de tenerse en cuenta que el procedimiento de mínima cuantía, por su misma brevedad, no admite término probatorio, de alegaciones, de citación para sentencia, de donde se infiere que el juzgador está en el deber de procurar que las partes tengan oportunidad en la audiencia de exponer, concretar y demostrar sus respectivas pretensiones, para que se surta un debate completo que revista de mayor certeza la decisión que luego se pronuncia.

El testimonio de la diligencia y de lo actuado en ella es el acta que de la misma se elabora, la cual firman el Juez, los interesados, sus voceros, las personas que hayan actuado y el Secretario respectivo.

ART. 778. — Celebrada la audiencia, el fallo debe dictarse en el mismo día o en el siguiente, pues para dictarlo no goza el Juez del plazo general contenido en el artículo 375. La sentencia que en tales asuntos se pronuncia, en atención a que en el proceso de mínima cuantía no se deciden previamente excepciones dilatorias y a que todo demandado goza de amplios medios de defensa, bien puede contener el reconocimiento de ellas, por ejemplo, cuando existe incompetencia de jurisdicción, pleito pendiente o cuando la demanda ha sido dirigida contra persona diferente a la obligada a responder en juicio. La sentencia referida tiene una modalidad bien especial,

por su inapelabilidad, en lo que se distingue de los comunes, pues contra ella sólo es viable el recurso de queja, cuya naturaleza fué estudiada (Art. 485, parte final).

ART. 779. — En la hipótesis de condenación a un litigante al pago de las costas, el monto de ellas es regulado en la misma sentencia, a diferencia de lo que se hace en los demás casos (Arts. 574 ss.), puesto que la naturaleza del proceso de mínima cuantía, y aún su significación, lo requieren así, en orden a evitar dilaciones contraproducentes y para que dicho proceso se finalice con la celeridad deseable, ya que con ello no se propicia la comisión de grandes errores, por otra parte.

La sentencia aludida es notificada personalmente (Art. 309) o por medio de anotación en estados (Art. 310), análogamente a la dictada en los procesos de tenencia (Art. 1105), de donde se infiere que cualquiera de las dos formas que se use es suficiente para estimar cumplido el requisito de la notificación y la escogencia de ellos es función secretarial.

ART. 780. — La ejecución de la sentencia procede siguiendo el procedimiento ejecutivo de menor cuantía (Arts. 1056 ss.), pero con la salvedad de que los términos se reducen a la mitad.

ART. 781. — En guarda de un mayor orden y conservación de lo actuado en los procedimientos de mínima cuantía, se escribe en un libro de papel común foliado y rubricado por el Juez y el Secretario. Con relación a ello los interesados gozan del derecho de recibir gratuitamente las copias que soliciten, con la única condición de previa orden del Juez (Arts. 361 ss.).

TÍTULO XIX

NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO

CAPÍTULO I

NULIDAD

ART. 782. — Desde el punto de vista meramente civil el matrimonio (Art. 113), como los demás contratos, es susceptible de adolecer de vicio que lo haga nulo y para declararlo así es preciso que se recurra por interesado legítimo ante las autoridades judiciales, porque las causales de nulidad determinadas en la legislación (Arts. 140 ss. C. C., 13 de la ley 153 de 1887) no obran de manera que pudiera llamarse mecánica sino que requieren la constatación de su existencia y declaración de sus consecuencias por parte de las entidades jurisdiccionales, cuya actuación es indispensable en el asunto, pues no obstante ser el matrimonio un contrato el reconocimiento de sus vicios en relación con la misma celebración está bien lejos de ser atribución en las partes, por cuanto que en él entra en juego el concepto de interés público, el que, considera la importancia que

el matrimonio tiene en la constitución, generación y conservación de la familia como elemento esencial en la vida social (trascendencia).

Ante la existencia de una causal de nulidad, o de varias, cuyo estudio detallado es propio de la legislación civil, no es posible jurídicamente hablando, obligar a los cónyuges a la conservación de un estado matrimonial carente de razón de ser y por eso se concede la acción de nulidad, de la que conocen los Jueces de Circuito (Art. 109, núm. 7), privativamente y por los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía (Art. 737 ss.), en atención a que una cuestión de extraordinaria importancia no encaja dentro de los límites cortos de los demás procesos.

Empero, la apertura a pruebas es siempre necesaria controvirtiéndose la nulidad del matrimonio, porque su misma significación, que a nadie se oculta por ser claramente comprensible, descarta el acuerdo, la no discrepancia de las partes como elemento excluyente de la recepción del proceso a pruebas, ya que si no fuese así la estabilidad de una institución que la legislación ha querido conservar a toda costa desaparecería aun por simples acuerdos dolosos de los cónyuges. La declaración de nulidad ha de obedecer a causas reales acreditadas en el proceso y es incuestionable que ellas se demuestran mejor en el término probatorio, que permita el aporte de piezas probatorias sobre las cuales apoyará el Juez su fallo en derecho.

Por último, anotaremos que la ley sustantiva autoriza la intervención de los padres del cónyuge en los juicios de nulidad de su matrimonio (Arts. 143 y conc. C. C.), la que condiciona el artículo estudiado en la parte final al evento de que el cónyuge respectivo sea menor o se halle bajo interdicción, lo que se explica y justifica ante la consideración de que el consorte mayor y en ejercicio de su capacidad tiene independencia en la definición de su estado y con relación a sus padres, quienes poseen con relación a él vínculos legales menos amplios que los que los liguen a los hijos menores y a los puestos en interdicción por una u otra causa. El mayor capaz es libre en la orientación de su vida y de ahí que en las cuestiones de su interés inmediato no tengan intervención los ascendientes suyos.

Es de marcada evidencia que la disposición a que se hace referencia es comprensiva únicamente de los matrimonios llamados civiles, pues la nulidad de los matrimonios eclesiásticos es de competencia exclusiva de las autoridades de tal índole, conforme el artículo 17 de la Ley 57 de 1887 en armonía con el 17 de la Ley 35 de 1888. De allí que si no obstante lo anotado se presenta ante el Juez de Circuito demanda de nulidad de matrimonio celebrado según los ritos de la Religión Católica, está en el deber de desecharla para no surtir actuación viciada de nulidad por incompetencia.

ART. 783. — La actuación en proceso sobre la nulidad del matrimonio es adelantada con llamamiento del Agente del Ministerio Público (Art. 195) que se cumple inicialmente con la notificación personal de la demanda propuesta, quien comparece por interés de

la ley, por la guarda de las buenas costumbres y también en interés de los hijos. Ello indica que el llamamiento dicho no implica el que deba favorecer forzosamente las pretensiones de uno de los litigantes inmediatamente, como en el caso del artículo 785 sino los verdaderos de la sociedad en el litigio adelantado. Conforme el texto claro del artículo en mención, la intervención del Ministerio Público es esencial en los procesos de que trata, pues ellos no son adelantados con las mismas modalidades de los comunes, máxime que la ley considera a los hijos como sujetos merecedores por sus condiciones precarias, en el amplio sentido del término, de la protección del vocero de la sociedad. Ahora, la omisión de la notificación de la demanda a los ya varias veces mencionados funcionarios acarrea nulidad en la actuación (Art. 448, num. 3°), pues se trata de un precepto de orden imperativo cuya violación es inadmisible sin sanción alguna.

Capítulo II

DIVORCIO

Antes de iniciar el estudio del Capítulo, advertimos que no se analizará lo dispuesto en la ley civil, por escapar a los límites de los presentes comentarios.

Art. 784. — La legislación colombiana vigente al presente no consagra el verdadero divorcio, el perfecto, sino el imperfecto (Arts. 153 y conc. C. C.), que apenas produce el efecto de suspender la vida común de los cónyuges, la liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos (Art. 162, ib.), el señalamiento de cuáles hijos quedan en poder de uno y cuáles en el del otro (Art. 160, ib.). De suerte que, sin embargo de que la legislación mira el matrimonio como un contrato, no permite la desaparición de la permanencia suya y de sus efectos, bajo el supuesto de que haya sido celebrado regularmente, sino con la muerte de cualquiera de los cónyuges, separándose en ello de la generalidad de las legislaciones no sólo europeas, sino también americanas.

El divorcio imperfecto es tramitado como proceso ordinario de mayor cuantía (Art. 737), de competencia de los Jueces de Circuito (Art. 109, num. 7) en el caso de que se trate del matrimonio civil, pues del canónico conocen las autoridades eclesiásticas (Arts. 17, Ley 57 de 1887 y 17, Ley 35 de 1888). Con todo, en las últimas estipulaciones concordatarias entre la República y la Santa Sede, en el artículo 10 se conviene en que "...La Santa Sede consiente que las causas de separación de cuerpos sean juzgadas por los Jueces del Estado", las cuales no han recibido aún los requisitos propios para su vigencia, pero cuando lo reciban modificarán lo existente en la actualidad sobre el particular (v. Ley 50 de 1942).

Art. 785. — En los procesos de divorcio intervienen los Agentes del Ministerio Público en la misma forma que en los de nulidad

(Arts. 782 y 783), pero en conformidad con la doctrina del artículo 156 del C. Civil, o sea, y según la norma procesal, en interés de la mujer, mirada como parte débil, en el supuesto de que no existan descendientes. La personería para demandar el divorcio radica en cabeza de quien con sus actuaciones no ha incurrido en las causales que lo fundamentan, ya que sería absurdo e inmoral que el cónyuge que incurre en ellas tuviera tal personería. Las causales de divorcio no son otra cosa que falta de cumplimiento de las obligaciones matrimoniales y ante una sana lógica jurídica es de claridad meridiana que la violación de ellas no genera para quien la hace la facultad de impetrar la acción de divorcio. La violación del derecho no crea derecho en favor del agente activo de ella (Art. 156 C. C.).

ART. 786. — La legislación patria sienta como principio que los funcionarios y los ciudadanos están sometidos al imperio de ella, especialmente en lo que se refiere al orden público y las buenas costumbres, y de allí que sea consecuente con ello al disponer en el artículo anterior que sin embargo de tratarse de matrimonios celebrados en Estado extranjero en donde se reconozca el divorcio perfecto, que cause la disolución del vínculo matrimonial, en la República no corresponde concederlo, lo que es consecuencia del concepto de soberanía que no reconoce extraterritorialidad a las leyes extranjeras, consagración del principio de la *lex fori*, esto es, que el Juez debe acatar y aplicar la ley del lugar en donde actúa, especialmente en asuntos que comportan un interés público, en lo que entraña una inmediata aplicación de lo querido por el Estado como encarnación de la sociedad, de la naturaleza de los cuales es el divorcio. Por tanto, la proposición de una acción de divorcio vincular no es viable en ningún caso y su concesión indica una extralimitación de la jurisdicción y competencia de los Jueces.

ART. 787. — La demencia, la enfermedad contagiosa y ocurrencias análogas están bien lejos de constituir causales de divorcio, pero sí de suspensión de la vida común de los cónyuges (Art. 155) a pedimento legítimo de uno de ellos, el que una vez admitido se corre en traslado al Agente del Ministerio Público y el demandado, por el lapso de tres días a cada uno, indispensable para la iniciación de la tramitación de la cuestión propuesta, siguiendo las reglas generales, pues el demandado ha de ser oído para que lo que haya de resolverse produzca efectos en su contra, que no los produce sin su audiencia porque se incurre en nulidad sin ella. El Agente del Ministerio Público interviene en lo tratado en interés de la justicia y la equidad y para poner coto a actos abusivos.

ART. 788. — En el supuesto de que el demandado se oponga (su curador en los casos de demencia, ya que en ellos no comparece por sí mismo) o de que el Ministerio Público lo solicite, corridos los traslados se recibe el negocio a pruebas por seis días hábiles, prorrogables por otros tres cuando haya causa justificativa para ello, v. gr., la naturaleza compleja de las pruebas, la dificultad de las pericias, la

necesidad de repetidos exámenes clínicos y de laboratorio, etc. (Art. 366 y ss.).

ART. 789. — Pasado el término probatorio o los traslados sin oposición y petición de pruebas, el Juez decide dentro de los tres días siguientes si decreta o no la suspensión de la vida común (Art. 375), atendiendo los elementos de juicio aducidos y las normas legales, pues su decisión es en derecho.

ART. 790. — La suspensión de la vida común de los cónyuges y de que tratan los tres artículos precedentes es susceptible de desaparición por la cesación de su causa, pues sobre el particular y con poderosas razones de justicia tiene vigencia el principio de que cesando la causa se opera la desaparición del efecto que produzca, y a revestirlo de eficacia práctica tiende el artículo comentado al disponer que se sigue la misma tramitación ya dicha cuando el cónyuge enfermo recobre la salud y quiera continuar su vida matrimonial.

ART. 791. — Las causales de divorcio son limitadas o restringidas por las normas legales y de allí que, si se trata de un matrimonio civil celebrado en el extranjero, bajo legislación que autorice el divorcio por el motivo de lo preceptuado en el artículo 155 del C. Civil, en manera alguna corresponde acceder a decretarlo en la República, ya que únicamente cabe ordenar la suspensión de que se habló, por lo dicho en las anotaciones sobre el artículo 786.

CAPÍTULO III

MEDIDAS PREVENTIVAS

ART. 792. — Previamente a la iniciación de los juicios de nulidad y divorcio y con posterioridad a ella, es procedente la orden y práctica de medidas orientadas a salvaguardar los intereses de los cónyuges, entre las cuales se destacan el embargo y el secuestro (Arts. 273 y ss.), para que una vez finalizados aquéllos no sean ilusorios económicamente sus resultados, por maniobras dolosas de uno de los cónyuges. Decretadas esas medidas preventivas, se presenta el interrogante de saber si en armonía con los artículos 280, 295 y 1013 tiene fundamento o no decretarlas y practicarlas en juicio distinto promovido por quien o quienes gocen de la calidad de terceros.

En nuestro sentir, es justo que el tercero no sea lesionado en sus intereses por medidas accesorias decretadas en procesos entre los cónyuges. El embargo y el secuestro son dispuestos y verificados en interés inmediato de los cónyuges para asegurarles los gananciales que les correspondan en la sociedad conyugal, de donde se infiere que no deben vedar la protección de los terceros. Es claro que en el procedimiento de divorcio o en el de nulidad no se contemplan las mismas características de la medida preventiva que en el juicio entre personas no ligadas por un vínculo matrimonial, por lo que no ha de tener iguales consecuencias. Así como en la acreencia hipotecaria

o en la prendaria (Art. 1198) el embargo y secuestro decretado no tiene en su eficacia el obstáculo de uno anterior, así tampoco debe tenerlo el que se disponga sin embargo de haberse decretado otro antes entre los cónyuges. Además, apoya más lo expuesto la consideración de que si no fuese así, en la práctica se propiciaría el entendimiento entre los casados para la fácil burla de los acreedores, lo que no es aceptable, pues bastaría proponer un juicio de divorcio en impetrar el embargo y el secuestro para colocarlos en verdadera imposibilidad de perseguir la eficacia de sus créditos.

Ahora, los efectos del nuevo embargo y secuestro que se practique sobre bienes anteriormente objeto de esa medida no son absolutos, pues únicamente se suspende por él la eficacia del anterior, de suerte que en el supuesto de que dicho nuevo embargo y secuestro desaparezca, recobra su vigencia el anterior, tesis racional que está lejos de propiciar los arreglos dolosos de un cónyuge con presuntos acreedores y en perjuicio del otro. Así, no son fáciles dichos arreglos y se acogen las normas de justicia. En concreto se tiene, pues, que si lo secuestrado posteriormente no es rematado y es hecho el levantamiento del embargo y secuestro, recobra su vigencia, automáticamente, el ordenado con anterioridad.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sentado que "...Cuando se trata de liquidar la sociedad conyugal, las acciones recíprocas de los cónyuges están supeditadas, limitadas, por las acciones de los acreedores. Han de satisfacer en primer término los créditos pasivos de la sociedad conyugal, y una vez cubiertos, el sobrante es la medida de su acción de acuerdo con aquella célebre frase: "el interés es la medida de la acción". Ciertamente, no hay ley expresa que autorice la cancelación del embargo decretado a petición de la cónyuge, cuando sobreviene un embargo posterior por obra de un tercero, pero simples reglas de analogía autorizan ese procedimiento. Cuando se ejerce una acción real en juicio especial, el embargo o secuestro pone fin al decretado en juicio con acción personal (Art. 1198...") (G. Judicial, N° 271, pág. 2074).

La medida preventiva tratada puede ser previa a la iniciación del proceso, en su curso, sucesiva, o sea, decretada a medida que se presente su necesidad; v. gr.: primero sobre unos bienes, luego sobre otros, etc., en lo que es comprensible que el legítimo interesado disfruta de oportunidades múltiples para demandarla, de una posición favorablemente amplia.

La parte final del artículo comentado expresa que el Juez, al decretar las medidas preventivas de que se ha hablado, ha de tener en cuenta que ellas son establecidas especialmente en favor de la mujer, lo que no es base para negarlas a la petición del marido, puesto que la vigencia de la Ley 28 de 1932 reconoció a la mujer la capacidad que antes le desconocía el Código Civil, colocando por tanto al hombre en posición de sufrir perjuicio por actividades de aquélla y de allí que la desaparición de la aludida incapacidad, en

cuyo mérito se dijo que las medidas precautelativas son en interés de la cónyuge, baste para favorecer con ellas a su cónyuge. En donde hay la misma razón corresponde la aplicación de igual derecho.

ART. 793. — Con analogía a lo dispuesto en otras partes del Código (Art. 293, num. 3º), el artículo citado preceptúa que si no se promueve demanda dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia, que ordena medidas preventivas con anterioridad a la iniciación del proceso (debió decir más armónica y justamente que siguientes a la práctica de la diligencia) se levantan, levantamiento que debe ser hecho a petición de parte, pues ellas son accesorias y por ser tales dependen de la existencia del juicio con relación al cual sean tomadas.

Siguiendo las normas generales de la actuación no oficiosa sino provocada de los funcionarios, estimamos que dicho levantamiento es hecho en todo caso a petición de parte legítima, el que no impide que en el curso del respectivo proceso recaigan las medidas preventivas sobre los mismos bienes que antes, ya que ninguna norma legal se opone a ello.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES VARIAS

ART. 794. — Las resoluciones judiciales sobre medidas precautelativas de que trata el Capítulo precedente son de aplicación en los procedimientos de nulidad y divorcio que hayan de adelantarse ante las autoridades del orden eclesiástico, pues la legislación civil reconoce a dichas autoridades plena competencia en los asuntos cuyo conocimiento les corresponde y, en consecuencia, hace posibles las referidas medidas, cuya disposición sí es atribución propia de los Jueces comunes. En el caso de que su práctica sea solicitada ante de juicio, bastará que el peticionario capaz allegue con su súplica la demostración del matrimonio, ya que la cuestión no requiere el otorgamiento previo de caución ni otras seguridades y requisitos análogos, a diferencia de lo que ocurre en los casos generales (Arts. 273 y 274).

En relación al plazo que el peticionario goza para la presentación de la demanda suya, dispone el artículo que procede su ampliación por parte del Juez (Art. 367) a fin de que aduzca la comprobación de la introducción de la demanda ante la Curia competente, por cuanto que es claro que se trata de un caso distinto al del proceso en que sea competente el funcionario del Estado.

ART. 795. — La declaración de la nulidad de un matrimonio o de divorcio tiene el efecto de disolver y hacer precisa la liquidación de la sociedad conyugal formada por motivo de ese matrimonio y de la Ley (Arts. 113, 180, 1820 y ss. C. C., Ley 28 de 1932), liquidación a la cual se procede siguiendo las mismas reglas que rigen la liquidación de una sociedad conyugal disuelta por muerte de uno de los

cónyuges y sobre inventarios y partición de una sucesión, es decir, los artículos 863 y siguientes del C. Judicial (Ley 63 de 1936), los que serán estudiados adelante. Ahora, a la aplicación de las referidas reglas se procede una vez satisfecha la formalidad de registro (Art. 2652, num. 2°) de la sentencia que haya quedado en firme, sea de origen civil o eclesiástico.

TÍTULO XX

SEPARACIÓN DE BIENES

ART. 796. — El Código Civil reglamentó la separación de bienes (Arts. 197 y ss. C. C. Ley 8 de 1922, Arts. 2° y 3°), institución diversa en esencia al divorcio imperfecto, pero de resultados similares en algunos aspectos, porque, por ejemplo, produce disolución de la sociedad conyugal (Art. 203, C. C.), separación establecida especialmente en beneficio de la mujer por la verdadera *capitis diminutio* en que estaba sumida antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 y por la posición de total preeminencia de que gozaba el marido. De consiguiente, de la acción reglamentada en el título es titular en primer término la mujer, y de la demanda que la contenga debe darse traslado al marido por el término de cinco días para que pueda asumir la defensa de sus derechos.

Se ha discutido después de la vigencia de la citada ley de 1932, si el marido goza de facultad de proponer demanda de separación, discusión que generalmente ha sido resuelta con la afirmación de que sí es titular de la acción, con sólidas argumentaciones de uno y otro orden. En efecto "...Antes de la expedición de la Ley 28 de 1932, sólo la mujer podía solicitar la separación aludida, por la sencilla razón de que como el marido era el único que gozaba de la administración y disposición de los bienes sociales, él carecía de interés jurídico para impetrarla, pues la mujer en nada podía perjudicarlo, por no administrar y disponer ella de los bienes sociales, siéndole imposible, por lo mismo, lesionar los gananciales del marido. Pero después de la referida Ley, que operó un cambio fundamental en el régimen del patrimonio conyugal, tanto la mujer como el marido disfrutan del derecho a la separación de que se trata, para salvar los intereses de ambos en cuanto a futuros gananciales, que podrían afectarse por administración fraudulenta de uno de ellos, o por el torpe manejo de cualquiera de los mismos..." (Crónica Judicial, N° 273, pág. 2418).

Han sostenido algunos que en la actualidad y por gracia de la Ley 28 son inoperantes las disposiciones sobre la separación de bienes. Empero, estudiando con cuidado dicha ley, se llega, forzosamente a la conclusión de que ellos carecen de razón por cuanto que la liquidación que ella autoriza no excluye la participación en los gananciales al liquidarse en definitiva la sociedad conyugal, la que

sí es excluída por la separación. Abstracción hecha de que no deroga expresamente todo lo existente antes, es preciso no olvidar que su espíritu no alcanza tampoco a hacerlo. Siendo que la Ley en mención no comprende la materia propia de la separación de bienes, francamente es un error manifiesto sostener que la última carece de vigencia en la legislación.

ART. 797. — La no oposición a la demanda de separación por parte del cónyuge demandado y la presentación de prueba suficiente en derecho de la existencia de una o de varias de las causales restrictivamente señaladas para su procedencia (Arts. 197 y ss. C. C., Leyes 8 de 1922 y 28 de 1932), hace que el Juez deba decretarla dentro de los cinco días siguientes al traslado que ha de darse. El texto de la disposición comentada indica con claridad meridiana y en armonía con la ley sustantiva (Arts. 202 y conc. C. C.) que en la decisión de negocios de esa índole, deja de ser admisible la prueba de confesión, porque entra en juego en ellos no sólo el interés particular sino también el social que por sí impide acceder a la separación sin la demostración real y plena de las causales suyas, para que no desaparezca con la mayor facilidad la institución de la sociedad conyugal que impone el Estado como interesado en su conservación.

ART. 798. — Al igual que en los otros procedimientos, el cónyuge demandado posee el perfecto derecho a oponerse a las pretensiones del actor, ofreciendo prestar caución que garantice los intereses del último, lo que coloca al Juez de la causa en la obligación de suspender el procedimiento (Arts. 370 y 360) entretanto se ofrece, admite y otorga la caución, lo cual está revestido de pleno apoyo, ya que el objeto propio de la separación es el de salvaguardar los intereses de quien la pretenda, y procediendo en tal forma se logra hacerlo y se evita la necesidad de seguir adelante el proceso. La providencia admisora de la caución tiene carácter de auto interlocutorio (Art. 466, num. 2º), es apelable en el efecto suspensivo (Arts. 490 y ss.) y decidible en Sala de Decisión (Arts. 84-82).

ART. 799. — Ante la circunstancia de que el cónyuge demandado (adviértase que los dos pueden ser titulares de la acción) se oponga a los pedimentos del otro, sin ofrecer y prestar caución, es indicado recibir el juicio a pruebas por el lapso de quince días, a cuyo vencimiento se corre traslado al demandante para alegar, por cinco días y luego al demandado por igual período y se dicta la sentencia dentro de los diez días siguientes (Art. 375). Igual cosa se hace cuando la parte demandante no adjunta a la demanda la prueba requerida. Lo anotado relieva, es obvio decirlo, que la acción de separación de bienes es bastante breve sin las dilaciones de la acción ordinaria, como términos amplios de pruebas, para alegar, citación para sentencia y demás.

Por último, el artículo autoriza la decisión de la acción de separación mediante la tramitación ordinaria, lo que pone de manifiesto que el actor ha de precisar bien si intenta la especial o la ordinaria,

por la sencilla razón que en tal forma se evitan equivocaciones a pretexto de interpretación de la demanda. Lo más prudente cuando omita hacerlo, será la devolución de ella por parte del Juez con el propósito de que la aclare, medio propio de descartar errores y actuaciones irregulares.

ART. 800. — La separación de bienes es susceptible de declararse de plano, es decir, sin llamamiento inicial y audiencia de parte demandada, en la hipótesis de que el actor acompañe a la demanda copia auténtica del auto mediante el cual se haya admitido al otro cesión de bienes (Arts. 1073 y ss.), se le haya abierto concurso de acreedores (Arts. 1084 y ss.) o se le haya declarado en estado de quiebra (Arts. 121 y ss. C. C., Dto. Ejvo., Nº 750 de 1940), por cuanto que entonces aparece acreditada plenamente la existencia de una causal de separación (Arts. 200 y conc. C. C.) que hace falto de necesidad y conveniencia adelantar la tramitación de los demás casos. Debe advertirse que el auto de qué se trata ha de estar en firme, siguiendo las reglas generales (Arts. 327, 549 y conc.), pues mal podría decidirse un asunto distinto con apoyo en otro que no es firme. Finalmente, la apelación de la resolución judicial que dispone de plano la separación es en la forma prevista en el artículo 798, vale decir, la apelación de ella impide su cumplimiento antes de ser confirmada por el Superior.

ARTS. 801 y 802. — Con los mismos fundamentos que en los casos de nulidad y divorcio, en los de separación es viable disponer las medidas preventivas y bajo las mismas condiciones. Además, en los últimos son aplicables los artículos 792, 793 y 795 ya estudiados, lo que basta para omitir su nuevo estudio.

TÍTULO XXI

INTERVENCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LOS INCAPACES

CAPÍTULO I

LA MUJER CASADA

ART. 803. — Al expedirse el C. Judicial la mujer casada mayor de edad carecía de capacidad civil (Art. 176 C. C.) y necesitaba la autorización del marido para la comparecencia ante las autoridades jurisdiccionales y la celebración de determinados actos jurídicos (Arts. 181 y ss., ib.), pero en mérito de la Ley 28 de 1932, la mujer recobró su capacidad, lo que por sí hace inaplicable el artículo 803, por sustracción de materia (Arts. 248 y 249). Por lo demás, el contenido de la disposición referida es de aplicación propia en los supuestos de los artículos 813 y 827.

Presentada la correspondiente demanda, con las formalidades de

rigor se dispone correr traslado de ella al demandado, para que se presente al Despacho dentro de los tres días siguientes, en fecha y hora precisa, a explicar sus actuaciones y se actúa después siguiendo las formalidades del procedimiento verbal (Arts. 1209 y ss.). Son competentes en negocios de esa índole los Jueces de Circuito, por ser de jurisdicción voluntaria (Arts. 152, num. 1º y 109, num. 3º).

ART. 804. — Surtida la correspondiente audiencia, el Juez de la causa dicta la resolución que sea fundada, pues por ello dice expresamente el artículo que con conocimiento de causa, descartando por ello el mero arbitrio del funcionario, pues por lo mismo que se trata de asuntos de jurisdicción voluntaria, comprensivos del interés público en la protección de los incapaces, es esencial e indispensable la demostración de aquello que fundamente satisfactoriamente la autorización del acto que se quiera ejecutar, ya que sin ella serían expuestos a pérdida o lesión los intereses que se quieren proteger y burlado el espíritu de la ley.

ART. 805. — Con relación a la mujer casada mayor de edad al presente carece de aplicabilidad la disposición, pues ella goza del derecho de ejecutar por sí misma los actos que importen a sus intereses, sin intervención del marido suyo (Ley 28 de 1932). En cuanto a la menor edad se tiene que sí es de aplicación el artículo, puesto que ella es puesta bajo curaduría que se difiere en primer término a su cónyuge (Ley 28 de 1932, C. C.). "...es indiscutible que este estatuto legal (la Ley 28) eliminó la incapacidad relativa de la mujer casada otorgándole la facultad de libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan, tanto al momento de contraerse el matrimonio o que hubiese aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiese adquirido o adquiera, según el artículo 1º, de manera que hoy la mujer casada menor de edad es incapaz, relativamente, no por razón del estado matrimonial, sino a causa de la minoría de edad, con arreglo al inciso 3º del artículo 1504 del C. Civil. Por consiguiente, la citada ley sobre el nuevo régimen de bienes en el matrimonio terminó con la potestad marital, lo que quiere decir que la representación legal que tiene el marido de su mujer, no lleva anexa la facultad de administrar sus bienes..." Debe, por tanto, concluirse de todo lo expuesto que la menor edad de la mujer casada es uno de los casos en que debe proveérsele de curador, guarda ésta que, según el artículo 6º de la predicha Ley 28, debe ser deferida, en primer término, al marido, como cuando se decreta la interdicción de la misma por disipación, demencia, sordomudez o ausencia, conforme los artículos 537, 550 y 556 del C. C...." (G. J., Nº 275, pág. 2830).

De suerte que es impropio estimar derogado en un todo el artículo en estudio, conforme al cual se tramitan y deciden diversas cuestiones (Arts. 809, 817 y 826), así: de la demanda presentada se da traslado al Agente del Ministerio Público por dos días; si a ella no se adjuntan las pruebas que la apoyen o el último lo solicita, se re-

cibe el negocio a pruebas por un término prudencial (Art. 367), a fin de que se mejoren las aportadas antes o se traigan a los autos otras diferentes. Corridas esas fases del negocio, el Juez pronuncia su resolución dentro de los dos días siguientes (Art. 378), la que ha de sustentarse en las constancias de autos y no en otra cosa, ya que para ello no dispone aquél de completo arbitrio. La decisión que se dicta tiene firmeza en sí, pero no hasta el extremo de excluir otros pedimentos posteriores sobre la misma cuestión que decida y basados en circunstancias diferentes.

ART. 806. — En las anotaciones sobre los artículos precedentes del presente Capítulo se encuentra la razón para comprender que el que se anota no se aplica tratándose de mujeres mayores que no estén bajo curaduría por demencia u otro motivo, sino cuando se trata de los que lo estén. La tramitación que él dispone es la del artículo 805 (Art. 826).

La autorización del acto de que se trate por parte del Juez, por ejemplo, para la venta de un inmueble (Arts. 1810 y ss. y conc. C. C.), implica el seguimiento de las formalidades para la enajenación judicial de bienes (Arts. 1033 y ss. C. J., Leyes 176 de 1936 y 67 de 1930), o sea avalúo, edicto, pregones, diligencia de remate, aprobación, etc., sin las cuales el acto celebrado es irregular y viciado (Art. 1740 y ss. C. C.), pues ellas miran a la validez del acto mismo (son *ad solemnitatem* y no *ad-probationem*).

Como en el estudio que se hará más adelante se verá lo relativo al precio de la venta, se omite hacerlo aquí.

ART. 807. — El Ministerio Público debe ser oído en la tramitación de la súplica de enajenación del inmueble de la mujer en curaduría, lo mismo que los parientes suyos (Art. 61 C. C.), a quienes se llama en la forma personal, distinta a la emplazatoria que se usa en otros negocios (Art. 825), llamamiento en interés directo de la cónyuge e imprescindible porque en él juega el interés de la sociedad su papel y cuya omisión acarrea vicios de la actuación así cumplida (Art. 448).

ART. 808. — Según el régimen del C. Civil (Arts. 1814 y ss.), en algunos casos procede conceder a la mujer la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, en los que debe solicitar autorización judicial, para ejecutar los actos que antes fueron vistos y conforme la tramitación prevista para ellos, por lo que no se precisa comentario sobre el particular. Bástenos decir al respecto que es preciso tener muy en cuenta lo dispuesto en la Ley 28 de 1932.

CAPÍTULO II

EL HIJO DE FAMILIA

ART. 809. — La legislación civil procura proteger por todos los medios al alcance el patrimonio del hijo de familia, que es el no emancipado (Art. 13, Ley 45 de 1936), pero no hasta el extremo de

inmovilizarlo impidiendo que en determinadas circunstancias se logre con la enajenación o gravamen de lo que lo integra atender a las necesidades inmediatas de subsistencia o a la utilidad manifiesta de poderlo acrecentar (Art. 303 y conc. C. C.). Es atribución del Juez de Circuito (Art. 109, num. 3º) la concesión de la licencia que pidan el padre o la madre para la ejecución de aquellos actos, la que ejerce mediante el procedimiento reglado en el artículo 805.

La autorización de tales actos se otorga con conocimiento de causa, esto es, en atención a los elementos de convicción aportados, los que son de cargo del peticionario respectivo, el que debe demostrar su estado civil, el del hijo, aquello que apoye su súplica y determinar bien el derecho de que se trate, ya que sería absurdo acceder a una petición cuyas bases no aparezcan de autos, propiciar la ejecución de actuaciones desprovistas de razón o falsas en su fondo. La especificación concreta del derecho de que se trata es precisa para descartar la aparición de situaciones inciertas o equivocadas que son posibles sin esa determinación. Las actuaciones jurisdiccionales recaen sobre objetos ciertos y mal podría el juzgador conceder licencia para actuaciones futuras que en realidad desconoce, cuyo objeto no sea concreto y que por lo mismo pueden menoscabar el patrimonio del hijo con burla de la ley.

Art. 810. — En el evento de que al acto que vaya a ejecutarse sea de venta, él es ejecutado con intervención del juez, en pública subasta (Art. 1º, Ley 67 de 1930), de donde se infiere que hay que llenar para su verificación las exigencias de los artículos 1033 y siguientes, de la Ley 176 de 1936 y del Decreto Ejecutivo Nº 2088 de 1941.

Conviene dejar sentado aquí que los elementos probatorios aducidos han de contener la demostración del derecho del hijo de familia, por cuanto que sin su conocimiento es equivocado autorizar enajenación alguna. Por la realidad de un derecho es autorizable judicialmente su enajenación, de donde se concluye que es evidente la necesidad de esa prueba, la que evita ventas de bienes ajenos. Además, sin la aludida prueba falta la certeza indispensable para la licencia de ejecución de un acto jurídico. Así, si el peticionario pide que se permita vender un derecho concreto, trasmitir el dominio pleno y total en un inmueble, siendo que el menor sea apenas comunero; se pide la venta de inmuebles concretamente como pertenecientes al menor, siendo que en realidad aún no ha sido adelantado el correspondiente juicio sucesorio en que sea heredero. En síntesis, abstracción hecha de otras argumentaciones, la exigencia de la prueba del derecho del menor es una protección efectiva a la buena fe de los presuntos compradores.

Art. 811. — El hijo de familia puede adquirir un peculio profesional (Art. 291 C. C.) por causa del ejercicio de un destino cualquiera y en relación con el que se le considera mayor de edad (Art. 290 ib.), pero esa consideración no lo habilita para enajenar o hi-

potecar por sí mismo, sin intervención alguna, inmuebles integrantes de dicho peculio, mirados por el legislador como de mayor significación entre los bienes. Para ello requiere acudir al juez para que autorice su acto con vista de las demostraciones que aporte sobre utilidad, conveniencia o necesidad y siguiendo la tramitación dispuesta en los dos artículos precedentemente estudiados. La autorización judicial legítima, la enajenación o el gravamen, quitando el vicio que sin ella se presentaría (Arts. 1740 y ss. C. C.)

ART. 812. — La emancipación es una institución de derecho por cuyo mérito desaparece la patria potestad sobre el hijo (Art. 312 C. C.) y es de tres clases, a saber: legal, voluntaria y judicial. La primera se opera automáticamente, por ministerio de la ley, sin que para ella se precise intervención judicial (Art. 315 ib.) La voluntaria (Art. 313 ib.) requiere autorización judicial que se confiere a petición de los padres, con audiencia del hijo mediante traslado de ella por dos días, en el caso de que no firme tal petición, y del Ministerio Público por el mismo lapso. Ante la no oposición de los citados, o el trascurso del término probatorio que se concede por diez días en el supuesto de alguna oposición, el juez del conocimiento decide dentro de los cinco días siguientes, decisión que ha de basarse en las pruebas aportadas por los interesados, las que serán sobre los parentescos, la edad, la conveniencia, la necesidad etc. de la emancipación.

ART. 813. — La emancipación judicial propiamente dicha se efectúa por disposición del juez y por estas causales (Art. 315 C. C.): por maltratamiento habitual del hijo que ponga en peligro su vida o su integridad; cuando el ascendiente abandona al hijo; cuando la depravación del padre o la madre les hacen incapaces de ejercer la patria potestad; por sentencia firme contra el ascendiente y que le imponga cuatro años de prisión (a ella equivale actualmente la reclusión de que habla la disposición civil) —v. C. P. y C. de P. Penal— u otra equivalente o más grave. La acción compete a los consanguíneos del hijo, al Ministerio Público y aun al juez, y es tramitada conforme el artículo 803 y da lugar a la cosa juzgada (Arts. 317 inc. final y 315 C. C. y 473 C. Judicial.)

ANOTACIÓN FINAL

Los curadores y padres de los menores incapaces no pueden ser admitidos como postores y rematadores en pública subasta de los bienes suyos por vedarlo la ley sustantiva (Art. 501 y conc. C. C.), como medio de protección de los derechos de los incapaces, ya que no se concibe que quienes los representan legalmente vengan a adquirir sus derechos por remate, puesto que no puede llevarse la calidad que en él tiene el juez hasta negar en el acto de la subasta la representación general que tienen aquéllos. Si no fuese así, quedarían

convertidas en letra inoperante las normas que hacen nulos los contratos entre padres e hijos menores etc., con miras a su protección.

Capítulo III

EL HABILITADO DE EDAD

Art. 814. — Son personas capaces plenamente quienes han cumplido veintiún años, calidad que las faculta para la ejecución de toda clase de actos lícitos a los cuales se concede completo valor en gracia de ella, de la que están desprovistos los menores y por lo que sus actos son absoluta o relativamente nulos (Arts. 1740 ss. C. C.). Ahora, la incapacidad estriba en la presunción de falta de discernimiento de quienes no han llegado a la edad de veintiún años mencionada, lo que permite sostener que en casos especiales ha de concederse el privilegio llamado de habilitación de edad, el que produce el efecto general de capacitar al menor para la ejecución de todos los actos jurídicos (Art. 339 C. C.) que podría ejecutar siendo mayor de edad y de finalizar la curaduría del menor (Art. 343 ib.).

Condicionan la habilitación cuestionada el que la mujer menor no esté bajo la potestad marital, el que el menor no sea hijo de familia y el que haya cumplido dieciocho años, condiciones sin las cuales no puede tener lugar aquélla.

El beneficio de habilitación de edad se otorga en dos formas: una que pudiera llamarse automática o legal en favor de los hombres casados que han cumplido dieciocho años, la que no requiere formalidades especiales (Art. 340, inc. 1º), y la judicial propiamente dicha (Art. 340, inc. 2º) que se concede por el juez a petición de parte legítima y de ninguna manera oficiosamente.

De la demanda de habilitación de edad es necesario hacer notificación y traslado a los parientes del menor, en armonía con la ley sustantiva (Art. 342), por el término de tres días y en el siguiente orden (Art. 61 C. C.): 1º los descendientes legítimos; 2º los ascendientes legítimos a falta de los primeros; 3º los padres que hayan reconocido voluntariamente al hijo o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos (Ley 57 de 1887 —art. 7º, Ley 95 de 1890— art. 7º, Ley 45 de 1936); 4º el padre o la madre adoptantes o el hijo adoptivo a falta de los parientes indicados en los precedentes numerales; 5º los colaterales legítimos (Art. 44 C. C.) hasta el sexto grado, a falta de las personas indicadas antes; 6º Los hermanos naturales a falta de los parientes predeterminados, y 7º los afines legítimos dentro del segundo grado a falta también de los otros parientes. En el supuesto de que el menor sea casado se oirá a su cónyuge y si alguno de los que ha de ser oído está sujeto a potestad ajena, deberá oírse a su respectivo representante.

Art. 815. — En el caso de que alguna de las personas cuya audiencia sea precisa en la tramitación de la petición de habilitación,

se oponga o lo pida así, aun cuando el artículo no lo dice textualmente, debe recibirse a pruebas el proceso por el término de seis días, susceptible de prórroga prudencial por el Juez del conocimiento (Art. 367) y del cual pueden hacer uso todas las personas intervinientes, pues es común a ellos. Es manifiesta la conveniencia de dicho término ya que en él cabe completar la prueba incompleta inicialmente y el opositor tiene oportunidad de aducir los elementos probatorios en que se base, fuera de que el fallo debe sustentarse en las constancias de autos.

ART. 816. — Pasado el lapso probatorio, si lo hay, o el de los traslados de la demanda de habilitación, el juez decide si la concede o la deniega, atendiendo a los elementos de convicción presentados con la demanda y en el término probatorio decretado, si es el caso, y a las disposiciones legales. Ahora, si los autos no acreditan que el demandante ha cumplido dieciocho años, que está emancipado, que no sufre potestad alguna, que tiene discernimiento suficiente para obrar como persona mayor, mal puede el juzgador concederla, porque en negocios de tal índole es indispensable la prueba y no bastan, ni podrían hacerlo sin mengua de los principios sustanciales, las meras aseveraciones del peticionario de la habilitación, sobre quien pesa la carga probatoria.

La negativa que a la demanda presentada recaiga es en sí una providencia sólida, productora de efectos análogos a las demás, pero insuficiente en orden a impedir el posterior ejercicio de la acción cuestionada, pues bien se sabe que ésta no es propiamente contenciosa y que la providencia aludida apenas obedece a un estado real actual que luego puede variar, como es comprensible sin mayores esfuerzos de imaginación, de donde se infiere la claridad de lo anotado. Así, el fracaso en un proceso de quien no está emancipado no es obstáculo para pretender la habilitación después de no quedar sujeto a la patria potestad; el cumplimiento de los dieciocho años, después de haber pedido aquélla, etc.

ART. 817. — La habilitación de edad de que se viene tratando no es productora, por voluntad del mismo legislador, de efectos absolutos, pues ella no faculta al habilitado para enajenar sus bienes raíces, hipotecarlos o aprobar las cuentas rendidas por su curador (Art. 345) para proceder a lo cual precisa autorización judicial, que se concede mediante la tramitación dispuesta en el artículo 805, y verificación de la enajenación en pública subasta.

Finalmente, es de lugar anotar que la habilitación carece del mérito de investir al menor de completa capacidad procesal en relación con los litigios sobre bienes inmuebles o los de su mujer (Art. 247), lo que indica que sí la tiene para otros asuntos que se debatan ante las autoridades jurisdiccionales. Tratándose de los mencionados bienes, el menor es asistido por un curador especial.

Capítulo IV

INTERDICCIÓN JUDICIAL

Art. 818. — La interdicción judicial del disipador es establecida por la ley (Arts. 428 ss., 531 ss. y conc. C. C.) en beneficio de él, de su familia y de los terceros; es una institución de orden público porque mira a la conservación patrimonial de las personas y a la moralidad y buenas costumbres; de sólidos antecedentes históricos y consagración general en las legislaciones, y que puede considerarse como una regulación de la libertad individual en las sociedades, con fines de equidad y justicia. La interdicción es "el estado de una persona a quien se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil por mentecatez, demencia o prodigalidad, privándola en su consecuencia del manejo y administración de sus bienes y negocios, para cuyo cuidado se le nombra un curador sujeto a las mismas reglas y obligaciones que los tutores o curadores de los menores.

Tienen personería para demandar la interdicción del disipador (Arts. 32 y 533 C. C.) el cónyuge no divorciado, sus padres, los consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado (Arts. 35 y 37 C. C.), los padres, hijos y hermanos naturales (Ley 45 de 1936) y el Agente del Ministerio Público, quien debe ser oído en el proceso aunque no sea su promotor. Por último, los funcionarios diplomáticos y consulares gozan de capacidad para promover la interdicción de los nacionales de los Estados a que sirven.

La acción de interdicción del disipador se decide por el procedimiento ordinario (Arts. 737 ss.), ya que asunto de tanta significación, por uno u otro aspecto, no encaja dentro de los procesos especiales que son estrechos y no permiten un debate amplio, y en esa acción la carga probatoria pesa sobre quien la propone (Art. 534, 1757 ss. C. C.).

Art. 819. — Con audiencia del disipador y sus parientes es procedente disponer la interdicción provisional de aquél (Arts. 535 C. C.), previos los trámites de una articulación común (Art. 395), la que es esencial en todo caso. En firme la providencia que se dicte, debe registrarse al igual que la ordenadora de la definitiva, y noticiarse al público por avisos que se publican en el Diario Oficial y por carteles que se fijan en tres de los lugares más frecuentados de la cabecera en donde se siga el juicio, y en ellos apenas corresponde indicar que el individuo contra quien se toma la medida provisional, determinado concretamente, no tiene la administración de los bienes suyos (Art. 536 C. C.).

El disipador goza de la facultad de proponer levantamiento de la interdicción provisional, cuando varían las causas que la fundamenta, facultad orientada a librarlo de actuaciones abusivas y para no ligarlo a soportar dentro del juicio una situación precaria sin embargo de la variación sustancial de las circunstancias existentes

con anterioridad y que la motivan. El ejercicio de la acotada facultad exige el seguimiento de articulación.

ART. 820. — El proceso de interdicción de un alienado (Arts. 445 ss. C. C., 8º Ley 95 de 1890) o de un sordomudo (Arts. 557 ss. C. C.) es adelantada con intervención del Ministerio Público, bien en calidad de demandante o de demandado, y de los parientes (Art. 61 C. C.) del alienado o del sordomudo, a quienes debe notificarse la demanda, en lo que se observa una diferencia con el procedimiento anteriormente vigente, el que se limitaba a ordenar el emplazamiento de los parientes en mención. La admisión de la demanda, su notificación y la verificación del traslado que sea preciso, definen la primera etapa del proceso tratado y hechas ellas el juez de la causa está en la obligación de designar médicos de su confianza, que reúnan las condiciones para ejercer la medicina, para que en su presencia examinen al demente o al sordomudo, por lo menos tres veces, en diferentes días y hagan particularmente los otros exámenes que se precisen. Tratándose de una designación que independientemente hace el juez sin que en ella tengan intervención quienes actúan en el juicio, a diferencia de lo que sucede en otros eventos (Arts. 705 y 706), con lo que se evitan los notorios inconvenientes del nombramiento de los peritos por los particulares y se corresponde mejor a la suma trascendencia de la interdicción.

El dictamen pericial es rendido dentro del término que el juez señale, puesto en conocimiento de los intervinientes (Art. 719) e indispensable por tratarse de un asunto de interés social. Por tanto, no es posible suplirlo con prueba testimonial, que podrá ser utilizable en el juicio como complementaria de la pericial, pero en ningún caso como sustitutiva de ella. Tampoco la confesión basta para acreditar el asunto principal del juicio. La falta de lucidez mental en una persona, puede ser susceptible de fácil observación, pero por ello no es de aceptar que testigos la demuestren para apoyar una decisión judicial de suyo grave, fuera de que no es materia propia de la desacreditada prueba testimonial.

Sin embargo de lo que se deja anotado, parece que no es exagerado aceptar que cuando se presentan certificaciones de los jefes de manicomios oficiales sobre sujetos en ellos internados por enajenaciones mentales son aceptables como suficiente prueba, por emanar de funcionario público (Art. 632) y porque ello no atenta tal interés público sino que lo confirma por decirlo así. Francamente, cabe admitir que en la forma de una actuación como la supuesta no se desconoce lo esencial del interés público, la seguridad que él persigue.

Por otra parte, el juez del conocimiento del negocio sobre la interdicción dispone de la facultad, excepcional tratándose de asuntos civiles, de ordenar la práctica de pruebas aún no pedidas y que juzgue convenientes, en lo que se aprecia una atribución amplia y

conveniente que ojalá fuese más general, sin ligarlo a una actuación meramente provocada.

ART. 821. — La expiración del término probatorio y la rendición del dictamen pericial cierran propiamente el debate judicial, pues luego de esa expiración pasa el negocio al Despacho del juez para proferir la decisión propia de la primera instancia, la que se dicta en derecho atendiendo al sistema imperante de la tarifa legal de pruebas ya que en su confección no dispone el juzgador de facultades discrecionales que le permitan hacerlo sin atender a las consecuencias naturales de las constancias de autos. Tal fallo es revisable en gracia de la consulta suya que ha de hacer el funcionario de la primera instancia con el respectivo tribunal superior, la que es dispuesta en virtud de la protección y mayor garantía de los intereses que entran en juego en los negocios sobre interdicción y que persigue la ley con la institución de la consulta (Art. 508), no establecida de manera general.

Con las mismas bases del inciso final del artículo que precedentemente se dejó estudiado, el referido dispone que el Tribunal ante quien se consulta la sentencia de la primera instancia tiene la atribución de ordenar oficiosamente la práctica de pruebas que estime pertinentes al negocio llegado a su conocimiento y a sustentar mejor su decisión, facultad que también posee en razón del artículo 600.

ART. 822. — A la interdicción provisional del demente o el sordomudo (Art. 819) le es aplicable lo preceptuado en el artículo 792, vale decir, en ella procede disponer el embargo y secuestro de bienes, antes de iniciarse o durante su curso, medida de necesidad manifiesta por cuanto que no es factible dejar en abandono los bienes del demente o el sordomudo, expuestos a pérdida por la incapacidad de su manejo. No es exagerado afirmar que ella es de más urgencia que en los demás casos y no objeto de renuncia por parte de quien represente al demente, pues si bien es cierto que en ella hay un interés inmediato, de éste también lo es que lo hay público que es obstáculo para la aludida renuncia.

ART. 823. — La sentencia de interdicción tiene bastante analogía con las que se dictan en los procesos de alimentos (Art. 837) y de amparo de pobreza (Art. 591), y en armonía con las normas de la ley sustantiva (Arts. 543 y 556 C. C.) no produce efectos definitivos (Art. 473), o sea la excepción de cosa juzgada, por lo que el interdicto posee la facultad de impetrar rehabilitación, cesación de la interdicción suya, aun por sí mismo o por medio de quien tenga interés en ello. Las cosas se deshacen en la misma forma que se hacen, principio de derecho que en cuanto a la rehabilitación tiene completa aplicación por la sencilla razón de que para decidir sobre ella son seguidos los mismos trámites que para disponer la interdicción.

Capítulo V

GUARDA DE INCAPACES

Art. 824. — Hay varias especies de guardas de los incapaces: testamentaria, legítima y dativa, que se confieren por testamento, por ministerio de la ley y por la autoridad judicial, respectivamente (Arts. 443 y conc. C. C.). En relación con la primera (Art. 444 ss.) únicamente corresponde al juez el discernimiento, pues la designación hecha en testamento eficaz, es válida en sí misma, de completa efectividad y sólo requiere el discernimiento, acto judicial en virtud del cual se autoriza al curador para el ejercicio del cargo (Art. 463 ib.), que requiere como condición previa el otorgamiento de caución (Art. 464 ib.), fuera de que sin la confección de inventario solemne carece el curador de facultad para intervenir en la administración de los bienes a su cuidado (Arts. 468 ss. ib.) En consecuencia, carece de eficacia el discernimiento hecho sin satisfacción de sus requisitos previos.

La guarda legítima presupone la falta de la testamentaria, se da especialmente cuando es emancipado el menor por una u otra causa (Arts. 456 C. C.) y a su ejercicio son llamados, en su orden, el padre, la madre, los otros ascendientes de uno y otro sexo, los hermanos varones del pupilo, los hermanos varones de sus ascendientes (Arts. 457 ss. C. C. y Ley 45 de 1936).

La guarda dativa tiene ocasión a falta de las otras (Arts. 460 ss. ib.) y es conferida por el juez.

Para no continuar aquí en el estudio detallado de la materia de las guardas, remitimos al lector a las disposiciones del C. Civil que las reglamentan por completo, y nos limitamos a observar que en todo caso el juez ha de proceder con conocimiento de causa y audiencia de los parientes y demás personas que en aquél se designa.

Art. 825. — El juez que conoce de un negocio de nombramiento de guardador dativo, de elección de legítimo o de discernimiento de la guarda testamentaria, dispone de la facultad de ordenar la práctica de pruebas en el supuesto de que la estime necesaria para la fundamentación de su decisión, en lo que goza de entera libertad sin que los respectivos intervinientes puedan contrariarla con recursos especiales, porque en ello juega papel el interés público en forma análoga a la prevista en el artículo 600. Trátase de una atribución similar a las de los artículos 820 y 821, consecuente con la posición que en esos negocios tiene el juez, distinta a la común cuando se trata de debates judiciales que sólo tienen trascendencia económica y en que los jueces observan una actitud marcadamente pasiva en relación con la adución de elementos de convicción.

Además de lo dicho, posee facultad el juez de la causa, ante la ausencia de presentación de un curador testamentario, para disponer el emplazamiento, por edicto (Art. 309), que dura fijado el

término máximo de un mes, a quienes se crean con derecho a ejercer la guarda correspondiente. Llama la atención sobre el particular que el artículo no exige un llamamiento personal y directo a los parientes de quien va a recibir la guarda, a diferencia del artículo 820, por ejemplo.

Vencido el término prudencial que el juez señale, el que ha de ser de días (Art. 367), únicamente, y el del edicto si es el caso, pronuncia la decisión debida.

ART. 826. — No obstante ser de cargo de los guardadores la administración común de los bienes de quien está sometido a la guarda de ellos, la legislación no los autoriza para proceder por sí mismos a la enajenación de los inmuebles, a hipotecarlos, a gravarlos con servidumbres, a trasmitir o empeñar los bienes muebles preciosos que tengan valor de afección (Art. 483), a demandar la partición de las herencias o de las comunidades sobre cosas raíces (Art. 485 ib), a repudiar herencias y legados (Arts. 486 y 487 ib.), a la celebración de transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que sean justipreciados en más de mil pesos (Art. 490 ib.), a invertir el dinero dejado al pupilo para la adquisición de bienes raíces en otro objeto (Art. 491 ib.). Para la ejecución de todo lo relacionado requiere el guardador autorización judicial del juez competente, cuya falta vicia los actos ejecutados, y que se concede con conocimiento de causa, vale decir, con vista en los elementos de convicción que el peticionario aduzca, pues los aludidos actos son de trascendencia en relación con el patrimonio colocado bajo la guarda y que la ley quiere favorecer en todo aspecto, haciéndolos depender de la resolución del Juez, la que para ser favorable al peticionario ha de apoyarse en verdaderos fundamentos.

La súplica de la referida autorización se tramita conforme los artículos 805 y 806.

ART. 827. — En el ejercicio de la guarda es posible que el guardador incurra en hechos y actos contrarios a un correcto obrar en el desempeño del cargo, perjudiciales al guardado, y como si se quiere la guarda se ejerce bajo cierta vigilancia del juez y de la sociedad, procede presentarle las quejas a que haya campo a fin de que decida lo que corresponda (Art. 530 C. C.) en protección de los derechos e intereses del pupilo. Según la ley sustantiva el último citado tiene la facultad de ocurrir al respecto al defensor de menores para que intervenga en su defensa, pero como en realidad no existe propiamente ese funcionario, esa ocurrencia será ante el agente del Ministerio Público, a quien está atribuída de manera general la protección de los incapaces en interés de ellos y como vocero de la sociedad que representa. Por otra parte, acatando la doctrina del artículo 241, el menor también puede pedir la designación de un curador ad-lítem o la confirmación del que él nombre. Obsérvese que no deben confundirse las quejas con la petición de remoción de que trata el artículo siguiente.

ART. 828. — El proceso de remoción de un tutor o curador se sigue por los trámites del procedimiento ordinario (Art. 737), se apoya en las causales señaladas en la ley civil (Arts. 627 y ss. C. C.) y para promoverlo tienen personería los consanguíneos del pupilo y aún todo vecino del mismo municipio de su domicilio (Art. 630), pues en él hay un interés general que hace conceder la acción pública, a diferencia de los otros procesos, en que no se persigue la protección de los incapaces. Se tiende con ello a evitar la permanencia en el cargo de quien no ofrece garantías de su correcto y favorable desempeño, quien con sus actuaciones perjudica al menor el que por su incapacidad sufre fáciles perjuicios.

El procedimiento de remoción, de suyo grave, exige la amplitud del ordinario, pues escapa a la brevedad del especial un asunto de tanta significación, como se estima comúnmente y, además, la intervención del Ministerio Público (Arts. 159 y ss.).

ART. 829. — Tiene facultad el juez de la causa en la remoción de curadores para nombrar un curador interino por la duración del proceso que se adelante, quien excluye al propietario que no fuere ascendiente, descendiente o cónyuge, pues si lo es la exclusión no se verifica sino una simple agregación (Art. 631 C. C.), el que no tiene que llenar las formalidades de los curadores en propiedad (Arts. 465, núm. 2º y conc. C. C.) El fundamento de la disposición radica en que no es conveniente y lógico que permanezca en el completo ejercicio de sus funciones quien es sujeto pasivo de un juicio de remoción, quien por sus actos haya dado lugar a él, pues, por el contrario, la permanencia suya es notoriamente peligrosa para el menor. En verdad, la remoción exige una actuación rápida para poner los respectivos bienes a cubierto de los perjuicios que sobre ellos puedan causarse.

ART. 830. — A fin de que las acciones de remoción no sean convertidas por demandantes inescrupulosos en fácil medio de actualizar su temeridad y de causar perjuicios impunemente, el demandado, que lo es el curador, posee el derecho de solicitar que el demandante particular —que no lo será el agente del Ministerio Público, ni tampoco los parientes del menor expresamente autorizados para demandar la remoción, como es elemental, caucione (Arts. 65, 2361 ss. 2409 ss. 2432 ss. C. C.) los perjuicios que con su acción se ocasionen a dicho menor, si tal demandado no es removido. Presentada la referida súplica del actor, el juez de la causa ordena el otorgamiento de la caución pedida y señala un plazo prudencial, de días (Art. 367) para constituirla.

La no constitución de la caución no produce los mismos efectos que en otros casos (Arts. 844 y 845), el desistimiento de la acción propuesta, porque si los produjera entonces dependería la acción (Art. 428) de una formalidad de fondo económico, lo que no armoniza con su naturaleza. El efecto inmediato del no otorgamiento de la fianza, la hipoteca o la prenda, es la revocación del nombramiento

de interino (Art. 829), el que no se hace si el juez así lo estima conveniente a los intereses del pupilo, considerados de más importancia en sus consecuencias que el derecho del curador principal, y en el bien del mismo (Arts. 12 ss., Ley 45 de 1936).

TÍTULO XXII

ALIMENTOS

ART. 831. — La obligación de prestar alimentos consagrada en la legislación civil (Arts. 411 y ss. y Ley 45 de 1936) en beneficio de ciertas personas, se hace efectiva mediante la tramitación dispuesta en el presente Título, en esencia distinta a la ordinaria, pues es bastante breve como corresponde a la naturaleza de tal obligación, a los intereses que en ella entran en juego, los que no encajan dentro de las dilaciones propias de los procesos ordinarios y justifican en un todo la reglamentación del Capítulo.

Existen dos clases de alimentos, ya que unos son congruos y otros necesarios (Art. 413 C. C.) por lo que la demanda sobre ellos, además de llenar las exigencias comunes (Art. 205), ha de indicar qué clase de alimentos pretende el peticionario, su cuantía y la forma de pago que quiera, porque así se define mejor la constitución de la *litis contestatio,* sobre que ha de recaer la actividad jurisdiccional y se determinan con precisión las cuestiones a que se llama a debatir en juicio al demandado. La omisión de cualquiera de esas exigencias hace imperfecta la demanda presentada y necesaria la disposición de su corrección antes de ser admitida, pues si no se obra así se ocasionan posteriormente dificultades y errores que es preciso prevenir.

Al demandado, al igual que en los demás supuestos, se le confiere traslado de la demanda, por el espacio de tres días a fin de que defina su conducta con relación a la acción que se propone en su contra y para que la sentencia que deba dictarse valga contra él.

ART. 832. — El demandado por alimentos es libre para asumir una conducta en un sentido o en otro con relación a la pretensión del demandante, y así puede aceptarla u oponerse a ella totalmente desconociendo el derecho del actor o sólo la forma de pago y su cuantía. La oposición suya requiere la apertura del juicio a pruebas por el término de diez días, para que los litigantes demuestren los hechos y los actos en que se apoyan. Entonces corresponde al actor demostrar que se halla en estado de desposición, por una u otra causa, el parentesco con el demandado, su solvencia, etc., y al opositor la indignidad del primero para la percepción de alimentos, que posee lo necesario para la subsistencia, etc., pues así obra la carga probatoria en tales casos. Por tanto, si el actor no acredita lo que basa la prestación de alimentos, fracasa en su pretensión, como tam-

bién el opositor si hechas las comprobaciones de cargo del demandante omite establecer que en él concurre indignidad, etc.

ART. 833. — La decisión del proceso de alimentos es rápida, pues el juez la dicta una vez corrido el término de traslado o el probatorio, si ha habido oposición, dentro de cinco días, decisión en la cual puede aprovechar la confesión y el asentimiento del demandado, por cuanto que no se trata de asuntos de la significación de los de divorcio o nulidad del matrimonio en los cuales no son admisibles la confesión y el asentimiento de las litigantes. La brevedad del término se justifica en el artículo porque las cuestiones sobre que se decide no permiten el período más o menos amplio de los demás casos (Art. 375).

El fallo condenatorio ha de contener la determinación de la forma y cuantía en que los alimentos deben pagarse en armonía con lo preceptuado en el C. Civil (Art. 423 y cds. C. C.), por lo que no es propio que para aquélla se disponga seguir el procedimiento del artículo 553 del Código estudiado.

ART. 834. — La apelación de la sentencia ordenadora de la prestación de alimentos es en el efecto devolutivo, porque el legislador mira como parte débil a quien los reclama y por tratarse de un asunto que requiere inmediata eficacia, pues en él está comprometida la subsistencia del alimentario y por tanto próximamente el interés social que veda las demoras propias de la apelación en el efecto suspensivo. Ella está bien en otra clase de procesos, pero no cuando entra en juego un interés superior de necesario acatamiento. Bien se sabe que por la apelación en el efecto devolutivo no se impide la ejecución de la providencia dictada (Arts. 490 ss.) y en ello cabe apreciar también la base de lo expuesto. No sobra expresar que si a pesar de lo preceptuado, se concede la apelación en el efecto suspensivo, la parte contraria al apelante está en capacidad de reclamar contra ella y el Superior no queda ligado a decidirla de fondo sino que debe devolver las diligencias a la oficina de origen para que se conceda el recurso correctamente, pues la competencia se concreta por el recurso concedido en forma legal.

ART. 835. — En aplicación del artículo 423 el juez tiene facultad para disponer que el valor de los alimentos sea el monto de los intereses de un capital que se deposite en un establecimiento bancario por el obligado a ello, y si no lo es dentro del plazo de diez días, que es el máximo que se concede en la sentencia, se dispone el embargo y remate de los bienes del deudor para la obtención del capital señalado, que se hace con las formalidades previstas en los artículos 1033 y ss.

El artículo no hace distinción alguna, pero es evidente que en cuanto al término referido son de influencia las causales de suspensión (Arts. 369 y 370) y que como el remate acarrea un gravamen irreparable no es propio disponerlo antes de la confirmación de la sentencia apelada aún cuando el recurso se conceda en el efecto de-

volutivo, según el artículo anterior, por las razones expuestas al comentar el artículo 499.

ART. 836. — Antes de la sentencia definitiva sobre el derecho a alimentos es factible reconocerlo provisionalmente, pues el legislador trata de proteger a la mayor rapidez al demandante de ellos en alivio de su situación precaria, para que no tenga que vivir de la caridad pública entre tanto se reconoce en un fallo de fondo la obligación del demandado, para que por su misma falta de medios con qué satisfacer las necesidades suyas no fracase en la acción. El C. Civil en su artículo 417 autoriza la declaración provisional del deber de dar alimentos, y a hacerlo efectivo tiende la disposición procesal en estudio al ordenar que la súplica que se presente sobre el particular es sustanciada en articulación (Art. 395), pero reducido el término probatorio a tres días.

Ahora, la ordenación provisional procede hacerla de plano, con vista de la petición, en caso de que se cuestione el derecho a alimentos legales propiamente dichos, establecidos en la ley con independencia de las personas obligadas a solucionarlos, bajo condición de que con la demanda se aduzca la prueba del estado civil y de que sean pedidos por parentesco. Al respecto se ha discutido si la demanda de un cónyuge contra otro basta para ordenar los alimentos de plano, y niegan algunos que las relaciones entre los cónyuges no encuadran dentro de la definición de la legislación civil del parentesco (Arts. 35 y 36 C. C.) No obstante, la jurisprudencia, con recto criterio de equidad y justicia, sostiene la afirmativa, argumentando con base en el derecho canónico, que considera a los dos cónyuges como "una sola carne", en las relaciones de ellos mismos, en su significación en la vida social y en la jurídica, en sus obligaciones recíprocas y en que con ello no se desconoce ningún principio sustancial.

El incidente de que se trata difiere de los otros en que es proponible con la misma demanda principal y en que la resolución de que se presten alimentos es apelable únicamente en el efecto devolutivo, lo que significa que se cumple aun antes de ser confirmada, aun contra la voluntad del obligado, quien puede ser compelido a la ejecución de su obligación con apremios y multas (Art. 188.)

ART. 837. — Las circunstancias que basan una sentencia sobre prestación de alimentos carecen de la calidad de definitivas en relación con el alimentante y el alimentario, de donde se infiere que la sentencia dicha deba correr la suerte de la situación que la apoye, por lo menos en sus efectos. El estado de desposesión de medios de subsistencia que sufra el último mencionado, fuera de ciertos vínculos de que habla la ley sustantiva (Arts. 411 y ss. C C.), genera el derecho a alimentos, congruos o necesarios, según el caso (Art. 413 *ib.*), el que finaliza justamente por la variación de aquel estado, por desaparecer la causa real del suministro de ellos. Análogamente, la insolvencia del alimentante hace injusto que continúe

pesando sobre él la obligación de prestar alimentos totalmente o en una cuantía dada. También el aumento de las posibilidades económicas del obligado a prestar alimentos, hace infundado conservar la obligación de una prestación escasa por concepto de ellos. Todo ello demuestra lo razonable de la disposición en estudio sin que quepa argumentar en contrario la estabilidad de las sentencias y el principio de la cosa juzgada, porque es equivocado y empírico a nombre de esos conceptos conservar una situación carente de verdadero apoyo, lesiva de la equidad y la justicia, fuera de que no debe olvidarse que la acción de que trata el artículo no se dirige contra la sentencia dictada antes, en sí misma, sino a hacer cesar sus consecuencias por razón de acaecimientos posteriores que tienen en sí consecuencias de derecho que han de reconocerse, para la no consagración de la injusticia en las instituciones. En cuanto a tal sentencia no ocurre lo mismo que en relación con las otras (Arts. 473 y 591).

La acción de finalización o variación de la obligación de dar alimentos es de competencia del juez que la haya declarado antes, se une a la actuación anterior sobre ellos, es viable cuantas veces aparezca causal que la sustente y sometida al mismo procedimiento que la acción inicial. En el ejercicio de la facultad de finalización o variación del derecho a alimentos la carga probatoria pesa sobre quien la instaura, en aplicación de los principios generales (Arts. 593 y 210, C. C.) ya que no sería de ninguna justicia arrojarla sobre el demandado para forzarlo a la demostración de hechos negativos e indefinidos.

El recurso de apelación que procede contra la sentencia dictada en relación con lo tratado es en el efecto suspensivo (Arts. 490, 500 y 501), tal vez por la consideración que se hace al alimentario y sobre todo porque se está en frente de los efectos de un fallo anterior que no deben desaparecer sin una providencia en firme. En el particular difiere el artículo con el 834, aun cuando se apoya en idénticos principios.

TÍTULO XXIII

BIENES VACANTES Y MOSTRENCOS

ART. 838. — Define el artículo 706 del C. Civil que "son bienes vacantes los bienes inmuebles que se encuentran dentro del territorio respectivo a cargo de la Nación, sin dueño aparente o conocido, y mostrencos los bienes muebles que se hallen en el mismo caso". Tales bienes para ser de la naturaleza dicha requieren la ausencia de dueño aparente o conocido, en primer término, como se desprende del texto mismo del artículo transcrito, pues si existe dueño conocido dejan de ser tales. Se diferencian de los baldíos en la destinación de éstos, los que pertenecen a la Nación inicialmente y no re-

quieren para hacerlo el haber integrado antes un patrimonio privado, condición que sí exigen los bienes mostrencos y vacantes (Arts. 44, 74, 78 y ss. C. Fiscal, Ley 200 de 1936). También se distinguen los últimos de los bienes ocultos que son aquellos sobre los cuales se haya hecho oscuro el carácter de propiedad nacional por cualquier causa (Arts. 28 y ss. C. Fiscal).

Fué dicho en el párrafo precedente que es condición indispensable que falte un dueño aparente sobre los bienes cuyo carácter de mostrencos se cuestione, y de allí que sea impropio a todas luces accionar contra un poseedor de ellos, sea su posesión de una u otra clase, porque él está amparado con la presunción legal de considerarlo dueño de lo poseído (Art. 762 C. C.), presunción que por sí descarta la inaparencia de dueño exigida por la norma civil vista. Al respecto ha expresado la Corte: "...La acción de bienes vacantes sólo puede ejercitarse contra un tenedor o detentador de la cosa, pero tal medio judicial debe quedar enervado ante un poseedor. De allí que los tratadistas modernos estimen que esta clase de bienes tiende a desaparecer en los tiempos actuales" (G. J. Nº 1949, pág. 399.)

La viabilidad de la acción en estudio, depende, pues, de los siguientes requisitos: —un dominio particular anterior del bien; su abandono, en el sentido jurídico del vocablo; actualidad de él, y falta al momento de la demanda de dueño aparente o conocido.

La demanda que se presenta ha de dirigirse contra el tenedor de la cosa de que se trate, en el supuesto de que exista, a quien es notificada, pues si no existe deja de ser indispensable el acatamiento de las normas comunes (Art. 205) y entonces la demanda se dirige contra, sin concretarse, los sujetos que se emplazan según el artículo 840.

En armonía con el artículo 82 de la Ley 153 de 1887, pertenecen a los Municipios los bienes mostrencos o vacantes que se hallen dentro de sus límites, salvo lo dispuesto en el artículo 129 de la misma ley, el que trata de los censos vacantes que soporten algún gravamen a favor de algún objeto pío, de educación o beneficencia. De ello se deduce que la acción de vacancia pertenece o es en favor de los Municipios, motivo bastante para que resalte que es francamente erróneo señalarlos como sujetos pasivos de ella, por cuanto se llega al absurdo de que una persona sea a la vez parte actora y opositora en un mismo proceso. Al respecto la jurisprudencia de la Corte tiene sentado que: "la acción de vacancia de un inmueble en ninguna circunstancia puede enderezarse contra el respectivo municipio, señalándolo como demandado, ya en su condición de simple tenedor, ya como poseedor. Consagrar la tesis contraria y convenir en que un particular puede asumir el puesto de actor en un juicio de bienes vacantes y señalar al Municipio como demandado, sería tanto como consagrar el absurdo de que se comparece en nombre y beneficio de una persona y se le asigne a ésta misma el papel de oposito-

ra y demandada, con el fin de obtener una declaración judicial que la perjudique. Si por consagración expresa de la ley pertenecen a los municipios todos los bienes vacantes comprendidos dentro de su territorio, no se concibe que un particular aspire a obrar judicialmente en colaboración con un Municipio, ya de parte de la cosa misma, en el evento de quedar como comunero de él (Art. 843 C. J.), ya del dinero que le pague por valor de la misma cuota, a título de precio de sus gestiones" (G. J. Nº 1949, pág. 399.)

ART. 839. — La acción en estudio tiene por titulares suyos a los municipios, pero posee además cierta calidad de popular (Arts. 28 ss. C. F.) que permite incoarla a las personas particulares, y cuando lo hacen, es de necesidad notificarla y dar la demanda en traslado por tres días al respectivo personero municipal, representante natural de la entidad Municipal (Arts. 179 y conc.), a fin de que la coadyuve, si lo tiene a bien, pues es bien explicable que se llame al proceso a la persona más interesada en la acción. Por lo demás, la omisión de ese llamamiento, cuando el Personero no ha entablado la acción, acarrea en la actuación vicio de nulidad (Art. 448) que la hace ineficaz.

ART. 840. — De la demanda en acción de vacancia se da conocimiento al público por medio de un edicto (art. 309) emplazatorio de las personas que tengan interés en intervenir en el proceso en el que ha de hacerse la determinación concreta y cierta de los bienes perseguidos en ella, que se fija en la Secretaría del Juzgado del conocimiento por espacio de dos meses, en tres de los lugares más concurridos de la cabecera en donde sea adelantado el proceso y del correspondiente a la ubicación de los bienes. Además, ha de ser publicado por tres veces en un periódico particular y en el Oficial del Departamento, de la Intendencia o de la Comisaría en donde se agite el juicio y ante su falta en el Diario Oficial.

El aludido edicto debe contener, por otra parte, la expresión de que corridos treinta días a contar de su desfijación —más propiamente del momento en que debe cumplirse, porque el que lo sea después de él está lejos de indicar consecuencias jurídicas— se tendrán por llamados legalmente al juicio quienes se crean con derechos sobre los bienes denunciados como mostrencos o vacantes.

Es claro que el edicto mencionado ha de satisfacer plenamente las exigencias del artículo, pues de lo contrario es irregular y por serlo no genera los efectos que se propone con él la legislación, pues él es trascendente en todos los procesos de la índole estudiada, de donde se infiere que en la hipótesis de que adolezca de alguna irregularidad, lo indicado es confeccionar nuevo edicto para así satisfacer bien las formalidades procesales y el impulso normal de la actuación.

ART. 841. — La situación de abandono que por lo común tienen los bienes vacantes y los mostrencos hace indispensable la adopción de medidas judiciales tendientes a su conservación para que no

desaparezcan, como es obvio y para que el correspondiente juicio no sea ilusorio en sus efectos, ya que ellos están expuestos por su calidad a fácil desaparición. La admisión de la respectiva demanda obliga al Juez a disponer el secuestro de tales bienes, aun de manera oficiosa si no ha sido solicitado en ella y sin el otorgamiento previo de cauciones, como en los demás casos, de los cuales se diferencia ese secuestro (arts. 273 ss. y 1003 ss.). Al mentado funcionario compete la designación del secuestre a diferencia también de los otros casos (art. 285).

La entrega de lo ordenado secuestrar al secuestre se lleva a efecto siguiendo las reglas generales; pero no se hace cuando se encuentra en manos de persona que alegue algún derecho sobre ello (arts. 278 y 1021), supuesto en el cual se le dejan y se le previene que comparezca al juicio, prevención que tiene el mérito de hacer que la sentencia que se dicta luego produzca efectos contra la persona prevenida, a la cual no conviene a ser extraña esa persona. Ahora, la alegación suya ha de implicar oposición al secuestro.

Análogamente a lo anotado se procede cuando lo denunciado como vacante o mostrenco ha sido secuestrado antes y está vigente el secuestro (art. 280).

ART. 842. — El vencimiento del emplazamiento, en el evento de que algún interesado haya formulado oposición a la declaración de ser mostrencos o vacantes determinados bienes, hace necesaria la recepción a prueba del negocio en la misma forma que en el proceso ordinario (arts. 737 y ss.) y su tramitación posterior como tal. Ello es debido a la necesidad de acudir a los términos y modalidades amplios de ese juicio, pues la oposición indica una controversión directa sobre propiedad que por ser tal escapa a los límites estrechos, si se quiere, del procedimiento especial, fuera de que si no fuese así se colocaría muchas veces a verdaderos propietarios en situación lesiva de sus derechos, constriñéndolos a discutir el de mayor importancia dentro de límites escasos con demérito de la estabilidad del mismo. Se trata de un precepto imperativo cuyo desconocimiento por incumplimiento vicia de nulidad la actuación cumplida de esa manera.

ART. 843. — Ante la no presentación de opositor, su desistimiento o la comprobación de que en realidad son vacantes o mostrencos los bienes perseguidos como tales, sin embargo de la oposición, se dicta sentencia de adjudicación de ellos en beneficio del Municipio en donde están situados, en aplicación de la disposición que fué vista antes, o de aquél y del demandante particular, en la proporción que corresponda (arts. 708 y conc. C. C.). La sentencia, sujeta al registro si trata de bienes vacantes (art. 2652 núm. 2º), constituye un título de dominio en favor de quienes se pronuncia, produce efectos generales y contra los intervinientes en el juicio (art. 473), salvo lo dispuesto en la parte final del artículo 845, pero

no contra el dueño que no intervino en él, en armonía con la ley sustantiva.

ART. 844. — En gracia del artículo, quien tenga en el proceso la calidad real de opositor dispone de la facultad de exigir que el demandante caucione los perjuicios que con la acción le pueda causar, lo que decreta el Juez con la prevención al actor de que si no los cauciona dentro de los seis días siguientes a la notificación de la providencia (art. 366) se le tiene por desistido de su acción (arts. 1461 y ss.). En ello se aprecia un desistimiento tácito y productor de los mismos efectos que el expreso.

Ante la circunstancia de que haya varios opositores con intereses independientes entre sí, a cada uno de ellos asiste el derecho de exigencia de caución, la que pueden solicitar independientemente también. En consecuencia, si en la otorgada primero a petición de un opositor no se garantiza el derecho del otro, éste puede exigirla a su vez después.

Omite el artículo comentado determinar hasta qué momento cabe la exigencia de caución, pero ello no origina mayores dificultades en atención a que ella es susceptible de calificarse como un incidente y que, por tanto, es aplicable la doctrina del artículo 394 que sienta la regla general de que los incidentes son proponibles hasta la citación para sentencia y que mejor cuadra con la equidad y los principios generales en la definición de lo anotado.

Por último, parece lo más apropiado que el desistimiento de que trata el artículo se constate en un auto, mejor dicho, que después de pasados los seis días que concede para el otorgamiento de la caución, se dicte providencia para constatar dicho desistimiento porque así se cumple una actuación ordenada que evita situaciones equívocas y se define mejor la situación procesal que se crea.

ART. 845. — El actor goza justamente del derecho de exigir al opositor caución de responder de los perjuicios que le causa con su oposición, a fin de descartar oposiciones temerarias y la lesión de su derecho, la que se ordena por el Juez al opositor para que la otorgue dentro del plazo de seis días, bajo sanción de estimar desistida la oposición. Estimada así, entonces no es menester seguir el proceso ordinario sino proceder conforme lo dispuesto en el artículo 843, actuación armónica con las normas jurídicas, sin perjuicio de que el opositor desistente haga valer su derecho por la vía ordinaria.

Esto se sustenta en que el legislador estima exagerado hacer depender la conservación del derecho de los propietarios de una simple caución y para proveerlos de mayores garantías. Además, resalta en ello la relatividad de la sentencia de adjudicación pronunciada por el desistimiento ficto o presunto y que quien la sufre al acudir a la vía ordinaria en defensa suya asume la calidad de actor.

La providencia ordenadora de una caución, tiene marcado ca-

rácter interlocutorio (art. 466 núm. 2º) y en el cumplimiento suyo han de observarse las reglas de la legislación civil (arts. 2361 y ss., 2409, 2432 y ss. C. C.) lo mismo que en la calificación de la aludida caución.

ART. 846. — La competencia sobre los bienes vacantes y mostrencos pertenece al Juez del Circuito por ventilarse en juicio sobre ellos un asunto de interés público de los Municipios (art. 109), competencia privativa (art. 152 núm. 11) e improrrogable (art. 153), pero cuando valen menos de trescientos pesos (art. 196) la competencia corresponde al Juez Municipal de su ubicación y los términos de que tratan los artículos 840 y 842 se reducen a la mitad, fuera de que se prescinde de las publicaciones del edicto en periódicos particulares. Por tanto, la fijación del edicto emplazatorio es de un mes, el término posterior a él para estimar emplazados a todos los interesados es de quince días, lo mismo que el probatorio en caso de oposición, etc. Todo lo anotado encuentra justificación en la conveniencia de mayor brevedad y economía en la tramitación y decisión de cuestiones de escasa significación.

TITULO XXIV

CAPELLANÍAS

ART. 847. — Las capellanías, instituciones de antiguo origen histórico, son entidades en cuyo mérito se destina un acervo patrimonial con el fin de que se cumpla una obligación de carácter espiritual, comúnmente el mandar decir misas y que representan un beneficio de orden económico generalmente para quienes las ejercen, La Ley 105 de 1890 en su artículo 324, dijo: "Para los efectos civiles, llámanse en general capellanías las fundaciones que se hacen con el objeto de que se digan misas o se ejerzan ciertas obras piadosas relacionadas con el culto. Cuando los bienes y rentas afectos a la fundación no se ceden a una congregación o corporación religiosa, sino a particulares, con la sola carga de mandar decir las misas o hacer las obras piadosas designadas en la fundación, las capellanías se llaman laicas y también mercenarias, profanas, patronatos de legos, legados píos y memorias de misas. Si la fundación tiene por objeto establecer para uno o más individuos que sigan la carrera eclesiástica una renta por razón de su oficio, en ciertas condiciones estatuídas por el fundador y con la aceptación o aprobación del respectivo Prelado eclesiástico, la capellanía se denomina colativa."

Las capellanías son de varias clases según su fuente, esto es, la persona y voluntad del fundador, la forma de funcionamiento, las normas a que se someten y las finalidades perseguidas, división que tiene su importancia, pero para este estudio basta observar

que las capellanías de carácter eclesiástico se rigen por el derecho canónico y con relación a ellas son competentes las autoridades eclesiásticas (Art. 16, Ley 153 de 1887, Concordato), con exclusión de las civiles, las que únicamente tienen competencia en cuanto a las capellanías llamadas laicas.

Para la provisión de capellán o patrono de las últimas se requiere en primer término que con la demanda aduzca el demandante la demostración de la existencia de la capellanía y de la ausencia de capellán, por cualquier causa, formalidad que implica el fundamento de la acción para evitar procedimientos sin apoyo. En consecuencia, la omisión por parte del demandante de aportar tal prueba genera la consecuencia de la inadmisión de la demanda, pues el Juez carece de facultad para su admisión cuando no se llena la exigencia legal y en el supuesto de que la haga extralimita sus atribuciones propias. Ciertamente, la falta de capellán justifica la acción sobre provisión, de donde se infiere la razón de lo estudiado.

Art. 848. — El Juez de la causa, para conocer de la cual es competente el de la situación de los bienes materia de la Capellanía (art. 152, núm. 10), de modo improrrogable (art. 153), dispone el emplazamiento de las personas que se crean con derecho a la capellanía o al patronato, por medio de edicto de llamamiento a ellas, que dura fijado en la Secretaría por un mes, que se publica en carteles y en un periódico de la localidad, y en su defecto en uno de la Capital del Departamento, Intendencia o Comisaría, respectivos, y ante su falta en el Diario Oficial. El edicto es fijado en el Juzgado donde se siga el juicio y en el Municipal de la situación de los bienes, en el supuesto de que sea distinto al lugar en donde actúa el primero.

Art. 849. — Pasado el emplazamiento, el juicio es seguido por la vía ordinaria (art. 737) con quienes hayan comparecido y presenten, si no aparece ya de autos, la prueba en gracia de la cual se legitime su intervención, pues sin embargo de que dicho emplazamiento es general, no por ello se concluye que la intervención en el juicio pueda ser caprichosa, o sea, sin un verdadero interés jurídico que la sustente. De suerte que ante la falta de la aludida prueba es equivocado hacer la admisión de la intervención de determinada persona, la que debe desecharse en el evento de que no la haga satisfactoriamente.

Art. 850. — La no comparecencia de ninguna de las personas emplazadas de conformidad con el artículo 848 es generante de la designación por parte del Juez del conocimiento de un curador *ad-litem* (art. 240), el que ha de reunir las condiciones previstas por las leyes reglamentarias de la abogacía (Ley 62 de 1928 y 21 de 1931) y que representa a los individuos ausentes, representación en la cual ha de velar por sus intereses como es obvio. Es requisito para la procedencia de esa designación la no comparecencia de ninguna de las personas emplazadas, pues si alguna comparece a represen-

tar en el juicio deja de ser correcto el nombramiento de curador *ad-litem*. Esa curaduría ofrece un carácter especial porque es dada a personas no conocidas y determinadas con certeza.

ART. 851. — La declaración de patrono o capellán de un patronato o de una capellanía puede interesar a varias personas a las que se les reconoce el derecho de intervenir en cualquiera de las etapas del proceso que se adelante sobre el particular, bajo condición de que la intervención suya, en el supuesto de que la hagan, no retrotrae por sí la actuación cumplida con anterioridad, pues el emplazamiento que se hace la legitima, fuera de que el impulso procesal y su estabilidad no deben quedar sometidos a la voluntad de una intervención que implica que quien la hace adquiere la calidad de parte en el juicio, distinta a la autorizada en el artículo 233.

TÍTULO XXV

EXPROPIACIONES

A través de las legislaciones siempre ha existido en una u otra forma la institución de la expropiación, acto en gracia del cual se desposee a un sujeto en interés público de su propiedad, pero mediante justa indemnización, con lo que viene a ser aquélla un simple cambio de objeto del dominio. La expropiación, aceptada por la generalidad de las legislaciones y las escuelas en aplicación del principio de que el interés individual debe ceder ante el público o social, se diferencia de la simple venta en que ésta es voluntaria y aquélla forzosa, de la confiscación en que ésta excluye la indemnización que implica en general la otra. En la Constitución patria, por virtud del Art. 10 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936, se dispone: "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara."

La expropiación presupone un precepto general de orden consti-

tucional, la disposición legal que defina el caso de que se trate como de utilidad pública, la resolución de carácter administrativo que la disponga, indemnización previa y decisión judicial. Dicho lo anterior, corresponde entrar en el estudio breve del articulado del título, no sin advertir que al final se relacionarán las leyes sobre expropiación que al presente rigen, forma quizás de más utilidad en atención a que escapa a los límites del presente trabajo hacer el estudio demasiado detallado y minucioso de la materia acotada.

La expropiación es ante todo de carácter administrativo, pero en la República no está atribuído su conocimiento exclusivo a las entidades administrativas y contencioso-administrativas (Ley 167 de 1941) sino al Órgano Judicial, el que conoce de la respectiva acción, que es de naturaleza real.

ART. 852. — El sujeto pasivo de la acción de expropiación es el dueño de los bienes a que se refiere, o todos los que posean derechos reales en ellos, por idénticas razones a las expuestas en el comentario de los artículos 866 y 873, de forma que contra esas personas debe dirigirse la correspondiente demanda que, fuera de la satisfacción de las normas vigentes respecto de todas (art. 205), debe ser acompañada de la resolución de la autoridad del orden ejecutivo que decretó la expropiación, de los documentos que la apoyen y de un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la propiedad y libertad del inmueble o con la atestación de que no está inscrito, el que tiene por finalidad determinar mejor la persona de los demandados. En la hipótesis de que los documentos relacionados no sean acompañados a la demanda ya mencionada o de que ella no reúna los requisitos que debe reunir, es impropio admitirla y darle curso y lo fundado es devolverla para su corrección.

ART. 853. — De acuerdo con las normas de la ley sustantiva, quien es arrendatario en virtud de un contrato celebrado posee el derecho para que en casos de expropiación se le conceda término para aprovechar las labores iniciadas y percibir los frutos suyos o para que se la abonen los perjuicios cuando la expropiación es urgente y el contrato, que conste en escritura pública, sea relativo a varios años aun no vencidos (art. 2018 C. C.). Todo ello muestra que la acción de expropiación ha de ser dirigida contra ese arrendatario a fin de que las providencias jurisdiccionales que en ella recaigan le perjudiquen y para no menoscabar, sin llamarlo a juicio, sus legítimos derechos.

El usufructuario (art. 859 C. C.), el comprador de cosa mueble en feria o en almacén (art. 947 *ib.*), el poseedor vencido (art. 970 *ib.*), el vendedor del insolvente (art. 1882 *ib.*), el arrendatario (art. 1995 *ib.*), el arrendador (art. 2000 *ib.*), el mandatario (art. 2188 *ib.*), el comanditario (art. 2210, 2218, *ib.*), el depositario (arts. 2258 y conc., *ib.*), el acreedor prendario (art. 2421 *ib.*), el acreedor anticrético (art. 2463), el acarreador (C. de Co.), quien es vencido en juicio posesorio (Ley 200, de 1936, Dto. Ej. Nº 57 de 1938)

gozan del derecho de retención de la cosa que está en su poder hasta tanto les sean cubiertos ciertos créditos existentes en su favor, derecho calificado de real por la mayoría de los tratadistas con saliente fundamento, y que hace preciso que la demanda expropiatoria sea dirigida contra los citados, por idénticas razones que cuando se trata del arrendatario referido en el párrafo anterior.

ART. 854. — La demanda de expropiación tiene por objeto inmediato el dominio del bien que se persiga con ella, por lo que se comprende que la inscripción que de ella ordena el artículo —similar a la dispuesta en el artículo 740 en armonía con el 42 de la Ley 57 de 1887 y distinta a la de los artículos 865 y 873— produce la consecuencia de retirar el bien de que se trate del comercio haciendo ilícita su enajenación por los sujetos demandados y de allí que si en el hecho lo venden y se registra la correspondiente escritura, esos actos posteriores a la inscripción adolecen de nulidad y en consecuencia carecen de eficacia jurídica. Es la celeridad necesaria de la expropiación la que por sí hace más indispensable la inscripción para que no se malogren sus resultados ni haya facilidades de entrabar el normal impulso procesal de la acción.

De la demanda entablada se corre traslado al demandado por tres días, en el caso de que sea uno solo, pues si son varios el traslado se da a cada uno de ellos por ese término, de manera sucesiva, a menos que el demandante haya presentado varias copias de ella en conformidad con el artículo 200, puesto que en este último supuesto los traslados son simultáneos.

Una vez corridos los traslados se recibe el juicio a prueba por el término de cinco días común a las partes.

ART. 855. — Ante la ocurrencia de que pasen diez días sin encontrar en el lugar del juicio alguno o algunos de los demandados, debe nombrarles, el Juez del conocimiento, un curador *ad-litem*, en consideración de aquélla, y sin otras formalidades o requisitos especiales (art. 317) como en otros casos. Sin duda alguna, para hacer el nombramiento deben los funcionarios obrar prudentemente, haciendo que por parte de sus subalternos sean cumplidas las diligencias propias a la búsqueda para la notificación de los demandados en el lugar de su residencia, ya que ése es el medio racional de evitar sorpresas lesivas de los derechos legítimos de los demandados aludidos. El curador designado lleva en el litigio la personería de aquéllos hasta su finalización o hasta que se presenten a intervenir por sí mismos o por medio de apoderado.

Igual cosa a la expuesta en el párrafo anterior se hace en el caso de demandados inciertos, que son por ejemplo los accionistas de una sociedad anónima de acciones al portador y disuelta, los herederos de una persona fallecida, etc., pero en ningún caso los que posean derechos reales en el bien que trate de expropiarse, porque ellos se conocen por el certificado exigido por la parte final del artículo 852.

ART. 856. — La sentencia (es más propiamente un auto) se dicta

una vez corridos los traslados de rigor o el término probatorio, en el supuesto de que haya oposición, y para ella dispone el Juez del plazo de cinco días (art. 375) a contar desde el momento en que el negocio entra a su despacho (art. 121, num. 1º). Contra ella es viable el recurso de apelación (arts. 490 y ss.), en el efecto suspensivo cuando niega la expropiación y en el devolutivo cuando lo ordena, diferencia explicable si se tiene en cuenta que la primera hipótesis no muestra la necesidad de que los autos permanezcan en manos del inferior, porque entonces no hay ninguna actuación que deba llenar antes de decidirse el recurso, y en cambio en la segunda la naturaleza del asunto hace conveniente que la sentencia se cumpla cuanto antes, en gracia del interés social, evitando las dilaciones propias de las apelaciones en el efecto suspensivo. Tal vez obren en este particular con mayor razón las bases para la concesión de la apelación en el efecto devolutivo.

ART. 857. — Decretada la expropiación se previene a ambas partes para que nombren peritos (art. 705 y ss.) que justiprecien el valor de la indemnización que debe hacerse por ella al demandado o a los demandados, caso de ser varios. En este supuesto la labor de los peritos se concreta a determinar un monto total y lo que representa económicamente el derecho que tenga cada uno de ellos. Así, determinarán lo que corresponda por indemnización al nudo propietario, al usufructuario, a quien posea la calidad de arrendatario por escritura pública, al usuario, etc. Esa actuación evita evidentemente las controversias dentro del procedimiento de la expropiación sobre qué cantidad debe entregarse a cada uno de los demandados aludidos, y que después de él haya necesidad de promover divisiones o actuaciones especiales para la partición de la suma representativa del total de lo debido por concepto de reparación a cargo de la parte demandante.

ART. 858. — La presentación del avalúo pericial debidamente y su aprobación con el lleno de las formalidades legales, son condiciones previas y obligatorias para pronunciar la sentencia de adjudicación del bien materia del juicio al demandante, en lo que se aprecia que el proceso de expropiación tiene dos momentos culminantes y distintos: aquél en que se ordena la expropiación y el en que se adjudica lo expropiado al actor. También la verificación del pago del valor de lo que se expropia es requisito previo a la sentencia de adjudicación, y sin ellos el pronunciamiento de la sentencia es irregular, por ser prematuro o antes de tiempo.

El último requisito mencionado puede darse por satisfecho cuando la parte demandada concede plazo para la solución total o parcial del monto de la indemnización a que tenga derecho y entonces, dejando la constancia de ello, se dispone la adjudicación (art. 1051), pues el pago importa directamente al demandado, de donde se concluye que la concesión de plazo para la solución de la suma a él debida basta para hacer la adjudicación. Al contrario, si no se

concede plazo ni se verifica el pago, aquélla es improcedente por cuanto que la expropiación exige una indemnización inmediata para que no se convierta en medio de desconocimiento de los derechos particulares.

La sentencia de adjudicación es sujeta, como las demás, a la formalidad del registro (art. 2652, núm. 2º C. C.) para que surta sus plenos efectos.

ART. 859. — El precio señalado a la expropiación se entrega al demandado o a los demandados en la proporción que debe determinarse, de acuerdo con la disposición anterior, a menos que los bienes de que se trate estén hipotecados (art. 2432 C. C.), embargados (arts. 273 y ss., 1003 y ss.), en litigio (art. 1969 C. C.), gravados con censo o sujetos a condición resolutoria (art. 1536 C. C.), pues si lo están se siguen las siguientes reglas: 1º, tratándose de una hipoteca o de un censo, el dinero se deposita en el Banco de la República o en una Administración Nacional de Hacienda (D. E. Nº 1115 de 1940) y se pone en conocimiento de los acreedores a fin de que intenten las actuaciones propias a la efectividad de sus derechos; 2º, si de un embargo, es indicado depositar el dinero en un establecimiento de crédito de los indicados en las disposiciones vigentes o se entrega al secuestre (a propósito de esto consúltese lo anotado al estudiar el artículo 1018); 3º, si de inmuebles en litigio, cumple declarar su secuestro en condiciones análogas a las del numeral anterior.

Esas retenciones cesan por cesación de su causa, que bien puede ser debida a acto legítimo y unánime de los interesados en el precio, por uno u otro motivo.

ART. 860. — Este artículo sienta expresamente que las disposiciones del título no son opuestas a las contenidas en leyes especiales sobre expropiaciones por causa de utilidad pública que tengan carácter substantivo, administrativo o que reglen la materia de los avalúos, lo que está de por demás en frente de lo preceptuado en el artículo 204 del Código. Bien se anotó antes que existe un número plural de leyes que reglan las expropiaciones, de completa vigencia y que son relacionadas más adelante, en lo que resalta una visible falta de unificación de la legislación sobre la materia con sus consiguientes inconvenientes de la no sistematización de las respectivas normas, que hacen compleja su consulta y aplicación, etc., etc.

ART. 861. — Aun cuando las exigencias previas a la proposición judicial de la expropiación no se adecúen satisfactoriamente a los principios constitucionales y legales, lo mismo que la ordenación de ella por el Juzgador, se legitima por el asentimiento o la aceptación de los interesados que tengan capacidad plena. Tal cosa es una ratificación que, por serlo, exige capacidad, ya que es un acto jurídico de ejecución voluntaria, y es sabido que para el valor de ellos

lo primero que se requiere es una calidad especial de las personas que los habilite para actuar eficazmente (art. 1502 ord. 1º C. C.).

En consecuencia, la ratificación del incapaz no es posible sin autorización judicial, lo mismo que la del Curador (art. 809 y ss.), pues aquélla es un acto dispositivo y de allí la base de lo anotado, siguiendo las reglas comunes.

La mencionada ratificación puede actualizarse en dos formas: expresa y tácitamente. La primera no ofrece mayores dificultades y la segunda debe calificarse con sumo cuidado para que no se incurra en apreciaciones indebidas. Se presentará, por ejemplo, cuando los demandados en un acto ejecutado con las formalidades legales manifiestan que renuncian toda pretensión sobre lo expropiado.

RELACIÓN DE LEYES SOBRE EXPROPIACIÓN Y UTILIDAD PÚBLICA

Pasamos en seguida a relacionar las leyes que reglan la expropiación, sus formalidades y que definen la llamada utilidad pública.

Ley 56 de 1890 básica de la materia.
Ley 119 de 1890 sobre formalidades de la expropiación, etc.
Ley 104 de 1892 sobre vías férreas, etc.
Ley 50 de 1894 sobre traslado de cabeceras municipales, etc.
Ley 170 de 1896 sobre traslado de lazaretos, etc.
Ley 45 de 1905 sobre ensanche y mejoramiento de obras reproductivas, explotación y ensanche de fuentes y minas de sal, etc.
Ley 28 de 1907 sobre ornato y embellecimiento de Bogotá: reedificación de edificios ruinosos en las plazas, etc.
Ley 35 de 1915 sobre documentos de la expropiación, etc.
Ley 21 de 1917 sobre fortificaciones, adquisición de elementos de guerra, construcción de cuarteles, parques militares, establecimiento de hospitales, obras para evitar calamidades públicas, vías públicas, construcción de muebles, faros, etc., en los puertos, construcción de edificios públicos y reformas, comunicaciones telefónicas y telegráficas, acueductos, desecación, obras de higiene, obras sobre cárceles, cementerios, escuelas, obras que beneficien a las Iglesias de la Religión Católica, sobre alumbrado público, etc.
Ley 38 de 1918 sobre vías públicas, etc.
Ley 120 de 1919 sobre obras para explotación de petróleo y oleoductos, etc.
Ley 127 de 1919 sobre obras para higienización y saneamiento de las Capitales de Departamentos, etc.
Ley 47 de 1920 sobre adquisición de libros y objetos históricos.

Ley 84 de 1920 sobre obras de interés en las Capitales, etc.
Ley 19 de 1921 sobre vías férreas y determinación del precio, etc.
Ley 56 de 1922 sobre líneas telefónicas, tranviarias, eléctricas, de Departamentos y Municipios, etc.
Ley 99 de 1922 sobre destrucción de bienes infectados que afecten la salubridad pública, etc.
Ley 72 de 1924 sobre empresas de tranvías intermunicipales, etc.
Ley 31 de 1925 sobre defensa nacional o interés en patentes de invención.
Ley 67 de 1926 sobre adquisición de terrenos donde nazcan aguas para poblados o caseríos — para empresas de energía, etc.
Ley 77 de 1927 sobre formalidades previas en la expropiación para obras públicas, etc.
Ley 71 de 1928 sobre balnearios termales, etc.
Ley 98 de 1928 sobre fundación de poblaciones, ensanches, etc. Acueductos para riegos agrícolas, etc.
Ley 113 de 1928 sobre aprovechamiento de fuerza hidráulica, etc.
Ley 74 de 1930 sobre aprovechamiento de las aguas de la laguna de Tota, etc.
Ley 37 de 1931 sobre industria petrolera, etc.
Ley 5 de 1932 sobre campos de aterrizaje, etc.
Ley 50 de 1931 sobre adquisiciones para obras necesarias a las Capitales, etc.
Ley 83 de 1935 sobre monto de la indemnización, etc.
Ley 122 de 1936 sobre terrenos de fuentes minerales, etc.
Ley 170 de 1936 sobre terrenos para casas y granjas de empleados y obreros, etc.
Ley 121 de 1938 sobre traslado de poblaciones inundables, etc.
Ley 126 de 1938 sobre adquisición de empresas de energía, teléfono, acueducto, etc.
Ley 143 de 1938 sobre educación de ciegos y sordomudos, etc.
Ley 22 de 1939 sobre adquisición de zonas adyacentes a estaciones ferroviarias, etc.
Ley 63 de 1939 sobre construcción de canales de irrigación y obras hidráulicas, etc.
Ley 5 de 1940 sobre monumentos históricos, etc.
Ley 166 de 1941 sobre adquisición de terrenos para urbanizaciones destinadas a empleados y obreros, etc.
Ley 1 de 1943 sobre expropiación en Capitales y poblaciones de más de 25.000 habitantes para mejora y urbanización — procedimiento, etc.

(Véanse arts. 261 y ss. del Código de lo Contencioso-Administrativo, sobre indemnizaciones por trabajos públicos.)

TÍTULO XXVI

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

ART. 862. — La acción de deslinde, considerada como una manifestación de los derechos reales, la que es de naturaleza real y principal, tiene por finalidad la de que se determine con intervención judicial la línea demarcatoria del predio del titular de ella y los de los otros colindantes. Es establecida por el artículo 900 del C. Civil en beneficio de quien sea dueño, pero el artículo en estudio, con mayor amplitud, la establece en favor de quienes tengan algún derecho real sobre el inmueble de que se trate (art. 645 C. C.), por lo que se comprende que tienen derecho para incoarla el dueño, el usufructuario, el usuario, el habitador, etc.

Lo anotado basta para concluir que el mero poseedor carece del derecho para incoarla, sin embargo de que por su posesión se presuma dueño (art. 762 C. C.), pues esa presunción vale inicialmente contra quienes pretendan desposeerlo, para la conservación de la situación de poseedor, pero no para la proposición de acciones que como la de deslinde tienen un objeto inmediato diferente. La simple ocupación de un inmueble con ánimo de señor o dueño es una entidad de derecho que tiene definido su alcance en sí misma, en relación con la extensión sobre que recaiga, por lo que es comprensible que la acción de deslinde no corresponde al mero poseedor material, por cuanto que con el deslinde se determina el alcance especial, permítase la expresión, de los títulos de las partes y ante el fenómeno posesorio no cabe esa determinación posterior a él ya que antes está definida. Exige, pues, la acción de existencia de un título de propiedad —tomado el vocablo en el sentido de documento que acredita un derecho real— del que carece el simple poseedor y de allí que no le corresponda instaurarla. Al respecto ha sentado la jurisprudencia: "El hecho de la posesión y la presunción legal (de dominio) que lo acompaña, precisos en un juicio reivindicatorio, ningún privilegio otorgan para intervenir en el deslinde y amojonamiento de fincas, en que la propiedad abstracta, "u otro derecho real principal de que se está en posesión regular", con los que privativamente actúan, y en que la demarcación se hace teniendo a la vista los títulos o documentos correspondientes" (G. J. Nº 1897, pág. 15).... "porque en la acción de deslinde la simple posesión es apenas un elemento ilustrativo del contenido especial a que se pretenda tener derecho..." (G. J. Nº 1924, pág. 124.)

"...El que tiene una cosa determinada con ánimo de propietario es poseedor de esa cosa y puede llegar a ser dueño; pero mientras no alcance esa calidad, o siquiera la de usufructuario, está impedido para demandar o ser demandado en juicio sobre señalamiento de linderos y fijación de mojones. La sola tenencia material y el solo espíritu de dominio o de usufructuario no alcanzan a

constituir la propiedad ni uno de los modos que jurídicamente limitan a ésta, según el C. C...." (Cr. J. Nº 275, pág. 2843.)

La acción anotada debe dirigirse contra una de las personas que puedan también ser sujetos activos de ella, como bien se comprende, y presupone un estado de oscuridad sobre la raya divisoria de los predios, falta de determinación de ella por mojones y desacuerdo entre los respectivos interesados, situación que tiende a definirse con la intervención judicial. He allí porqué la acotada acción es diversa de la reivindicatoria (arts. 946 y ss. C. C.) y de la publiciana (art. 951 *ib.*).

Por ser contencioso el procedimiento que la acción ocasiona, la competencia de los funcionarios que de ella han de conocer se determina en atención a la cuantía de la misma (arts. 154, 196 y 206), la que se conoce por el monto de la zona disputada por los litigantes, acogiendo los principios comunes. Lo que constituye la materia de un debate judicial es el índice para conocer su significación económica, en una palabra, la cuantía suya, y en los casos de deslinde faltan fundamentos para determinarla con otro criterio, pues no obra ninguna razón para conocerla por el valor total de las propiedades materia del deslinde, ya que él no es el que entra en juego en el proceso que se agite.

Para que proceda la admisión de la demanda entablada es requisito primario que el actor adjunte a ella títulos que lo acrediten como titular de la acción en estudio y, además, las pruebas que la sustenten, a fin de no impulsarla falsamente, vale decir, con el objeto de que no se adelante un procedimiento desprovisto de base, que a la postre resulte inoperante. A no dudarlo, la forma sumaria seguida para la verificación del apeo es la que hace necesaria la presentación inicial de los elementos probatorios mencionados. Ahora, en el supuesto de que el demandante no satisfaga la exigencia en mención, es deber perentorio del funcionario del conocimiento abstenerse de darle curso a la demanda hasta tanto sea satisfecha en forma debida tal exigencia, y si lo incumple tiene derecho la parte demandada para reclamar contra la admisión hecha con desconocimiento de los ordenamientos legales, para no verse ligada a una litis trabada defectuosamente.

Por último, conviene dejar sentado que la posesión material no es factor indispensable para incoar la acción de deslinde, sino la inscripta (v. C. C.) por no tratarse de las acciones posesorias que sí exigen la primera. El deslinde define el alcance superficiario de los títulos presentados, de donde viene en conclusión que es equivocado pretender que exige dicha posesión material, como elemento previo. Si no fuese así se desconocería su naturaleza.

ART. 863. — Cuando la demanda, que forzosamente ha de dirigirse contra todos los que tengan derechos en el fondo con relación al cual se pretenda el deslinde, sea instaurada por quien no es dueño único ni pleno, es propio hacer la citación de las otras personas

que en el inmueble en que tenga derecho el actor también los tengan reales, a fin de no surtir una actuación que les sea extraña, ante la que sean terceros, para que así se cumplan sus plenos efectos, fuera de que no se posible, jurídicamente hablando, definir una situación de derecho sobre una misma cosa en que tengan derechos varios y con intervención de uno solo de ellos que no represente a los otros.

Tal citación tiene por objeto hacer el llamamiento de esas personas para que intervengan en el proceso para así surtir una actuación regular. En gracia de él nace para los llamados el derecho procesal de constituirse parte en el proceso, un derecho distinto a la simple intervención adhesiva (art. 233), cuyo ejercicio procede antes de finalizar las instancias del juicio, ya que la ley no restringe la oportunidad de hacerlo valer. En consecuencia, una vez pasada la aludida citación, que es personal, como es claro, los citados comparecen al litigio en el estado en que se encuentre, análogamente a lo previsto en el artículo 851.

Finalmente, es efecto de la citación el que el citado o los citados quedan en situación de derecho que les quita la calidad de terceros, por lo que vienen a ser ligados a las decisiones que en el proceso sean dictadas, aunque en el hecho no comparezcan a representar sus intereses y derechos. Por lo visto al tratar el artículo anterior, entre ellos no se cuenta el mero poseedor material.

ART. 864. — La demanda presentada se corre en traslado por espacio de tres días a cada uno de los demandados, sucesivamente, a menos que el actor presente varias copias de ella (art. 200), pues si lo hace cabe dar los traslados simultáneamente a todos los que sean demandados. Es elemental saber que los últimos han de ser concretamente individualizados por el actor, ya que a los funcionarios judiciales no compete designarlos a pretexto de interpretación de la demanda o por otra consideración. El momento oportuno de pasar de nuevo al despacho los autos se conoce de acuerdo con la doctrina del artículo 351.

ART. 865. — Con anterioridad a la notificación de la demanda ha de inscribírsela en el Libro de Registro de Demandas (arts. 38, Ley 57 de 1887, inc. final), para lo cual el Juez del conocimiento dirige oficio al Registrador de la ubicación de los inmuebles, en papel común, con determinación precisa de los respectivos bienes, del juicio y de las partes. Esa inscripción difiere en sus efectos de la que se hace, por ejemplo, cuando se trata de una demanda de reivindicación ya que la última excluye el bien sobre que recae del comercio, para seguridad de los resultados del litigio trabado, y en cambio la primera apenas tiene finalidades de publicidad de la situación jurídica de los inmuebles, en garantía de los presuntos adquirentes posteriores de ellos, fuera de que no retira tales inmuebles del comercio hasta el extremo de hacer ilícita su enajenación por el litigante.

El requisito de la inscripción debe satisfacerse en la oportunidad dicha, pero el que por omisiones descuidadas no lo sea, no impide que bien pueda cumplirse con posterioridad en el proceso, ya que ninguna disposición legal lo impide y que bajo ningún pretexto debe dejarse insatisfecha una ordenación de la ley.

ART. 866. — Con la misma razón de la citación dispuesta en el artículo 863, el presente dispone que la acción de deslinde ha de dirigirse contra todos los sujetos que posean derechos reales en el inmueble que se pretenda deslindar del de la parte demandante. Por tanto, en la hipótesis de que aquel inmueble tenga un nudo propietario y un usufructuario, contra los dos es propio dirigir la acción y no contra uno solo de ellos; contra todos los copropietarios procede dirigirla igualmente cuando el respectivo inmueble es poseído en comunidad, puesto que cada uno de ellos tiene un derecho para representar por sí en el proceso. Es elemental que en el litigio trabado sobre el alcance de los títulos que recaen sobre un bien raíz implica racionalmente que al mismo deben comparecer, o ser llamados por lo menos, quienes sean titulares, a fin de que la actuación sea firme y de que produzca plenos efectos en su favor o en su contra.

En consecuencia, si habiendo varios titulares se instaura la acción contra uno o varios de ellos y no contra todos, el demandado o los demandados no deben ser forzados a un deslinde en sí mismo inoperante, a una *litis contestatio* imperfecta, pues sólo ocasiona inversión de gastos y actividad ya que no los efectos completos de las actividades judiciales ejercidas en forma regular, por la razón muy clara y sencilla de que la falta de citación de las personas que deben ser llamadas a un proceso hace que en su contra no se produzcan efectos. Es incomprensible que se haga un deslinde con algunos de los interesados legítimos y exclusión de otros, que sólo con relación a los primeros tenga efectos y no contra los segundos, y tratándose de un mismo inmueble. Por ello, sin extendernos en otras argumentaciones, es fundado el artículo y lo anotado.

Se observa, en consecuencia, el cuidado que el demandante debe poner en la confección de su demanda para no excluir a ninguna persona que tenga derechos reales en el inmueble que pretenda deslindar del suyo y fracasar en su intento, así también para no dirigirla contra sujetos distintos de aquellos contra quienes corresponda, porque si lo hace fracasa. V. g.: antes de la finalización de un sucesorio la acción de deslinde ha de proponerse contra la sucesión y no contra los herederos particularmente, como dueños. En el evento de que lo sea en la última forma apuntada, empero de radicar el bien de que se trate aún en cabeza del *de cujus,* no tendrá éxito por cuanto que entonces no aparecen concretados los derechos de los herederos como verdaderos dueños.

ART. 867. — Dentro del término del traslado que se concede de la demanda a la parte demandada, pueden quien o quienes la integran

hacer uso del derecho de proponer excepciones dilatorias (Art. 330) a fin de no ligarlos a una *litis contestatio* defectuosa que no conduzca a un procedimiento sólido por la incompetencia del Funcionario, por defectos de la actuación en sí misma o en relación con las partes, etc., para evitar así un desarrollo procesal viciado e ineficaz, gastos y actividades inoficiosos. Acogiendo las reglas generales, la proposición de dichas excepciones es hecha, técnicamente, en escrito separado y no con la contestación de la demanda, como es obvio. Si acaso se involucran en un solo escrito, compete al Juez del conocimiento ordenar que el demandado corrija su actuación, bien proponiendo sólo las excepciones o prescindiendo de ellas, para el logro de orden y claridad en la actuación.

Resalta a la vista que se trata de un caso de calificación previa de excepciones en un proceso especial como lo es el de deslinde, apoyado en la naturaleza del mismo, en sí diversa de otros procesos especiales. La viabilidad de las dilatorias se debe a que el deslinde se dispone sin que haya oportunidad de probar y calificar la prueba del opositor antes que sea ordenado, lo cual hace de marcada conveniencia la posibilidad de proposición de dichas excepciones para no llevarlo a efecto sin base suficiente.

La proposición de excepciones por uno solo de varios demandados impide lógicamente adelantar el proceso respecto a los otros antes de decidirlas, consecuencia propia y fundada de la existencia de la *litis consorcio,* por cuanto que dentro de un criterio de orden no encaja decidir excepciones dilatorias al mismo tiempo que impulsar la acción, que es única, con referencia a esos otros.

ART. 868. — Una vez trascurridos los términos del traslado de la demanda o resueltas desfavorablemente al excepcionante las excepciones que haya propuesto, el Juez del conocimiento dispone llevar a efecto la diligencia de deslinde, señalando al efecto fecha y hora para ello. Ese señalamiento se hace prudencialmente, de modo que consulte los intereses de las partes y los fines de la justicia, y al hacerlo goza el Juez de cierta libertad ya que las normas reguladoras de la materia tratada omiten señalar términos precisos para él. Claro es que dicha disposición depende de la certeza de la viabilidad de la acción, por lo mismo que sin la última es craso error disponer un deslinde, así: si aparece que los dos predios de que se trate no lindan por la interposición entre ellos de una vía pública, pongamos por caso, falta apoyo para ordenar el apeo.

Al determinar el momento de la verificación del deslinde se hace la prevención a las partes para que presenten en ella sus respectivos títulos, de donde se desprende que la oportunidad probatoria en tales procesos no es una sola, al momento de presentación de la demanda únicamente, o de la respectiva contestación, sino que es plural, lo que de suyo armoniza o se conforma con el procedimiento propio en los casos de deslinde. De forma que al probar

con la demanda o en la contestación suya, no desaparece para los litigantes el derecho de probar posteriormente, al llevarse a efecto la diligencia prementada.

La presentación de los títulos en la diligencia es hecha en forma que cabe llamar directa, pues no se compagina con ningún principio de orden legal el que en ella tenga facultad el interesado para que se libre despacho a un Notario Público, o a otro Funcionario, para que expida copia de una escritura v. g., aplicando lo dispuesto en el artículo 636, pues el artículo en estudio es perentorio en el sentido de exigir la presentación de los títulos al momento de la diligencia ya varias veces mencionada ya que si no fuese así se daría margen a dilaciones injustificadas, a demorarla indefinidamente y con la mayor facilidad, y a los consiguientes perjuicios.

Desde el momento en que se ordena llevar a cabo el deslinde nace para los litigantes el derecho de pedir la recepción de prueba testimonial, la que en su caso, desde que sea procedente, se dispone y recibe. Sobre esa prueba son de aplicación integral los conceptos de pertenencia por lo mismo que no hay motivo justificativo para desarrollar actividad judicial en cuestiones que no importen en el proceso que se adelante.

En la hipótesis de que las partes, o alguna de ellas, lo pidan, o de que el Juez lo estime necesario, cabe decretar la intervención de peritos en la diligencia, a fin de que en el desarrollo de la misión que como tales les incumbe, auxilien al Funcionario actuante. En el nombramiento de ellos cada grupo de interesados tiene derecho a designar un perito y se acatan las reglas generales (Arts. 705 y ss.).

Art. 869. — El Juez del conocimiento se traslada con su Secretario al lugar en donde debe practicarse el deslinde, en el día y hora señalados, siempre que esté en firme la providencia mediante la cual sea hecho el señalamiento, pues a nadie se oculta que antes de esa providencia pasar ál estado de ejecutoria por su notificación y el trascurso del término para recurrirla, o la decisión del recurso interpuesto, es impropio proceder a la verificación del deslinde ya que entonces se actúa sobre algo que no se sabe aún si es firme. La diligencia acotada es un acto causante de gravamen a las partes y de allí la base de lo anotado (Art. 549).

El deslinde —que puede hacerse por medio de comisionado, quien actúa entonces en lugar del comitente (Art. 133)— es el señalamiento de la raya divisoria de los predios y es hecho luego que ordenadamente se oiga a las partes, se estudian sus títulos y demás pruebas que aporten, que se reciba el dictamen pericial si es el caso, etc. Su base natural son los títulos aducidos, por lo que han de ser presentados en forma apropiada, por lo menos en su aspecto formal (Arts. 630 ss., 2674 C. C.) sin embargo de que él no implique calificación de dominio... "Es innegable que la acción de deslinde es distinta de la acción reivindicatoria o de dominio y la jurisprudencia siempre ha distinguido la una de la otra... La ju-

risprudencia ha sido severa en el sentido de conservar la fisonomía propia de las dos acciones y de impedir que dentro del juicio ordinario de deslinde se ventilen cuestiones de dominio. Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado éste de apeo, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. Judicial, bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869" (G. J. Nº 1924, pág. 124).

Ciertamente, bien se sabe que los títulos ya mencionados dan la clave para fijar la línea de separación de los predios, pero como es de diaria ocurrencia que ellos sean contradictorios u oscuros, uno de los mejores elementos de que se dispone para la fijación es la posesión que las partes ejerzan, porque ella muestra en principio el alcance que las mismas hayan reconocido a dichos títulos, factor no despreciable y conforme a la equidad.

La conformación del terreno cuando comprende límites acifinios, es también interesante en orden a despejar la oscuridad que ofrezcan los títulos, por cuanto que naturalmente surge una presunción racional en cuyo mérito se tiene que los hombres separan sus inmuebles de modo adecuado a la naturaleza misma de la tierra. En realidad, es más lógico que una corriente de agua a una altura separe los predios de que se trate, en lugar de una línea en una superficie plana sin puntos especiales de referencia.

En las oposiciones claras de los títulos que tengan en sí un alcance preciso, el concepto de antigüedad entra en juego por aplicación del principio de que lo que es primero en el tiempo lo es también en el derecho, y así preferiría el más antiguo, sin entrar en análisis especiales sobre si contra él se han operado prescripciones o si perdió su vigencia por otro concepto, ya que no debe olvidarse que la acción de deslinde es diferente de la de dominio y que en la primera etapa del proceso, en la sumaria, no cabe estudiar fenómenos prescriptivos sino en la segunda, o sea, la ordinaria.

El Funcionario actuante, pasada la presentación de los títulos y las pruebas, etc., procede a fijar la raya divisoria de los inmuebles y a ordenar la fijación de mojones estables y que sean necesarios para hacer desaparecer dudas, de donde se infiere que si no son lo último puede abstenerse de impartir órdenes al respecto, por ejemplo, si la línea corre por un río, mejor dicho, por su ribera, etc.

La mejor ocasión de estimar si en realidad la acción de deslinde propuesta es fundada es al momento de ir a deslindar, y de allí que si aparece en él que los predios no son colindantes por inter-

posición de una propiedad distinta, que una de las partes no es titular o que existe ya un deslinde anterior no desvirtuado, la conducta que debe seguir el Juez de la causa es abstenerse de deslindar, sin embargo de que no se haya hecho oposición o probado excepciones y de que la providencia ordenadora del deslinde sea firme, pues se presenta una verdadera imposibilidad jurídica de hacer raya divisoria, sustracción de materia sobre que actuar. Contra esa conducta del Juez procede el recurso de reposición y el de apelación, pues puede ser equivocada y ocasionar gravamen a las partes, fuera de que tiene todas las apariencias de auto interlocutorio (Art. 466, núm. 2º). De consiguiente, la negativa a practicar el deslinde, por uno u otro motivo es revisable por el Superior conforme las reglas comunes y en mérito de un recurso interpuesto. Con ello ocurre algo diferente a lo que con la práctica del deslinde, según se ve más adelante.

Encontrado procedente el deslinde cuestionado, después del estudio de rigor de los títulos de cada parte, se fija la línea demarcatoria de los inmuebles y se deja en posesión a cada litigante de la zona que le corresponde en gracia de aquél, pero bajo condición de que ninguno se oponga, por cuanto que si hay oposición se dejan las cosas, en relación con la posesión, en su estado anterior a la diligencia sin modificarlas con ella en el hecho. Esa oposición es el medio de que disponen los interesados para combatir el deslinde hecho, pues contra el mismo son improcedentes la reposición y la apelación (G. J. Nº 1930, pág. 891), debido al procedimiento que sobre ese acto se sigue.

Si en el acto mismo del apeo no hay oposición de parte legítima, la posesión de la zona atribuída con él a cada litigante se consuma plenamente y subsiste no obstante reclamaciones posteriores que se hagan, porque el texto del artículo es demasiado claro y no permite interpretaciones y aplicación diferentes. Tal posesión ha de tener ese efecto ya que si no fuese así sería inoperante y, por tanto, desprovista de toda razón.

La determinación de la línea demarcatoria la hace el Juez, es elemental, en atención a los títulos aducidos, y de allí que forzosamente no tenga que acoger la pretendida por uno de los litigantes, pues, como en los demás casos, sólo le compete al primero reconocer lo que aparezca acreditado en el proceso y de allí el fundamento de lo observado.

Al igual que en las otras diligencias, en la de deslinde se hace acta comprensiva de todas sus ocurrencias y que firman todas las personas intervinientes en ella (Arts. 286, 432, 727, etc.).

Arts. 870 y 871. — Los interesados en un deslinde gozan de dos oportunidades para hacer oposición a la línea judicialmente fijada, a saber: la primera en la diligencia misma y la segunda dentro de los diez días siguientes a la verificación de dicha diligencia, oportunidades únicas que les brinda la legislación y fuera de las cuales

no es posible, jurídicamente hablando, combatir la aludida línea. Ante la falta de oposición total a la permanencia de la línea divisoria fijada y a petición de parte, se dicta sentencia declarándola en firme, de aprobación, la que por referirse a inmuebles requiere ser inscrita en el Libro Primero de Registro (Arts. 2652, num. 2º, y 2641, núm. 1º C. C.), y se ordena la cancelación de la inscripción hecha en cumplimiento del artículo 865, porque la aprobación produce el efecto de hacer firme el deslinde y carente de objeto la conservación de la referida inscripción.

Ahora, puede ser que la inconformidad con el deslinde no sea total sino parcial, esto es, relativa únicamente a una parte de la línea fijada, evento en el cual la aprobación y demás, se dicta en relación con la porción no objetada de la línea dicha.

La oposición total o parcial ocasiona la tramitación de juicio ordinario, de mayor cuantía o de menor, según el caso (Arts. 735, 737 ss. y 764 ss.) en el que es considerado demandante el opositor (Art. 227), pero si ambas partes se oponen lo justificado es tener como demandante al que lo haya sido inicialmente, es decir, al que haya promovido el juicio (Arts. 228 ss.) de deslinde, pues partes contrarias no pueden tener igual calidad procesal.

El Ordinario tendrá por objeto entonces discutir qué línea es la que debe separar los predios, una discusión amplia en que sí, a diferencia de lo que sucede en la etapa sumaria, permite estudiar de fondo el mérito de los títulos aducidos, si se han cumplido fenómenos prescriptivos, etc. La sentencia que en él se dicta tendrá los efectos naturales de la cosa juzgada, como también la dictada cuando no hay oposición, y contendrá la improbación o la aprobación de la línea debatida. Sobre la materia parece conveniente trascribir esta jurisprudencia: "...El juicio de deslinde tiene por objeto fijar de manera definitiva la línea divisoria de los predios, bien porque aparezca confusa o porque se haya borrado la anteriormente señalada. Es, pues, dicho juicio de naturaleza contenciosa, y por tanto, la sentencia que en él se pronuncie aprobatoria de la línea de delimitación genera la cosa juzgada en el sentido de que no permite que entre la mismas partes y por la misma causa o con idénticos títulos, se altere la situación de hecho o de derecho que crea el fallo para los litigantes dueños de las propiedades deslindadas. Es decir, resuelto que determinado lote, en virtud del deslinde, queda comprendido por los linderos de una propiedad, no puede posteriormente decidirse en otro juicio, entre las mismas partes y con iguales títulos, que ese lote no pertenece a dicho predio o propiedad. Para que pueda proponerse juicio de mejor derecho que ordinariamente sigue al de deslinde, tal como el de dominio o reivindicación, es necesario que por parte del demandante se invoque un nuevo título de adquisición, no discutido en el especial, v. g., la prescripción o usucapión, porque entonces se estará fuera de los límites de la cosa juzgada" (Crón. J. Nº 275, pág. 2849).

DESLINDE EN MINAS

Los procesos de minas los reglan los artículos 404 a 412 inclusive del Código de Minas, los que determinan las otras disposiciones aplicables sobre ellos.

Como anotación final sobre el Título, diremos que el deslinde de Resguardos Indígenas lo regla en forma especial la Ley 19 de 1927, en su artículo 13.

TÍTULO XXVII

SERVIDUMBRES

ART. 872. — Las servidumbres, que son una limitación del dominio (Art. 793, num. 3º C. C.), son un gravamen impuesto a un predio en favor de otro distinto dueño (Arts. 879 y ss. ib.), son naturales, legales y voluntarias (Art. 888 ib.). El presente capítulo reglamenta el ejercicio de las acciones que por ellas se conceden a las personas, o sean las de imposición, variación, extinción, cambio del modo de ejercerlas y fijación de las indemnizaciones a que haya lugar.

El texto del artículo ha suscitado la discusión de si dentro del procedimiento a que se hace referencia cabe la acción negatoria, discusión que comúnmente ha finalizado con la aceptación de la negativa, con base en tal texto y los principios generales. En efecto, la jurisprudencia misma ha destacado que el artículo acotado habla expresamente de extinción, entidad de derecho que presupone la existencia anterior de la servidumbre y que por consiguiente es distinta a la acción negatoria, la que exige el debate amplio del procedimiento ordinario, por presentar características bien diferentes a la extinción. Ésta se agita dentro de límites precisos para definir si el acto constitutivo de la servidumbre ha perdido su eficacia por obra del acaecimiento de hechos o de actos jurídicos determinados, y en cambio la órbita de discusión, tratándose de la negatoria, es más amplia porque no se concreta como la primera sino a una negación absoluta e incondicionada de un gravamen sobre el inmueble del demandante.

Ciertamente, los antecedentes que la disposición tiene en el llamado Código de Arbeláez, reconocidos expresamente por la Comisión Revisora que preparó el Código Judicial vigente, llevan también a sentar la conclusión que la acción negatoria no encaja dentro del procedimiento especial de servidumbres, sino dentro del ordinario, sin que aparezca un fundamento plausible para sostener lo contrario y sin que con lo sostenido se viole ninguna sana norma de interpretación de la ley.

La acción sobre servidumbre es de naturaleza principal y real, de ella conoce el Juez de la ubicación de los inmuebles (Art. 152, núm. 12), en atención a su cuantía (Art. 154) e implica un proceso contencioso (Art. 195). La demanda que la contenga, para ser admisible, debe satisfacer las reglas de las demás (Art. 205), según su naturaleza, y luego de la admisión y notificación respectivas se pasa en traslado al demandado por el período de tres días.

Art. 873. — Por la presente disposición, son aplicables en los procesos de servidumbres los artículos 863, 865 y 866 relativos a los deslindes y amojonamientos, ya que en los primeros también se presentan la conveniencia y necesidad de que sean llamados a intervenir en los mismos todos los sujetos que tengan derechos reales en los bienes raíces de que se trate, bien por la parte actora, o bien por la demandada, a fin de que se adelante una actuación sólida y de plena eficacia El registro de la demanda también es preciso tratándose de servidumbres y cumple los mismos fines que en los deslindes. Por consiguiente, nos remitimos a las anotaciones hechas a propósito de los premencionados artículos.

Art. 874. — Si el demandado hace oposición a la demanda promovida en su contra el litigio se abre a prueba por un período de quince días hábiles, común a las partes y del cual pueden hacer uso pidiendo la práctica de las que sean pertinentes a la cuestión debatida entre ellas. Respecto a las pruebas es de aplicación la doctrina general de amplitud, pues son admisibles todos los medios probatorios admitidos por la legislación (Arts. 593 ss. C. J., 1757 ss. C. C.), salvo en lo relacionado con la prueba del dominio sobre los predios, la que ha de estar constituída por títulos escriturarios o equivalentes a ellos, pues sobre él no son suficientes pruebas testimoniales, periciales, de documentos privados, etc., ni aún la confesión del demandado, pues ella no basta ni puede bastar para dar por establecido el dominio del demandante y el del demandado sobre los inmuebles en litigio sobre servidumbres. La existencia de derechos reales de las partes y radicados sobre inmuebles hace nacer, entre otras cosas, el derecho a accionar en extinción de servidumbre o para su constitución o la variación del modo de su ejercicio, de donde se desprende que la confesión de parte es insuficiente como demostración de los derechos reales. La actuación jurisdiccional en cuanto a las servidumbres ha de obedecer a la existencia de los últimos, a su objetividad procesal, que se constituye con títulos y no con meras actuaciones de las partes, para que no se dé margen a consecuencias de errores o meros juegos de los interesados respectivos, para que lo decidido tenga eficacia y no sea mera ilusión por serlo contra quien no se debe, contra sujetos que con relación al dominio de un bien sean terceros en la verdadera acepción del término.

Fuera de lo relativo a la prueba del dominio en sí por parte de un litigante, la prueba de ciertos hechos como el de que el predio

del demandante está desprovisto de comunicación con la vía pública, de que puede variarse la dirección de la servidumbre, de que ha sido ejercitada sin interrupción, de que con otro modo es más conveniente, etc., es amplia, mejor dicho, sobre tales hechos sí es admisible la prueba de confesión, pericial, testimonial y demás por tratarse de cuestiones de menor trascendencia que el dominio, porque su naturaleza no exige de modo imprescindible y fatal demostración escrituraria.

El Juez de la causa dispone de la potestad de ordenar en el término probatorio la práctica de una inspección ocular (Arts. 724 ss.), y aunque no haya oposición y ese término, con el fin de esclarecer cuestiones oscuras en la actuación y de basar mejor su decisión, facultad análoga a la del artículo 600 y otros, cuyo ejercicio no es susceptible de reclamación de los litigantes. Al verificarlo debe determinarse los puntos sobre que ha de versar la diligencia para una actuación ordenada y para evitar sorpresas a las partes, lo que tampoco excluye que al momento de llevarse a cabo la inspección ocular el funcionario actuante amplíe su objeto predeterminado (Art. 728) en mérito de un mejor acierto en el pronunciamiento que luego ha de hacer.

La carga probatoria pesa comúnmente sobre el actor en los procesos de que se trata, pero en los casos de negaciones indefinidas recae sobre quien no los hace, no por la sola circunstancia de la negación sino por el carácter indefinido que comporte, v. gr., una persona demanda otra para que se declare que no debe servidumbre que pese sobre su predio. Trátase entonces de una negación indefinida cuya prueba no corresponde a quien la hace, puesto que no debe forzársele a una verdadera imposibilidad jurídica. Ahora el vocablo "indefinido" ha de tomarse en su acepción jurídica, la que es distinta a la que tiene en el lenguaje corriente. Es lesivo de la equidad forzar, por ejemplo, a un sujeto a demostrar que en ninguna época el inmueble suyo ha sido gravado con servidumbre legal, natural o convencional, máxime que las certificaciones emanadas de los Registradores de Instrumentos Públicos no comprenden el no ejercicio de las servidumbres, los hechos que dan lugar a prescripciones, etc. Al respecto, la jurisprudencia ha sido reiterada: "...El no uso de una servidumbre discontinua durante veinte años es un hecho negativo que comporta una negación indefinida... Como esta excepción tiene por base una negación indefinida, toca la prueba al demandado. Éste debe probar que sí hizo uso de la servidumbre..." (G. J. Nº 1895 B, sent. de 24 de julio de 1934).

"...El no uso de una servidumbre discontinua durante veinte años, es un hecho negativo que comporta una negación indefinida. Corresponde la carga de la prueba a la parte que no acepta una negación indefinida... La carga de la prueba incumbe a quien afirma un hecho que tiende a cambiar el *statu quo* de las cosas, no al que niega tal hecho. Por tanto, cuando uno de los hechos en que

se funda una demanda es negativo en absoluto, y el demandado no lo acepta, debe corresponder a éste la prueba de él y no al demandante, es decir, el demandado tendrá que probar los hechos afirmativos que excluyan al negativo..." (G. J. Nº 1895, pág. 85).

Con todo, algunos Tribunales de la República han sentado la tesis de que la carga probatoria pesa sobre quien niega la servidumbre, tesis que no se conforma con el principio racional de que el dominio se concibe pleno y sin presunciones de derechos que lo limiten, más adecuado que lo contrario a una buena organización social y a la estabilidad de la propiedad inmueble. Evidentemente, poca seguridad tendrá la propiedad ante hechos abusivos si en todo caso el negador de servidumbre cargase que el deber de aducir la prueba de sus negaciones, puesto que ello en la práctica equivaldría a permitir su establecimiento por simples vías de hecho.

ART. 875. — Para seguridad de los intereses que entran en juego en los litigios sobre servidumbres, a petición de parte legítima, el Funcionario de la causa puede tomar las medidas que sean conducentes a garantizarlos. Decimos que a petición por parecer esa la forma más racional de interpretación y aplicación del artículo, puesto que en ellos generalmente no entra en juego un interés público o social que haga imprescindible la adopción oficiosa de medidas provisionales. Esas medidas podrán referirse a que una parte no dañe el terreno por donde ha de conducirse el acueducto materia de la servidumbre o el camino, a que no se varíe entre tanto recae la decisión del asunto el modo de ejercicio de la servidumbre, etc. En síntesis, las medidas provisionales tienden a que no se recurra a las vías de hecho entre las partes y a que no se adulteren los elementos materiales de juicio, la realidad que presenten. Entre las medidas preventivas, cabe disponer apremios de arresto y multas (Art. 188), prestación de cauciones, vigilancia especial por parte de la policía, suspensión de ciertas actividades, etc., porque a nadie se oculta que en la apreciación de las disposiciones convenientes durante el curso de un proceso sobre servidumbre dispone el Juez de cierta libertad, dada la amplitud del texto del artículo. Si no fuese así, no diría: "que sean necesarias, según la naturaleza del asunto", sino que habría usado en él una frase diferente. El concepto de necesidad no obedece a reglas precisas y predeterminadas, de donde se infiere que lo anotado tiene suficiente sustento.

ART. 876. — La sentencia dictada en el juicio especial de servidumbre tiene los efectos de toda decisión judicial firme en sí y por sí misma, pero presenta la particularidad de que es revisable mediante el procedimiento ordinario. De suerte que en principio la sentencia referida produce los efectos naturales de la cosa juzgada (Art. 473), al igual que las dictadas en los otros procesos llamados contenciosos (Art. 195), y así es oponible para enervar la nueva acción especial que se promueva entre las mismas partes.

con la misma causa y el mismo objeto, susceptible de ejecución y, además, bastante para proteger al favorecido con ella contra las violaciones de la situación de derecho que tal sentencia define.

La revisión por la vía ordinaria encuentra apoyo en que en cuestiones que envuelven restricciones al dominio de un sujeto sobre un inmueble determinado, debe concederse amplitud en el debate de ellas. El único medio de que aquel fallo no base la excepción de cosa juzgada es el de que se obtenga su revocación en el procedimiento ordinario, porque si no es obtenida mal procede desconocérsele eficacia a la mencionada decisión judicial. Ello muestra que es impropio hablar de manera absoluta de que el fallo en procesos de servidumbres no ocasiona la institución de la cosa juzgada.

Omite el artículo precisar hasta qué momento tiene oportunidad el vencido en aquél, que entonces asume el papel de demandante, para demandar la revisión del proceso desatado en su contra, mas ese vacío se llena consultando la legislación civil sobre la usucapión y la prescripción de las acciones (Arts. 2518 ss., 2535 ss., 673 y conc. C. C.).

Las servidumbres relativas a las minas reglamenta el Código especial sobre la materia en los artículos 174 y siguientes, que integran el Capítulo XII del mismo.

TÍTULO XXVIII

JUICIOS POSESORIOS

La posesión, institución reconocida por la doctrina y las legislaciones, como exteriorización del dominio, merece protección de derecho mediante las acciones denominadas posesorias, conocidas desde la época del Derecho Romano antiguo, en el que se les denominaba interdictos, y en el Derecho Español. Tienen por objeto recuperar y conservar (Arts. 972 ss.), por parte del poseedor, la tenencia efectiva de un bien inmueble determinado con ánimo de señor o dueño, puesto que únicamente recaen sobre esa clase de bienes. Ciertamente, ese objeto relieva que la acción posesoria es una esencia diversa de la de dominio y de la pauliana (Arts. 946 y 951 C. C.), porque aquélla se concreta sobre el fenómeno posesorio excluyendo el dominio (Art. 979 ib.) propiamente dicho. De suerte que en la mencionada acción importa ante todo el hecho de la posesión, lo que en realidad la caracteriza.

No pocas teorías han expuesto las escuelas y los autores para sustentar las acciones posesorias, mas sin entrar aquí en su exposición y análisis bástenos anotar que las últimas se apoyan en que la posesión es exteriorización del dominio, cuya modificación o finalización no puede ser hecha por mera voluntad particular de los sujetos distintos al poseedor sin mengua de la justicia y de los

principios tutelares del orden social. La situación del poseedor no puede ser objeto de lesiones arbitrarias, de mero hecho y por causa de capricho de los particulares, su dolo o su violencia, los que busca reprimir en toda ocasión la organización de derecho imperante como atentatorios de su plena conservación, por medio de las acciones en estudio.

Para la viabilidad de la acción posesoria, abstracción hecha de lo que la haga necesaria, se exigen dos condiciones básicas, a saber: que quien la ejercita haya estado en posesión tranquila e ininterrumpida un año completo del bien a que se refiera, y que la establezca antes de pasar un año de la pérdida de la posesión, del acto de perturbación o de embarazo de la misma o del último acto de violencia o de clandestinidad (Arts. 974, 976 y conc. C. C.), por la clara razón de que ese último plazo se considera el adecuado para pedir la corrección del estado de hecho creado y la protección al poseedor, dentro de la tramitación breve de la aludida acción, pues su trascurso, si se quiere, crea o muestra una situación más o menos estable que requiere entonces la definición suya por medio de la amplia tramitación del procedimiento ordinario.

Bajo otros aspectos se presenta la acción posesoria por despojo violento, reglada en el artículo 984 de la ley sustantiva, la que puede ser intentada por el mero tenedor y que no es propiamente posesoria. Ella únicamente exige en primer término que se demuestre dicho despojo y que se introduzca antes del término de seis meses.

La simple lectura del C. Civil hace ver que en la regulación de las acciones posesorias que constituyen su materia se definen varias clases (Arts. 972 ss. ib.), de donde se infiere que el demandante debe poner especial cuidado en su escogencia al confeccionar la demanda, a riesgo de fracasar si no hace esa escogencia correctamente, pues a nadie se oculta que si es iniciada acción de despojo mal puede decidirse sobre acción de perturbación que aparezca que es la que corresponde ejercitar, en la tramitación de la primera. Los Jueces siempre deciden sobre la acción propuesta y en ningún caso sobre otra diversa, en lo que se hace manifiesto el fundamento de lo anotado.

La ley 200 de 1936, relativa a predios rurales (Arts. 5 y 7 ib.) y el Decreto Nº 59 de 1938, reglamentario de la misma, atribuyeron el conocimiento de las acciones posesorias sobre tales bienes a los Juzgados de Tierras, los que fueron suprimidos por la Ley 4 de 1943, que atribuyó el conocimiento de ellas a los Jueces de Circuito. La primera Ley modifica bastante la reglamentación contenida en el Código Judicial que en seguida estudiamos, sin perjuicio de hacer las anotaciones correspondientes.

Capítulo I

DESPOJO

Art. 877. — Fuera de las determinaciones propias de las demandas: designación del Funcionario ante quien se presentan, del demandado, señalamiento preciso de lo que se pida, relación de sus fundamentos, de hecho y de derecho y demás, a la de despojo, para ser admisible, debe adjuntarse la prueba de la posesión o de la tenencia anterior del despojado, del despojo y del tiempo en que fué consumado, pues el artículo dice que a dicha demanda debe adjuntar el demandante las pruebas que apoyen o demuestren la procedencia de su acción, y es claro que ella es viable por una situación anterior al acto del despojo, por el mismo y por la oportunidad en que sea presentada tal demanda. La prueba dicha puede ser sumaria, la que también es plena (*prima facie*), ya que sería exigencia exagerada sentar que debe ser controvertida antes.

En el caso de que la demanda reúna los requisitos anotados, procede su admisión y disposición de traslado al demandado por el término de tres días. Al hacer aquélla, no se hace el estudio de fondo de las pruebas aportadas por ser esa materia más propia del fallo de fondo, sino somero, vale decir, formal y no sustancial, y si de él resulta que son por sí deficientes en orden a estimar satisfecha la exigencia del artículo, procede no admitirla.

La Ley de Tierras, por sus artículos 16 y 19, exige para la iniciación de la acción posesoria, que se establezca la posesión del actor conforme los artículos 1º y 4º de la misma, de este tenor:

"Art. 1º — Se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica.

El cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos prueba de explotación económica, pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella.

La presunción que establece este artículo se extiende también a las porciones incultas cuya existencia sea necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento de éste, aunque en los terrenos de que se trata no haya continuidad, o para el ensanche de la misma explotación. Tales porciones pueden ser, conjuntamente, de una extensión igual a la de la parte explotada, y se reputan poseídas conforme a este artículo."

"Art. 4º — Lo dispuesto en el artículo 3º no perjudica a las personas que con dos años de anterioridad a la vigencia de esta Ley se hubiesen establecido, sin reconocer dominio distinto al del

Estado, y no a título precario, en terreno inculto en el momento de iniciarse la ocupación.

En este caso, el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno sólo podrá acreditarse en una de estas formas:

a) Con la presentación del título originario emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado; y

c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Los poseedores de que habla este artículo, aunque fueren vencidos en juicio reivindicatorio, tendrán derecho a hacer suyo el terreno poseído mediante el pago del justo precio del suelo, o garantizado ese pago con hipoteca del terreno y las mejoras permanentes puestas en él, si el propietario ha dejado transcurrir más de noventa días, contados desde la vigencia de esta Ley, sin presentar la demanda del respectivo juicio reivindicatorio; o si, cuando el juicio fué iniciado antes de dicho término y la sentencia está ejecutoriada, han transcurrido treinta días, contados desde la fecha en que hayan quedado tasadas judicial o contractualmente las mejoras, sin que el demandante vencedor en el juicio respectivo las haya pagado.

La hipoteca de que aquí se habla será por un término de cinco años, y en cuanto a intereses y sistema de amortización, se pactarán los que estén en uso para las operaciones bancarias de esta índole."

ART. 878. — La oposición del demandado precisa la apertura a pruebas del interdicto de despojo por el lapso de seis días hábiles, prorrogable por el Juez hasta el límite máximo de otros seis, en vista de la distancia, los medios de comunicación, la calidad y cantidad de las pruebas que disponga practicar, la importancia del negocio, pues a ello equivale el vocablo "prudencialmente" que emplea el artículo, repitiendo la doctrina del 367. Por consiguiente, la recepción a pruebas de que se habla depende de la oposición que se haga a las pretensiones de la demanda, en lo que cabe apreciar una razón de la exigencia de presentación de pruebas con tal demanda, porque a falta de oposición, éstas son el elemento de que dispone el juzgador para decidir.

Tratándose de predios rurales (Art. 3º, Dto. Ejvo. Nº 59 de 1938) no puede decidirse de fondo la acción sin la práctica previa de una inspección ocular (Arts. 724 y ss.) que debe disponer el Juez del conocimiento oficiosamente, esto es, sin súplica de parte, para formar un conocimiento directo de la cuestión de hecho debatida, mejor dicho, sobre los elementos demostrativos de la posesión, de la perturbación y demás. Al disponerla, el Funcionario señala las cuestiones materia de ella, sin que ello obste para ampliarlas al momento de llevarla a efecto (Art. 200, Ley 200 de 1936). Los Jueces de Tierras gozaban de viáticos de los que no gozan los comu-

nes, por lo que la inspección ocular será practicada a costa de parte interesada.

ART. 879. — De manera similar a lo dispuesto en los artículos 844, 845 y 830, el que se estudia inviste de derecho al demandante para pedir que el opositor caucione los daños provenientes de la oposición suya, súplica a la que se accede de plano mediante auto interlocutorio, disponiendo que dicho opositor otorgue la caución exigida, so pena de ser declarada desierta la oposición suya, dentro de los diez días siguientes. Claro es que se trata de una norma orientada a dar las mayores garantías posibles a la acción posesoria, basada en la conveniencia de dar las mayores seguridades al poseedor, en vista de la significación social, económica y jurídica de la posesión, que siempre es bueno proteger con eficacia. En el evento de que sean varios los opositores, es evidente que si uno de ellos otorga caución que no garantice los perjuicios de los otros, cabe exigirla a esos otros, lo mismo que en el caso inverso, esto es, de que sean varios demandantes, si únicamente se caucionan los perjuicios ocasionables a uno solo.

En el caso de que la acción posesoria se refiera a predios rurales, el opositor o los opositores no son obligados a ninguna caución por posibles perjuicios, en gracia del artículo 30 de la Ley 200 que así lo establece expresamente.

ART. 880. — Corrido el término probatorio, en el supuesto de que lo haya, o el del traslado de la demanda, el Juez de la causa dicta el fallo, para el que dispone del período perentorio de seis días, y se ejecuta al día siguiente de su ejecutoria o a más tardar el subsiguiente (Art. 549), salvo la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor (Art. 372), haciendo uso de la fuerza si ello fuere necesario ante la situación de hecho que se presente. Es elemental que en la aludida sentencia carece el Juez de potestad para señalar plazos especiales para el cumplimiento suyo, con desconocimiento de lo ordenado en el artículo, y si lo hace incide en extralimitación.

En cuestiones regladas por la Ley de Tierras el fallo de las acciones propuestas se hace con apoyo en las constancias del expediente, y conforme el sistema probatorio denominado de la persuasión racional, en esencia distinto al de la tarifa legal de pruebas que predetermina el mérito probatorio de las que se aporten, aceptado en general en la legislación y así, por ejemplo, ante dos declaraciones de testigos hábiles que concuerdan en sus aseveraciones, en las circunstancias de modo y tiempo, etc., se tiene la plena prueba (Art. 697) a que no puede sustraerse el Juzgador y, en cambio, en el otro la calificación de las pruebas obedece al criterio del Juez, formado en armonía con los principios generales sobre la materia probatoria, más amplio y equitativo, gran elemento en manos de Funcionarios idóneos y probos para evitar actuaciones injustas por él en acatamiento del sistema de la tarifa legal, que no menoscaba

los intereses particulares con los peligros del sistema de la libre convicción (Art. 20, Ley 200 de 1936).

Por otra parte, en el fallo a que se alude juegan papel trascendente los principios sobre enriquecimiento sin causa, abuso de derecho y fraude a la Ley, lo que no es otra cosa que su humanización, permítase la expresión, sin acoger un rigorismo y un formulismo extremo, armónica con los principios de que la propiedad tiene una función social, que el trabajo merece especial protección, etc. (v. Constitución Nacional).

En consecuencia, en el mismo debe decidirse si el vencido tiene derecho o no al pago de mejoras, aún oficiosamente, conforme lo siguiente:

Art. 22, Ley 200 de 1936:

a) Nadie puede enriquecerse sin causa justa;

b) Es mejora en predio rural, toda obra o labor producida por el esfuerzo humano que tenga un valor económico, considerada en sí misma y en relación con el terreno en donde se ha realizado; y

c) El avalúo de las mejoras comprende los siguientes factores, los cuales deben sumarse:

1º El valor comercial al tiempo del avalúo, de las edificaciones, plantaciones, cercas, acequias, caminos y demás obras y labores útiles existentes, incluyendo, cuando los haya, el valor de los frutos pendientes; y

2º El mayor valor efectivo que la tierra hubiese adquirido por el esfuerzo del poseedor.

Para determinar el pago de mejoras, en razón de la buena o de la mala fe del ocupante, se estará a lo dispuesto sobre prestaciones mutuas en el Código Civil, sin perjuicio de lo que establece este artículo (v. Arts. 961 y ss. C. C.).

La entrega al vencedor no se hace en ejecución del fallo hasta tanto sean cubiertas o pagadas las mejoras al vencido, quien goza por ellas el derecho de retención (Art. 25, Ley 200 de 1936), que sólo se extingue por la solución efectiva de su acreencia a diferencia de lo dispuesto en el artículo 970 del C. Civil. Aun cuando no se haya fallado sobre las mejoras, el interesado puede lograr la suspensión de la entrega reclamando su fijación conforme lo dispone el artículo 74 del Dcto. 58 de 1938.

Art. 881. — La sentencia dictada es apelable en el efecto suspensivo por cualquiera de los litigantes (Arts. 490 y ss.), pero se exceptúa el caso de que el demandante sea favorecido con ella, en el que goza de la facultad de pedir y obtener que sea concedida en el efecto devolutivo, bajo condición de que así lo pida al día siguiente de la interposición del recurso por el demandado —o en el mismo día, ya que ningún principio se opone a ello— y que antes facilita una rápida actuación, oportunidad de ofrecer la caución que debe otorgar y que es más propia para la presentación de la petición suya, interposición armónica y lógica del artículo.

Fué dicho que la caución se ofrece al día siguiente de la interposición de la apelación, y ella se otorga en el plazo fijado prudentemente por el Juez de la causa, y su omisión produce el efecto lógico de que el recurso sea concedido en el efecto suspensivo, pues la no garantía mediante fianza, hipoteca o prenda, de los perjuicios que puedan ocasionarse al litigante vencido con la ejecución de una providencia que puede ser revocada, hace falto de base conceder la apelación en el efecto devolutivo..

ART. 882. — Fué visto en otro lugar que contra quienes tienen la calidad jurídica de terceros (Arts. 473 y 476) no producen plenos efectos las actuaciones y decisiones judiciales, y de allí que el artículo disponga que si se opone un tercero, que tenga el respectivo bien en su poder, a la entrega ordenada antes, procede dejárselo en su mano, pero en calidad de secuestre. De suerte que la oposición admisible al tiempo de la verificación de una entrega es la del tercero únicamente, de donde se desprende que es absurdo pretender oposiciones por parte del litigante vencido o de quienes sean derechohabientes suyos y el admitirlas, pues bien sabido es que jurídicamente hay identidad entre tales personas. Por los mismos vínculos de derecho que está ligado el causante lo está el causahabiente (v. C. C.).

El mencionado secuestro subsiste hasta la terminación del juicio posesorio u ordinario que debe promover el litigante vencedor contra el opositor, o hasta los cinco días siguientes a su práctica, en el supuesto de que el primero no incoe la correspondiente acción contra el segundo. Por lo demás, el levantamiento del secuestro por la no proposición de la acción que pueda ejercitar el sujeto en cuyo favor sea ordenada la entrega de que se trate, exige petición del opositor ya que no existe un interés público en la cesación del secuestro y que haga inaplicable la norma general de que las actuaciones judiciales deben ser provocadas.

ART. 883. — El demandante dispone de la facultad de desconocer al opositor el derecho a oponerse, lo que hace subsistir entretanto el secuestro dispuesto en el artículo anterior para la protección de los intereses de aquél. Ese desconocimiento hace necesaria la tramitación de una articulación (Art. 395), en la que lleva sobre sí la carga probatoria el opositor, o sea, a él corresponde acreditar que efectivamente su oposición es fundada por gozar de una posesión no viciosa o del derecho a retener el bien de que se trate, so pena de que se califique de infundada su pretensión y se ordene la entrega pedida sin que pueda oponerse a ella ninguno, lo que en sí es plenamente justificado, pues si se admitieran oposiciones sucesivas con la mayor facilidad se harían ilusorias en su ejecución las decisiones judiciales en procesos posesorios, cosa inaceptable desde todo punto de vista. Por lo demás, la entrega dispuesta en la articulación es hecha como lo prevé el artículo 880.

Ante la justificación de su pretensión por parte del opositor, los cinco días que indica el artículo 882 para accionar contra él se

cuentan desde el siguiente a la ejecutoria del auto que declare esa justificación, en el supuesto de que no sea apelado, porque si lo es los días se cuentan desde el siguiente a la recepción de los autos en la Oficina de la primera instancia, con la confirmación del Superior.

El artículo comentado tiene completa analogía con el artículo 1021, a cuyos comentarios nos remitimos, no sin anotar aquí que la oposición formulada por el poseedor no implica, ni podría entrañarlo, una definición sustancial sobre el dominio del respectivo bien.

ART. 884. — La no justificación por el opositor de la oposición suya le hace incurrir en una multa de cincuenta a quinientos pesos, imponible en la providencia que la decida, la que no comprende la responsabilidad civil en que incurra por culpa y tampoco la penal. Trátase de una disposición, si se quiere, draconiana, pero de necesidad y conveniencia evidentes, porque con ella se persigue que los sujetos particulares no dispongan de fáciles medios de dilación del cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales sin consecuencias en su contra. Con ella se evitan, a no dudarlo, las oposiciones desprovistas de fundamento.

La acotada sanción parece imposible por el solo hecho de la no justificación de la oposición, dados los términos empleados por el artículo, disímiles a otros que exigen expresamente el factor temeridad para sancionar al vencido en las actuaciones judiciales, y por tratarse de una cuestión de suyo importante que mira a la pronta ejecución de los fallos.

CAPÍTULO II

PERTURBACIONES

ART. 885. — A la misma tramitación señalada en el capítulo anterior se sujetan las acciones sobre perturbación de la posesión, de forma que el demandante debe adjuntar a su demanda la demostración de la posesión suya que la fundamente, de los hechos que constituyan la perturbación o fundamenten el temor, etc., porque si no lo hace la demanda suya es inadmisible, de ella se confiere traslado al demandado por tres días, se recibe el negocio a pruebas en caso de oposición por seis días, etc., etc. En consecuencia, huelga repetir ahora lo que quedó expuesto.

ART. 886. — Cuando el demandante acredita plenamente las bases de sus pretensiones, debe declararse así en el fallo y condenarse al demandado a que se abstenga de ejecutar los hechos que constituyan la perturbación o basen su temor, bajo la sanción de cubrir al actor una indemnización que oscila entre cincuenta y quinientos pesos, a juicio del Juez del conocimiento, quien determina concretamente su monto en atención a la naturaleza del bien a que se refiera la acción, de los hechos y actos ejecutados por el litigante vencido y demás, en una palabra, con la consideración de que la aludida sanción, aplicable

por cada hecho o acto subsiguiente, implique una efectiva protección a la posesión del beneficiado con la decisión dictada.

Es impropio que la referida pena comprenda también las indemnizaciones comunes por culpa y la responsabilidad criminal en que incurra el vencido en el proceso, causa para que sea aplicada con independencia de las últimas, ya que el procedimiento posesorio no debe desnaturalizarse (v. Ley 200 de 1936 y Dto. Ejvo. Nº 59 de 1938).

ART. 887. — La enajenación de inmuebles se opera en nuestro sistema legal mediante la forma solemne de la escritura pública (Art. 2577 C. C.), que se somete a la formalidad del registro (Art. 2652, núm. 1º), el que tiene por objeto, entre otros, servir de medio de tradición de los bienes raíces (Arts. 2637, num. 1º y 740 y ss. C. C.), pero por esa ordenación de la legislación no se llega a desconocer la situación de hecho que se presente, no obstante la de derecho operada plenamente, y de allí que se dé acción al adquirente del dominio para completar, por decirlo así, su adquisición, exigiendo la entrega material de lo que se le ha trasmitido en propiedad y que retenga el tradente, quien carga con la obligación de hacerla (Arts. 1880 y conc. C. C.).

La acción propuesta sufre la tramitación propia de las acciones de despojo, de notoria brevedad, por cuanto que apenas es una consecuencia natural de la inscripción de una tradición en el registro y que no requiere tramitaciones más dilatadas, como en el procedimiento judicial anterior, el que no la consagraba en la forma vista.

Sobre lo tratado expresó la Comisión revisora "...El procedimiento ordinario para restablecer el imperio del derecho es muy dispendioso. De ahí que, armónicamente con el sistema de la posesión inscrita establecido en el Código Civil, propongamos que, por la vía de un juicio posesorio, se resuelva el punto, mediante la presentación que haga el demandante de su título acompañado del certificado del registrador de instrumentos públicos sobre la suficiencia de aquél..."

Por consiguiente, el adquirente del bien de que se trate al iniciar su acción de entrega debe presentar la escritura pública debidamente registrada y la prueba de falta de entrega material por su tradente, pues esta última es tan necesaria como aquélla, para que no se accione sobre bases falsas y se exija una obligación ya satisfecha, para que no se suplante caprichosamente una acción por otra.

TÍTULO XXIV

JUICIOS POSESORIOS ESPECIALES

ART. 888. — Las acciones posesorias especiales de obra nueva (Arts. 986 y 987 C. C.), de obra vieja (Arts. 988 y ss., ib.), para prevenir el peligro que ofrezcan ciertas construcciones o plantaciones

mal arraigadas (Art. 992, ib.) y otras (Arts. 993 y ss., ib.) se tramitan y deciden en la forma prevenida por el presente capítulo. De la demanda con la que, análogamente a lo dispuesto en los dos capítulos anteriores, han de presentarse las pruebas que la apoyen, se corre traslado al demandado por tres días, a cuyo vencimiento se abre el proceso a pruebas por diez días hábiles, en el supuesto de que haya oposición, ya que otro alcance no tiene la expresión usada por el artículo: "si es el caso". La recepción a pruebas de los negocios civiles se hace por lo general cuando se presenta oposición a las pretensiones de la demanda y existen hechos pertinentes que probar y en ello encuentra base lo anotado, ya que aparece de bulto que al artículo cuestionado no es posible dar otra interpretación distinta.

Pasados los traslados de la demanda, o el lapso probatorio, el Juez del conocimiento desata el debate adelantado con la decisión de fondo dentro de los siguientes cinco días, la que, es elemental, se base en las constancias de autos.

ART. 889. — En el fallo que decida favorablemente al actor la acción de obra nueva debe prohibirse al demandado la continuación de la obra de que se trate, por sí mismo o por interpuesta persona, bajo idéntica sanción a la prevenida en el artículo 886 y con iguales salvedades, por lo que no nos detenemos ahora en su estudio. Si dispone la destrucción o modificación de algo, debe contener la prevención al demandante vencido de que la lleve a efecto dentro de un término concreto que señala el Juez prudencialmente (Art. 367), porque si no lo hace se entiende que el demandante queda autorizado para ejecutar por sí, o por medio de otra persona, lo ordenado y a costa del mencionado demandado, en conformidad con la doctrina del artículo 1610 del C. Civil (Arts. 971 y ss.).

ART. 890. — Similares características a las sentencias pronunciadas en acciones de despojo presentan las de las acciones especiales, por lo que sobre ellas son aplicables las mismas normas que sobre las primeras y contenidas en el artículo 881, a cuyo estudio nos remitimos. Las sentencias son apelables, pues, en el efecto suspensivo si acceden a las súplicas de la parte demandante, a menos que ella pida en oportunidad y caucione la concesión del recurso en el efecto devolutivo.

ART. 891. — Cuando la acción posesoria tienda a precaver el peligro inminente que ofrezca un edificio o cualquiera construcción o plantación mal arraigada, dispone el demandante de la facultad de prestar caución, garante del pago de los perjuicios que ocasione, para que el Juez del conocimiento, con citación previa del demandado que se halle en el lugar del juicio, proceda al examen de lo que se cuestione, con intervención de perito que el mismo designa y que no es recusable.

La vista directa que hace el Juzgador sobre lo debatido tiene por objeto formar el convencimiento de si se trata de un peligro inminente, vale decir, inevitable por medios distintos a la prosperidad de

la acción, para resolver en el acto mismo en caso de que el convencimiento que forme sea afirmativo o para que se adelante la tramitación ordenada en los artículos del título en el supuesto de que sea negativo. De ello resulta que la acción referida ofrece dos aspectos diferentes en su tramitación: uno, el propio, cuando el peligro que tienda a evitarse sea inminente y el otro cuando no lo sea.

La decisión del funcionario del conocimiento de abstenerse de resolver en el acto de la diligencia que practica sobre el fondo de la acción instaurada y de disponer que el negocio se siga por los trámites de los otros artículos, tiene las modalidades esenciales y propias de los autos interlocutorios (Art. 466, num. 2º), motivo para que contra ella procedan los recursos de reposición y apelación (Arts. 487 y ss. y 490 y ss.), puesto que dada su naturaleza en manera alguna es adecuado a sanas normas asimilarla a los autos de sustanciación.

ART. 892. — Iguales motivos que sustentan el artículo 875 en relación con las servidumbres, hacen conveniente y necesario aplicar su contenido en los procedimientos de que se trata, y de allí que sea fundada por completo la aplicación de aquella disposición tratándose de negocios posesorios. Donde existe la misma razón es aplicable la misma disposición.

LANZAMIENTO POR OCUPACIÓN DE HECHO

No está fuera de lugar decir aquí que en favor de los poseedores existe una acción especialísima, de carácter administrativo, cuyo conocimiento compete a las autoridades policivas, para hacer cesar las ocupaciones de hecho, es decir, hechas sin su consentimiento, acción reglada en la Ley 57 de 1905 y en el Decreto reglamentario número 992 de 1930, subsistentes sin embargo de ser anteriores al Código Judicial vigente, como se ha sostenido comúnmente y aún por el Ministerio de Gobierno en concepto fechado el 10 de junio de 1932.

Con todo, la Ley 200 de 1936, con relación a los predios rurales, atribuyó a los Jueces el conocimiento de los asuntos por ocupación de hecho (Art. 17) y determinó que la acción de lanzamiento prescribe en ciento veinte días (Art. 18) y otras normas sobre la materia, lo mismo que el respectivo Decreto reglamentario (Arts. 3, 52, 53, 54 y ss., Dcto. Nº 59 de 1938), de notoria claridad, por lo que omitimos analizarlos en detalle.

ACCIONES POSESORIAS EN RELACIÓN CON LAS MINAS

Quizás sea de alguna utilidad estudiar ahora, brevemente siquiera, las acciones posesorias regladas en los artículos 320 y ss. del C. de Minas, para conocer su naturaleza y sus diferencias con las civiles propiamente dichas, y al efecto nos permitimos transcribir algunos apartes del trabajo intitulado *Estudio General sobre Propiedad*

Minera, que confeccionamos en mil novecientos treinta y ocho, cuando aún cursábamos estudios universitarios y que mereció el honor del primer premio en el concurso a que fué presentado:

La posesión minera, como toda posesión, necesita de medios que la coloquen a cubierto de situaciones que indican la inefectividad del derecho, que impidan su ejercicio, que restrinjan fuera de toda ley el derecho mismo. El derecho por su esencia, la facultad moral de exigir o de hacer determinada cosa, implica la existencia de formas garantes de su eficacia, pues de no ser así sería una mera palabra sin sentido, desprovista de todo valor, ya que se le violaría impunemente, el titular de él nada tendría en frente de las demás personas, porque negándole la ley los medios para hacerlo efectivo, tendríamos que el orden social se trastornaría, que se convertiría en una lucha social violenta en la cual llevara primacía la fuerza solamente y no la justicia, el derecho.

Las acciones consagradas por las leyes no son sino el medio, la forma de protección de la posesión, que se diferencian o no, según el estado jurídico a que hagan relación, esto es, toman características que las distinguen, en armonía con las relaciones de las personas y de los bienes. Se encuentra aquí la razón de la diferenciación entre las varias acciones posesorias.

Anteriormente sentamos una concepción de la acción como mero procedimiento. Otra concepción de la acción es ésta: "La acción es la potestad que corresponde al hombre de obrar en juicio para la protección y eficacia de todos sus derechos, siendo ella misma un derecho."

Posesión: En el artículo 289 del C. de M. encontramos esta definición de posesión, que es la misma del artículo 762 del C. C.: Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. En las minas, para el efecto de constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina. Quizás no fué muy consecuente el legislador al sentar la definición transcripta, porque si bien es cierto que ella da una idea exacta de lo que es la posesión, no hay que olvidar que tratándose de minas existe la llamada posesión ordinaria, que no puede corresponder al concepto general de posesión, lo que indica que a pesar de que el legislador le da un valor a ella, no queda comprendida en la definición que él establece.

Integran la posesión en nuestro derecho, como regla general, porque la llamada posesión ordinaria no corresponde al verdadero concepto de posesión, dos elementos, que son: el "corpus" y el "animus". Supone el *corpus,* tenencia efectiva, una relación directa e inmediata del individuo sobre la cosa, la aprehensión material de ella, la ejecución de actos de dominio. El *animus* es el elemento intencional que unido al *corpus* caracteriza la posesión; sin él no hay otra cosa que la

mera tenencia del bien por cuanto que quien no tiene el *animus,* legalmente obra a nombre de quien lo tiene, del verdadero poseedor.

De acuerdo con el C. de M. (Art. 290), la posesión de las minas puede ser violenta, clandestina, ordinaria y regular.

La posesión regular, artículo 291, que es la verdadera posesión minera, se adquiere por medio de la adjudicación y se conserva por el pago del impuesto. El título que con las debidas formalidades expide el Estado, representa el elemento *animus* y el pago del impuesto, por la ficción legal ya anotada, el elemento *corpus.* Se aparta en esto la legislación minera de la legislación común, pues la ficción de que el pago del impuesto representa la tenencia material de la mina, es, si se quiere, contraria a los principios sobre posesión contenidos en el libro 2º, título 7º, del C. C. Por otra parte, la posesión inscrita, que es tan favorable a la propiedad común, en tratándose de minas no puede hablarse de ella porque es sabido el significado propio del pago del impuesto en la legislación de minas.

El elemento *corpus,* en el sentido común y natural, como ya lo hemos dicho, indica una aprehensión real del objeto por parte del poseedor directamente o por medio de sus agentes. Y al establecerse la ficción de que se hizo mención, salta a la vista la notoria diferencia que existe bajo este aspecto entre la posesión civil y la minera. Cuando se posee una mina por persona, no hay lugar a la usucapión por parte de otra, aunque la primera no tenga realmente la tenencia material por equivaler el pago del impuesto a dicha tenencia, material, v. gr.

Objeto de la acción: La acción posesoria tiene por objeto principal, como de todos es sabido, la protección de la posesión. La forma en que la legislación minera la establece es lo que interesa a nuestro estudio, de ahí que no estudiemos a fondo la posesión y el origen del interdicto posesorio. Como conforme al C. C. no hay acción posesoria sobre las cosas que no pueden ser ganadas por prescripción, se explica el establecimiento de ellas expresamente en el C. de M.

Art. 320. — "Las acciones posesorias tienen por objeto hacer efectiva o conservar la posesión de las minas o de los derechos reales constituídos en su favor." A primera vista parece que existiera una diferencia entre la disposición transcrita y la disposición del C. C. en el Art. 972, porque en ella se habla de "hacer efectiva o conservar" y en el último de "recuperar o conservar".

Realmente, no existe diferencia sustancial bajo este aspecto entre las disposiciones citadas. Cuando se ejercita la acción para hacer efectiva la posesión no se persigue otra finalidad que la de recuperarla de manos de una determinada persona que tiene el bien sin mejor derecho, que es precisamente lo mismo que se encuentra en la legislación civil. Una mera terminología no basta para diferenciaciones cuando la sustancia, la esencia de las cosas es una misma.

En conformidad con el artículo copiado arriba, hay lugar al ejercicio de la acción posesoria en los diferentes casos en que el poseedor

no pueda gozar de la integridad de la posesión, porque sea obstaculizado, porque la pierda pacífica o violentamente. Con el señalamiento de los casos en los cuales puede ser intentada y prosperar la acción, persigue la ley que el poseedor logre la integridad de la posesión contra toda persona que quiera desconocerle el derecho que está en su patrimonio.

El Art. 323 preceptúa que la acción posesoria para hacer efectiva la posesión únicamente puede intentarse por el poseedor regular, el cual ha de cumplir la obligación de comprobar su derecho. Poseedor regular es el individuo que tiene título que lo acredite como dueño de una determinada mina y que ha pagado hasta el presente los impuestos correspondientes para conservar el derecho (Art. 291), de forma que quien intente como poseedor regular la acción del art. 323 debe probar que lo es, puesto que al pretensor del derecho corresponde la carga de la prueba, que consistirá en este caso en el título de propiedad de la mina, expedido por el Estado.

Es evidente que se trata de un título que acredite la propiedad, no de un simple documento probatorio de que la mina salió del patrimonio del Estado solamente, sino de que el individuo que intenta la acción es poseedor regular (Arts. 414 y 417); por eso se exige que acredite el pago del impuesto.

Como la acción se dirige sobre un determinado bien jurídico, por elementales razones corresponde al actor probar la identidad de dicho bien. Esto, porque no siendo así tendríamos que se cometerían innúmeros abusos en perjuicio generalmente de quienes tienen perfecto derecho. Sería absurdo aceptar que es posible intentar una acción para hacer efectiva la posesión sin señalar el objeto material de ella concreta y claramente, esto es, sin establecer que la cosa objeto de la acción es la misma que se menciona en el título que acredite la posesión regular.

La autoridad judicial ante una situación de tal naturaleza se hallará imposibilitada, no podrá decretar la entrega, pues cuando el actor no prueba la identidad de la cosa objeto de la acción, ésta no podrá prosperar, como es obvio. De lo contrario, como lo dijimos, se abriría campo a toda suerte de abusos. Diego, por ejemplo, tiene posesión regular de una mina, y está ocupándola materialmente; Ricardo también es poseedor regular de otra mina situada en el mismo lugar, pero que no ocupa materialmente. El último entabla la acción de que venimos hablando y la dirige contra Diego, alegando que la mina de que Diego está en posesión es la que señala el título suyo, que es más antiguo. Si la autoridad judicial no exige la identificación del bien sobre el cual se dirige la acción, se tendrá como consecuencia que Ricardo arbitrariamente y con apariencias de legalidad, lesiona el derecho de Diego.

En el ejemplo propuesto se puede apreciar nítidamente la razón de lo que sostenemos.

En el artículo 323 indica el Código contra quiénes puede dirigirse

la acción para hacer efectiva la posesión: contra los poseedores ordinarios, los clandestinos o los violentos.

La posesión ordinaria que establece el C. de M. y que no se conoce en el C. C. es la que tiene el avisante, el ocupante sin violencia ni clandestinidad, el poseedor regular que deja de pagar el impuesto y continúa ocupando materialmente la mina. Es una posesión bien especial que sí tiene importancia práctica y fundamentos lógicos desde el punto de vista de la legislación minera. Al particular que desea la adjudicación de una mina para explotarla, interesa el conocimiento de ella por sencillas razones y por tanto se le ha de colocar en circunstancias que le sean favorables para conseguir el conocimiento que necesita; además, si por la posesión ordinaria puede ocupar la mina, puede ejercitar algunas acciones posesorias, se comprende que dicha clase de posesión sí tiene importancia práctica. Al Estado interesa la explotación de las minas y por ese interés se crea la posesión ordinaria para dar mayores facilidades a la explotación.

Las consideraciones anteriores son aplicables a la posesión del mero ocupante, porque es de presumir que ese ocupante trate de adquirir la mina ocupada por medio de la adjudicación. En cuanto a la posesión del que ha sido poseedor regular y que continúa ocupando materialmente la mina, es de presumir en él el ánimo de recuperar el derecho, de donde se desprende que es conveniente que goce de alguna protección o garantía.

Los artículos 292 y 293, definen la posesión violenta y la clandestina, respectivamente en idéntica forma como las define el C. C. Contra quienes tienen estas clases de posesión también hay lugar a la acción posesoria para hacer efectiva la posesión. Fuera de los fundamentos en que se apoya esta acción cuando se dirige contra un poseedor ordinario, por ejemplo, se agrega otro cuando se trata de la posesión violenta o la clandestina: lo vicioso de dichas posesiones.

A primera vista parece que, según el texto del artículo 323, no hay lugar a la acción para hacer efectiva la posesión contra otro que pueda llamarse poseedor regular, mas sin embargo, de las disposiciones posteriores del Código se deduce que sí hay lugar a ella. Es una conclusión a que necesariamente se tiene que llegar dentro de la más estricta lógica.

Veamos. El artículo 125, que preceptúa que entre poseedores regulares habrá preferencia por razón de antigüedad, para señalar la cual se toma como base la fecha de los títulos respectivos, se encuentra una razón para formar el criterio de que puede ser intentada la acción contra un poseedor regular puesto que de otra manera no se explica que en el artículo mencionado se diga: "habrá preferencia por razón de antigüedad".

El artículo 419 confirma lo anterior de manera bien precisa. Basta transcribirlo para ver en él la ratificación del artículo 325. "Si el ocupante de la mina probare, dentro del término que se le señale,

que es poseedor regular de ella y su título fuere anterior al del demandante, no se llevará a efecto la entrega."

El texto del artículo 420 es éste: "Si no justificare que es poseedor regular o si su título fuere posterior al del demandante, la entrega se llevará a cabo..." La lectura de estos artículos convence hasta el extremo de que sí puede ser intentada la acción de que hablamos contra otro poseedor regular. Es elemental observar que las disposiciones vigentes sobre interpretación de la ley, permiten afirmar con acierto que el hecho de que de manera expresa no se hubiese dicho en el artículo 323 que contra otro poseedor regular también procede la acción para hacer efectiva la posesión, no es óbice para que ella pueda intentarse y prosperar contra él.

Por otra parte, el poseedor regular, verdadero dueño, no puede quedar colocado, por ministerio de la ley, en una situación desventajosa como, en efecto, lo estaría si no pudiese intentar la acción contra otro que si es llamado poseedor regular no tiene mejor derecho en la mina, ya que tal denominación no deja de ser algo que no corresponde a una realidad, ya que apenas puede estar en posibilidad de adquirirlo cuando el primero lo abandone. De suerte que no sería justo que un poseedor regular dispusiese tan sólo de la acción ordinaria para defender su derecho en frente de quien a espaldas suyas, sin su conocimiento quiso suplantarle en él. Sin su conocimiento, decimos, porque si fué citado personalmente cuando la mina iba a ser adjudicada a otro y no se opuso, perdió su derecho de dominio, dejó de ser poseedor regular.

El juicio de un poseedor regular contra otro de la misma clase, para hacer efectiva la posesión, finalizará, según las disposiciones del Código, favorable a aquel que tiene el título más antiguo, pues su derecho, primero que el de la contraparte, prima por la aplicación que se ha de dar a un principio universal de derecho. Conviene anotar, por lo importante de la cuestión, que cuando las disposiciones del Código consagran la primacía del título más antiguo no se trata de un documento de adjudicación con fecha anterior simplemente, se trata de demostrar la posesión regular continuada desde la expedición del título. Veamos.

Ocurre, v. gr., que *A* tiene un título de adjudicación y la mina que ha recibido en virtud de este título de adjudicación queda abandonada por la falta de pago del impuesto, pero luego es aceptado el pago cuando ya no es tiempo de hacerlo porque otra persona ha avisado con posterioridad al abandono y con anterioridad a dicho pago. La última persona llena las formalidades exigidas para la adjudicación y se expide en su favor el título de adjudicación de la mina que perteneció a *A*, título que lleva por fecha la del día del aviso, según el artículo 93.

Quien abandonó la mina entabla una acción posesoria para hacer efectiva la posesión y se dirige contra el segundo adquirente, el cual tiene un derecho perfecto en la mina, es poseedor regular. Si se sos-

tiene lo contrario al concepto esbozado en las anteriores, líneas, quien abandonó por falta de pago y luego pretendió recuperar verificando el pago debido, será favorecido en la decisión del negocio porque presenta la comprobación del pago de los impuestos y un título de fecha anterior, que sólo sirve ya realmente como recuerdo de que fué propietario de una mina, pues ya no comprueba ningún derecho ni como documento ni como causa de actuales derechos. En el mismo orden de ideas podríamos idear otros casos.

Poco más que absurdo es entender que las disposiciones que preceptúan la preferencia por razón de antigüedad, contienen el mandato legal al Juez de no apreciar en las controversias suscitadas entre poseedores regulares sino las fechas de los títulos, con lo cual se cometerían arbitrariedades y se sacrificaría el derecho. El convencimiento que debe tener el Juez para decretar la entrega, "estar cerciorado" (Art. 417), no lo tendría estudiando meras fechas; lo que ha de estudiar es si el derecho aparece comprobado y de parte de quién está, lo que no haría revisando sólo fechas sino con un estudio que por sí mismo tiene que ser más completo.

En síntesis: cuando por un poseedor regular se entabla la acción para hacer efectiva la posesión contra otro poseedor de la misma clase, hay preferencia por razón de antigüedad de los títulos siempre que aparezca comprobado que la posesión regular de quien exhibe título más antiguo no ha sido reemplazada, sustituída por así decirlo, por la de quien presenta título de fecha posterior.

¿Cómo se acepta acaso que el individuo desprovisto de derecho triunfe sobre quien lo tiene perfecto? Cierto es que la acción posesoria que estudiamos no da campo para discutir el dominio propia y exclusivamente, pero también lo es que la calidad de poseedor regular que da el derecho corresponde probarla a quien pretende que tiene esa calidad, máxime cuando se trata de otro poseedor regular, por lo menos en apariencia, porque el dueño es uno solo. Negar que el derecho tiene que probarse en forma precisa equivale a desconocer el sentido de los artículos que establecen preferencia por razón de mejor derecho, pues cuando se habla en ellos de antigüedad no se descarta la prueba de lo que podemos llamar continuidad del derecho. Hay un principio dominante en el derecho y es el de que para intentar cualquier acción se requiere un interés jurídico, que no es otra cosa que un derecho individual que goza de protección de los órganos jurisdiccionales, principio de imprescindible aplicación en la acción posesoria estudiada. Quien primero obtuvo una adjudicación pero que luego perdió el derecho por una u otra causa, no puede triunfar, si de hecho ejercita la acción, sobre quien adquirió luego la cosa que tenía el primero, porque él no tiene un interés jurídico actual que haya de ser protegido.

Bien característico de la acción posesoria para hacer efectiva la posesión es la no prescriptibilidad suya, según lo estatuye el artículo 326, lo que se explica habida consideración de que se conserva la

propiedad de cualquier mina oponiéndose, pagando el impuesto, etc. y que el último, por una ficción de la legislación minera, importa la posesión material de las minas, de donde se infiere que si se tiene la posesión material no puede prescribir la acción, pues bien sabido es que es base de la prescripción la ausencia de posesión material por parte de aquel contra quien se puede cumplir.

Se pregunta: ¿por qué si ante la ley equivale el pago del impuesto a la tenencia material de la mina se concede acción para hacer efectiva la posesión? Dentro de una estrecha lógica jurídica, dentro de un formulismo inflexible, aparecerá contraproducente que, sin embargo de tener ante la ley la posesión material, se conceda acción para hacerla efectiva, lo que realmente viene a ser recuperar y no se recupera lo que no se ha perdido.

La ficción de que el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina parece que se justifique por la intención del legislador de dar estabilidad mayor a la propiedad minera y colocarla así fuera del campo de la prescripción, pero por consecuencia de esta ficción no se podría llegar a desconocer posibles situaciones, hechos que entrañan nada menos que la desintegración del derecho del poseedor regular como sería el caso de no poder ocupar realmente una propiedad en que tiene íntegro el derecho de dominio. Buenas son las fórmulas, pero a ellas no se puede sacrificar el derecho.

Lo que se deja expuesto permite concluir que existe diferencia de fondo entre la acción posesoria minera y la civil propiamente dicha, porque ésta tiene plazo perentorio de proposición, porque no requiere presentación especial de títulos, porque ellas poco importan en la misma, porque ésta exige posesión anterior de un año, etc.

Segunda acción posesoria. — La segunda acción posesoria del C. de M. es la del artículo 328, que dice: "El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace en su posesión, o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme." Este artículo es exactamente igual al 977 del C. C., pues parece que el legislador minero transcribió dicho artículo con la sola diferencia de que en éste se habla de perjuicios y en el otro de daños.

La importancia de la posesión, un hecho que hace presumir un derecho, exige la acción posesoria para su protección puesto que todo derecho ha de ser protegido eficazmente y la posesión sin la acción posesoria no lo sería, ya que con las acciones ordinarias no sería lograda la protección tan efectiva que se logra en la forma sumaria, sin los dilatados trámites del procedimiento ordinario que muchas veces es la ineficacia del derecho que se trata de favorecer.

Por causa de la disposición mencionada el poseedor tiene derecho a lo siguiente: *a*) A que no se le turbe o embarace en su posesión; *b*) Para que no se le despoje de ella; *c*) Para que se le indemnice del daño que ha recibido. Adviértase que dentro de la misma acción posesoria no hay lugar a pedir el pago de daños y perjuicios porque

éstos son materia de un juicio diferente ya que el objeto de la acción posesoria es distinto; *d*) A que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme, esto es, a que se le ordene al posible perturbador no ejecutar aquellos actos que serían dañosos de la situación suya.

El Código no es bien preciso en la determinación de quién puede ejercitar la acción posesoria por perturbación. Sólo se expresa en él que puede ejercitarla el "poseedor", sin hacer diferencia alguna, lo que puede ocasionar incertidumbres y dudas. En cuanto al poseedor regular no es lógico dudar si tiene o no derecho a ejercitarla por ser evidente que sí lo tiene. La duda surge cuando se pregunta si el poseedor llamado ordinario puede ejercitar la acción de perturbación.

Una recta interpretación de las disposiciones relativas a la cuestión dilucidada, permite afirmar fundadamente que el poseedor ordinario sí puede intentar la acción. En la acción vista no se trata de demostrar una vinculación perfecta entre el individuo y la cosa, la propiedad como en la primera acción posesoria, lo que es una buena base para sostener que la acción puede ser intentada por el poseedor ordinario. Ahora, si la ley crea la posesión ordinaria, es natural que la misma proteja el ejercicio de ella, la garantice, con sus disposiciones. De lo contrario, no se justificaría la mencionada posesión y la ley sería contradictoria en sus principios.

La prescripción de esta acción es la de un año y por este aspecto difiere del interdicto anterior que no es prescriptible. Se han hecho a esta prescripción críticas que la califican de injusta y errónea, a las cuales no cabe atribuirles un valor decisivo para que esta prescripción sea suprimida en el Código.

Acción de despojo. — Como en la legislación civil, en la legislación de minas se incluye en las acciones posesorias la llamada acción de despojo, sin ser esta acción exclusiva o esencialmente posesoria porque las acciones posesorias tienen por objeto esencial proteger la posesión y esta acción al poder ser intentada por el mero tenedor no tiene por objeto exclusivo, como lo decimos, proteger la posesión sino restablecer un orden jurídico violado arbitrariamente, sancionar un hecho antisocial, como lo apuntó en forma gráfica Savigny: "es la interdicción de la violencia".

Con la acción de despojo se persigue el que nadie se haga justicia por su propia mano suplantando a las autoridades, en primer lugar, y en segundo, proteger el interés particular contra la fuerza arbitraria. Como se comprende, son el interés público y el interés privado los fundamentos de esta acción. No es ésta la oportunidad de estudiar si fué en el derecho canónico o en el derecho romano, por el cual se tiene tan extremada admiración, cuando se le considera como principio del derecho, donde tuvo origen; en este estudio general apenas vemos somera y concretamente las cuestiones comprendidas en el tema elegido.

ART. 331. — "Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, tendrá derecho para que se

restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para eso se necesite probar más que el despojo, y sin que se pueda objetar clandestinidad o despojo anterior". Poca diferencia hallamos entre esta disposición y el artículo 984 del C. C.

La prescripción de la acción es bastante corta, seis meses, porque es razonable presumir que quien ha sido despojado acudirá dentro de ese término a la autoridad competente en defensa de su derecho. Esta prescripción, como es obvio, ha de contarse a partir de la consumación del despojo que se haya sufrido.

La acción puede ser dirigida contra cualquiera que haya aprovechado la violencia para despojar, aún contra el llamado poseedor regular, pues como está dicho, no se trata exclusivamente de la posesión, sino de volver las cosas al estado que tenían antes del hecho del despojo. Al individuo contra quien se dirige la acción no se le permite excepcionar objetando clandestinidad o despojo anterior, y está bien que no se le permita hacerlo porque ello está en perfecto acuerdo con los fundamentos de la acción: se trata de impedir que los individuos se hagan justicia por su propia mano.

La tramitación que se da a la acción obedece al interés de volver las cosas al estado que tenían antes del despojo. A la necesidad que hay de impedir la prolongación de situaciones viciosas, contrarias al interés social. Las pruebas exigidas por el Código son una garantía de acierto que no hacen peligrosa la tramitación que se da a la acción (testigos abonados por ej.).

Acciones posesorias especiales. — El Código reglamenta primeramente las acciones posesorias generales y luego las especiales, a partir del art. 333, que es del tenor siguiente: "El poseedor regular de una mina, y el descubridor o restaurador que no hubieren perdido sus derechos, pueden pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir, y que pueda impedir o dificultar el laboreo de ella. Pero no tendrán derecho a denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, canal, acueducto, puente, etc., con tal de que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario y que terminados se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras. Tampoco tendrán derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza de los caminos, acequias, cañerías, etcétera.

En primer lugar, tienen derecho a entablar esta acción el poseedor regular, el ordinario, descubridor o restaurador, y es bien explicable que goce de ella no únicamente el poseedor regular sino también el poseedor ordinario cuya posesión, sea por descubrimiento o restauración, reconocida por la ley, ha de ser protegida para que se encuentre en situación de poder gozar ampliamente de las facultades de que está investido por la ley. La ley sería negada por ella misma si no diera a los últimos, medios propios para hacer valer el derecho que les concede.

Hace referencia la disposición copiada a obras que se trate de construir fuera de la mina, como es fácil comprender. Cuando es el caso de construcciones localizadas dentro de la mina (nos referimos al área que legalmente comprende una mina), la acción procedente es la de perturbación. El texto del art. 334, explicativo, convence hasta la saciedad de que se trata en la acción especial vista de obras ubicadas fuera de la mina: "Las construcciones en el predio sirviente..."; y es clarísimo que hay obras que sin ocasionar "embarazo" a las servidumbres, ocasionan o pueden ocasionar perjuicios a las minas, lo que viene a caracterizarlas como denunciables.

El art. que acabamos de transcribir parece más preciso que el art. 986 del C. C. cuando habla de obras que se trate de construir "sobre el suelo de que se está en posesión", con lo cual no se delinea bien la distinción entre las acciones posesorias generales y las especiales. Más en armonía con los principios generales sobre las acciones posesorias está la disposición del C. de M. citada que la ordenación civil, contenida en el artículo 986.

De conformidad con el inciso segundo del art. 333, no se da derecho para denunciar las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, etc., sino en el caso supuesto de que dichas obras no se reduzcan a lo estrictamente necesario ya que es justo que no se concedan a una persona ilimitadas garantías, ilimitados derechos, en perjuicio de otra y de los intereses generales de la sociedad. En consecuencia, está bien que no se permita denunciar las obras enumeradas cuando se reducen a lo estrictamente necesario y que sobre el constructor de ellas pese la carga de restituir las cosas al estado en que se hallaban antes de empezar las obras aludidas. Tampoco existe en favor del poseedor el derecho de denunciar o impedir los trabajos dirigidos al mantenimiento de la debida limpieza de los caminos, acequias, cañerías, etc. Es de interés público que los caminos, acequias, cañerías, etc. permanezcan en condiciones de servir efectivamente para los fines que les son propios; luego esta restricción tiene una justificación completa en ese interés.

En síntesis, lo transitorio de las obras que no son denunciables, y fundamentalmente, la aplicación del conocido principio de derecho de que el interés público está sobre el particular, justifican las restricciones que aparecen en los últimos incisos del artículo comentado.

No porque se señalen las restricciones anteriores al poseedor puede pensarse que no tiene medios de defensa contra los abusos que quieran cometerse en perjuicio suyo. Acertadamente lo protege el artículo cuando establece, refiriéndose a las obras: —"con tal de que en lo que puedan incomodarlo se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras".

Dispone la ley que la prescripción de esta acción es de un año. El laconismo de la disposición da lugar a dudas cuando se trata de saber desde qué momento ha de contarse el tiempo de la prescrip-

ción, si es desde que se dé principio a la obra, desde el momento de causar los perjuicios, o a partir de la terminación de ella. Éstas son las soluciones dadas, con más o menos razones, para resolver el interrogante de cuál es la época en que debe empezar a contarse la prescripción. Siguiendo algunos estudios que conocemos sobre la cuestión, encontramos más a tono con la lógica sostener que la prescripción debe contarse a partir de la terminación de la obra. Así, entendemos, se realiza la finalidad perseguida por la ley.

Se presenta el caso de obras cuya construcción puede durar más de un año, por su naturaleza propia o por la voluntad del dueño de ellas, y si se contara la prescripción desde el momento en que empieza la construcción de la obra, fácilmente se burlaría la acción del perjudicado, quien podrá hallarse en situación de no saber si la obra empezada le causará perjuicios. Por esto no somos de opinión de que la prescripción debe contarse desde el principio de la obra de que se trate.

La tesis de que la prescripción debe contarse desde el momento en que la obra causa algún perjuicio, merece el reparo de ser casi imposible determinar el momento preciso en que la obra causa algún perjuicio y no se debe tener una base tan incierta para contar la prescripción. Se considera que en no pocas ocasiones quedaría desamparado por completo el dueño de una obra de la naturaleza vista, no obstante tener el derecho a que si se acciona contra él, lo sea en la vía ordinaria exclusivamente. Quizás con la aplicación de esta tesis no se diferenciarían prácticamente, en algunos casos por lo menos, la acción de obra nueva y la acción de obra vieja.

Las ligeras consideraciones hechas nos inclinan a aceptar que la prescripción ha de contarse desde la terminación de la obra. Más lógica y más jurídica juzgamos esta tesis que las anteriores. Es la que el criterio general acepta por ser la más razonable, conforme a los principios de derecho.

Obra vieja. — El C. de M. regla en idéntica forma que el C. C. la acción de obra vieja, claro está que con la natural diferencia impuesta por distintos bienes a que se refieren. Si de ordinaria ocurrencia es en materia civil, en materia de minas sucede lo contrario, cosa explicable atendido la circunstancia de que pocas veces obras ruinosas amenazan el laboreo de las minas o las construcciones accesorias a ellas. Las bases de las demás acciones posesorias son las de esta acción (mutatis mutandis).

La acción se refiere a edificios que amenazan ruina (Art. 335) y a toda clase de construcciones que ofrezcan algún peligro o a árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (Art. 338.)

Tres casos son los contemplados en este interdicto, a saber: *a*) Cuando el edificio no admita reparación; *b*) Cuando la admita, y *c*) Cuando el daño que amenace el edificio no sea grave. En el primero y segundo casos si el dueño no cumple lo ordenado por el juez,

derribar el edificio o repararlo, se puede proceder a derribarlo o a repararlo a costa suya (art. 335).

Si el edificio cayere por efecto de su mala condición o por un caso fortuito cualquiera, si se prueba que sin el mal estado anterior no hubiere caído, tendrá derecho el perjudicado a ser indemnizado, a condición de que hubiere precedido notificación de la querella. La explicación que se suele dar a la exigencia de la notificación previa para tener derecho el perjudicado a ser indemnizado, es la de que es justo que al dueño del edificio que causa el daño se le haya llamado para que conozca el daño a que expone al vecino, y que es necesario de que exista constancia anterior de la voluntad del último de ejercitar el derecho suyo. Encontramos no muy convincente la explicación, sobre todo en esta época en la cual el régimen de la propiedad no descansa en el concepto de abuso, puesto que no a otra cosa equivale decir que al dueño es preciso llamarlo para que conozca el estado de su propiedad.

Los demás artículos relativos a la acción posesoria especial de obra vieja son bastante claros, y en el estudio general que hacemos no es la oportunidad de estudiarlos detenidamente ni de dilucidar los problemas que podrían ocurrir acerca de ellos.

Los artículos 413 a 444 del C. de Minas reglamentan los juicios posesorios y, en consecuencia, han de estudiarse especialmente cuando se trate de acciones posesorias en relación con las minas.

TÍTULO XXX

JUICIO DE SUCESIÓN

ART. 893. — Define el artículo desde qué instante existe el juicio sucesorio diciendo que empieza desde el momento en que se inicia la práctica de cualquiera de las medidas preventivas de que tratan los tres capítulos siguientes, definición que se resiente quizás de alguna falta de necesidad, toda vez que en las instituciones legales al presente han dejado de ser indispensables las definiciones, ante un cúmulo de principios aceptados y la regulación que de las diversas instituciones contiene el articulado de los Códigos. En mérito de la aludida definición se tiene, pues, que los procesos sucesorios tienen iniciación desde que se ordena la fijación de sellos, el secuestro preventivo, etc., ya que ningún otro alcance tiene la expresión del artículo en referencia: — "desde que se inicia".

Ahora, es elemental anotar que no deben confundirse la apertura de la sucesión prevista en la ley sustantiva (Art. 1012 C. C.) con la iniciación judicial del proceso sucesorio, puesto que ésta por sí presupone la primera que la hace posible y no a la inversa, porque, en general, la actuación judicial presupone también súplica de interesado o por lo menos información anterior de la defunción del

causante y en cambio la apertura dispuesta en la ley civil se opera mecánicamente, de derecho, por ministerio de la legislación. Por tanto, la apertura de la sucesión, procesalmente hablando, se realiza con la actuación judicial relativa a la misma para dar comienzo a los actos que son propios en ella.

El juicio sucesorio, desde el punto de vista del procedimiento, tiende a la conservación de los bienes relictos y a concretar los derechos de cada asignatario en la masa herencial, es de competencia exclusiva del juez del último domicilio del fallecido, según la cuantía (Art. 1012 C. C., Arts. 152, núm. 5º y 154 C. J.) y de naturaleza apellidada de jurisdicción voluntaria (Art. 195), pues comúnmente no se dirige a finalizar o reparar violaciones o desconocimientos de los derechos particulares sino a algo en esencia diferente, no a decidir una controversia, en el verdadero sentido del vocablo, sino a formalizar, permítase la expresión, los derechos de los causahabientes.

Llama la atención que el juicio aludido surge como fué anotado, a diferencia de los otros que empiezan con la admisión y notificación de la demanda presentada y en todo caso por acción establecida por interesado legítimo, lo que no ocurre con aquél, por cuanto que es dable que sea iniciado oficiosamente como cuando se trata de la sucesión de un sujeto que no sea nacional colombiano (Arts. 913 y ss.), caso de verdadera excepción al principio general de que la actualización de la jurisdicción siempre debe ser solicitada por interesado legítimo y que no es oficiosa, vale decir, condicionada a la mera voluntad de los funcionarios judiciales.

El proceso sucesorio dura hasta que es declarada ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición, según enseña el artículo referido, pero ello no parece tan absoluto, por lo que se ve al tratar de los casos en que haya un solo heredero (Art. 968.)

Capítulo I

MEDIDAS PREVENTIVAS

Parágrafo I. Guarda y fijación de sellos.

Art. 894. — El albacea (Art. 1341 C. C.), el heredero y en general toda persona que tenga un interés real o presunto en una sucesión (Art. 1279 ib.) dispone de la facultad de solicitar al Juez de Circuito o al Municipal del lugar, pues sobre el particular y para facilitar en lo posible la actuación, no se atiende al concepto de cuantía (Arts. 196 y conc.) que lleve a efecto la guarda bajo llave y sello de los bienes muebles y documentos de una sucesión. Ahora, la súplica que al respecto se haga para lograr éxito presupone que el peticionario adjunte a ella la demostración satisfactoria de la muerte del fallecido, que consistirá en las actas de origen notarial

(Ley 92 de 1938), o en las eclesiásticas, subsidiariamente, y la de su interés real o presunto en la sucesión.

Cabe aquí observar que la prueba consistirá en el acto testamentario por el que se constituya asignatario al petente o en las partidas que acrediten un parentesco cercano con el causante, especialmente cuando se trate de un testamento cerrado, puesto que el interés presunto mencionado por sí deja margen para proceder con alguna amplitud en la materia, ya que no puede extremarse el rigorismo hasta el extremo de desconocer la doctrina del artículo exigiendo en la práctica la prueba, en todo caso de interés real, esto es, conocido. Ese interés presunto es el que lógicamente y en buena sindéresis resulta de uno u otro acto del que se deduzca que el peticionario representa derechos en la sucesión en relación con la cual actúe.

Por lo mismo que la actuación judicial ha de recaer sobre algo cierto, el peticionario aludido ya varias veces debe indicar por lo menos el lugar en donde se encuentren los muebles y papeles. La petición suya, cuando así lo exige, no está sujeta a la actuación de repartimiento propia cuando en el lugar hay varios jueces de la misma categoría (Art. 149 y conc.), análogamente a lo preceptuado en el artículo 276, inc. 3º, pero el juez que conozca de ella tiene derecho a que le sea abonado el negocio en el reparto subsiguiente (v. Ley 63 de 1936, arts. 26 ss.)

ART. 895. — Dice el artículo que si el juez encuentra basada suficientemente la súplica de guarda y fijación de sellos se traslada inmediatamente al punto donde estén los bienes de la sucesión a verificar las diligencias que en seguida se relacionan. Con todo, en atención a que en principio no hay actuación judicial sin providencia que la ordene, juzgamos que lo más correcto es, al igual que cuando se trata de un secuestro preventivo, que sea dictado auto dispositivo de ellas, el que es susceptible de ejecución aun sin notificación, dada la naturaleza de su materia (Art. 276.) Por lo común, en las actuaciones judiciales es predeterminado su objeto en gracia de los intereses y de las partes y de un mejor orden en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, descartándose la arbitrariedad y el capricho, y para que ellas dispongan de oportunidad de interponer los recursos legales, por ejemplo, el de reposición y el de apelación, que se le concederá según la calidad de la providencia y de la misma manera que contra el auto ordenador de un secuestro.

Las diligencias que debe cumplir el juez, son:

1º — Asegurar con cerraduras y sellos los almacenes, habitaciones u otros lugares en que se hallen muebles y papeles de la sucesión. De allí que sea preciso que el peticionario los indique para que se proceda con certeza, evitando en esa forma actuaciones inefectivas por carecer de verdadero objeto. Por tanto, en el supuesto de que aparezca que en las habitaciones o en los almacenes no existen muebles y papeles del causante lo lógico es no proceder a la aposición

de sellos, etc. por la falta de algo que la justifique y a fin de no menoscabar los intereses de terceros.

2º — Tomar los documentos contentivos de la voluntad testamentaria del causante, los que deben guardarse en el juzgado mismo, hasta tanto que por interesado legítimo se pida la apertura u publicación, en caso de que se trate de testamento cerrado, o hasta que sea pedida la formación de los inventarios, cuando haya un testamento nuncupativo o abierto otorgado ante notario.

3º — Dejar en calidad de secuestro, en manos de quien los tenga y a pedimento suyo, los bienes muebles de uso doméstico. Para lo relacionado se exige, pues, que la materia de la actuación sean cosas muebles, que estén aún en mera tenencia de una persona, puesto que a diferencia de otros casos no se exige la posesión suya y, por último, petición expresa de tal persona. Resalta en ello que directamente no recae la guarda bajo llave y sello sobre los muebles de uso doméstico, en armonía con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1280 de la ley sustantiva, de este texto: "no se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cuotidiano; pero se formará lista de ellos". Está fuera de discusión que en el acta que corresponde extender de la diligencia deben especificarse claramente los bienes dejados en secuestro, por bien comprensibles razones.

4º — Dejar también en secuestro los bienes muebles que una persona diga no tenerlos a nombre de la sucesión respectiva e indicados como pertenecientes a ella sino a nombre propio o de un tercero (Art. 278), y que manifieste su voluntad contraria a la diligencia, ya que esa voluntad es necesaria desde todo punto de vista. A no dudarlo, es condición principal que los bienes estén en poder suyo, bien como poseedora o tenedora a nombre de otra, porque esa situación es lo que la habilita para el logro del secuestro en mano suya.

5º — En caso de que el fallecido haya sido corredor de comercio o agente de cambio (Arts. 65 ss. C. de C.) debe pasar sus libros al Juez competente en caso de que él no lo sea, expresa la parte final del artículo comentado, pero creemos que por motivo de la Ley sobre Cámaras de Comercio (Ley 28 de 1931) deben pasarse a la respectiva Cámara de Comercio, porque a ellas corresponde normalmente su custodia.

ART. 896. — En caso de que el funcionario que ordena y practica las medidas preventivas de que tratan las anteriores disposiciones no sea el competente para conocer del proceso sucesorio mismo, está en la obligación perentoria de remitir las correspondientes diligencias al que tenga la competencia para conocer de él, la que corresponde al juez Municipal o al de Circuito del último domicilio del causante, según la cuantía (Art. 196) de la sucesión, deber que debe satisfacer inmediatamente, cumpla su actuación preventiva, pues es de toda lógica y para la unidad de la actuación que el juez a quien haya

sido atribuído el conocimiento de fondo del proceso sucesorio conozca de los incidentes relativos al mismo. Además, no se explicaría la retención de las diligencias por aquel funcionario siendo que acerca de la finalización de tales medidas preventivas y demás debe conocer el juez competente para la sucesión de que se trate.

En la hipótesis de que las medidas preventivas precitadas sean pedidas ante el juez competente para el conocimiento de la sucesión, pero sobre bienes situados en lugares distintos á aquel en que resida en ejercicio de sus funciones, para lograr una más breve práctica de ellas dispone de la facultad de comisionar para el efecto a los de los respectivos lugares, lo que de suyo es armónico con las reglas que norman la comisión (Arts. 133 ss.) y con lo que sobre el particular dispone el C. Civil en el artículo 1280.

ART. 897. — Las autoridades policivas en razón de sus funciones preventivas de conservación del statu-quo de las cosas, tienen facultad de guarda y fijación de sellos en los bienes de las sucesiones, la que es eminentemente transitoria, de duración condicionada a que el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones más propias decida levantarlas, previa petición de la parte interesada y con noticia anterior a la autoridad policiva que haya actuado. Dispuesta por el juez la práctica de las medidas preventivas de que se viene tratando procede a actuar como fué anotado al tratar los artículos anteriores del capítulo, con la anterior información a la autoridad policiva mentada, actuación que forzosamente prima sobre la de la policía, como es elemental saberlo. En consecuencia, lo actuado por la última no crea un vínculo de derecho que ligue al juez en el desempeño de su misión, de lo que se concluye que si ha dejado bienes secuestrados el primero no tiene que acogerse a ello el funcionario judicial, cuyas atribuciones son más amplias que las del policivo.

ART. 898. — La guarda de los bienes herenciales y la fijación de sellos es una medida marcadamente provisional, de vigencia necesaria hasta la confección de los inventarios correspondientes, porque se busca con ella que no desaparezcan los bienes relictos con ocultaciones o hechos de índole similar. Por tanto, se justifica su levantamiento una vez verificados, pero a petición de interesado legítimo ya que tampoco concurren fundamentos para que esto último sea hecho oficiosamente. También antes de la práctica de los inventarios procede levantar aquella medida a petición del albacea con tenencia de bienes, de quien acredite el carácter de heredero del causante o por la entrega que se dispone al designado curador de la herencia declarada yacente.

ART. 899. — El secuestro de que tratan los numerales 3º y 4º del artículo 895 se levanta por la omisión del peticionario de la guarda y fijación de sellos, u otro interesado en ella, en constituir caución de responder al poseedor o al tenedor de los perjuicios que puedan causársele. El término para otorgar esa caución, que en todo caso califica el juez de la causa, es el de diez días, a contar desde que se

lleva a efecto la práctica de la diligencia de secuestro, no obstante que el artículo no lo diga expresamente, ya que es un proceder racional, que armoniza con otras normas procesales (Art. 293 y conc.) y de más juridicidad que otros que pudieran idearse.

El levantamiento dicho ha de pedirse por un interesado directo en él, bien sea heredero, un poseedor, etc., y se cumple como en los casos comunes. Sin interés no hay acción, se ha dicho y aceptado por la doctrina y las legislaciones y la jurisprudencia, en lo que se apoya lo dicho. Sería absurdo que un sujeto desposeído de todo vínculo de derecho sobre lo secuestrado pudiera pedir con éxito la finalización de tal medida de conservación.

Parágrafo II. Secuestro preventivo.

Art. 900. — El albacea, los herederos reales y los presuntos (Art. 1279 C. C.) tienen facultad no sólo para procurar que se tomen las medidas de guarda y aposición de sellos sino también que se disponga el secuestro preventivo o el mero secuestro de los bienes herenciales, el que recae sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles, a diferencia de aquellos que únicamente recaen sobre los primeros y en ningún caso sobre los segundos. Esa petición solamente requiere que a ella se adjunten las pruebas de defunción del causante y del interés del peticionario (Art. 894) lo que de suyo hace apreciar la diferencia existente con relación al depósito judicial previsto en los casos generales (Art. 273 ss.), ya que en éste se exige caución previa, que no recae sobre inmuebles, etc., etc.

Al solicitar el secuestro es obligación del petente de él, fuera de la presentación de la prueba de la defunción y de su interés, como es obvio, especificar concretamente los bienes objeto sobre que haya de recaer por cuanto que mal podría disponerse un secuestro sobre cosas indeterminadas, sin concretarse la materia suya, dando lugar así a actuaciones arbitrarias y peligrosas. Por ello, en el evento de que el mencionado peticionario omita cumplir lo indicado antes, el juez municipal o de circuito que conozca del asunto, pues uno y otro son competentes en el lugar en que se encuentren los bienes sin atender a la cuantía, está en el deber de no acceder a lo pedido. Es innegable que la disposición de un secuestro sobre bien indeterminado implica un marcado desacierto no concebible en las actuaciones jurisdiccionales.

Art. 901. — Ante la orden de secuestrar bienes herenciales, el juez procede a lo siguiente: 1º A nombrar el secuestre o secuestres que sean necesarios por la calidad y cantidad de los bienes y su ubicación, atribución que es exclusiva, no subordinada a la simple voluntad de quien pida el secuestro o de los otros asignatarios, lo que tampoco descarta la remoción a petición de parte en caso de presentarse causales de igual índole a las previstas para ella en otros supuestos (Art. 289), ni la exigencia de caución (Art. 289 inc. final.)

2º — A dejar en calidad de secuestro los bienes muebles de que tratan los numerales 3º y 4º del artículo 895. Igual cosa se hace en relación con los inmuebles cuyo poseedor haga oposición a nombre propio (Arts. 903, 278 y cds.) El ordinal es, pues, armónico con lo preceptuado en otras normas que tienden a proteger al titular del fenómeno posesorio.

3º — A dejar en poder del tenedor, en secuestro simbólico, sin privarlo de la tenencia suya, los bienes de la sucesión que aquél tenga, a condición de que alegue algún derecho para retenerlos, derecho que debe ser de origen distinto al que tenga en la sucesión misma, por ejemplo: por plantación de mejoras o compra de ellas a un tercero, pues escapa a toda discusión que con el mero título de asignatario en la sucesión sea dable dejar a un sujeto en condición de secuestre de determinados bienes, porque si no fuese así se tendría la injusticia de que tendría mejor posición que los otros asignatarios en el aprovechamiento de los bienes hereditarios, fácil manera de menoscabar los intereses de esos otros que precisamente se busca proteger con el secuestro.

4º — A prevenir a los deudores del causante que el pago de sus deudas ha de ser hecho al secuestre nombrado, prevención sin la cual la medida tomada no produce efectos (Art. 277) contra los citados deudores.

5º — A noticiar a los comuneros con el causante que en relación con la cosa común y en lo que él tuviere derecho a intervenir, han de continuar entendiéndose con el secuestre (Art. 281.)

Art. 902. — El secuestro tratado finaliza, a pedimento de persona interesada, por una de las causales que se relacionan en seguida: 1ª Por la confección en debida forma del correspondiente inventario y ante funcionario competente, lo que en sí tiene justificación ya que no se precisa, por sí misma, la permanencia del secuestro una vez hecho aquél y por ser verificado para prevenir ocultaciones y sustracciones antes de su práctica. Trátase de inventarios que hayan sido aprobados con el lleno de las formalidades de rigor, ya que así cabe interpretar lo dispuesto, porque así se da un acto firme de consecuencias jurídicas, que no las debe tener antes de lograr su estado de firmeza.

2ª — Por el otorgamiento de caución por algún interesado que garantice el pago de los perjuicios que por el levantamiento del secuestro se causen. Ese interesado no es cualquier persona que de últimas a primeras resuelva pedirlo sino quien goce de una posición jurídica que dé apoyo a su pretensión como, por ejemplo, quien sea poseedor al momento de dicho secuestro, etc. Al respecto se tiene que la caución, al igual de lo que sucede en los demás casos, es calificada por el juez de la causa y sin ella es impropio verificar el levantamiento aludido.

3ª — Por el transcurso de diez días sin que quien pidió el secuestro preste caución para asegurar el pago de perjuicios que ge-

nere. Trátase de una caución prevista en la ley y que como tal no requiere exigencia particular o judicial. El término indicado corre desde que se practica la diligencia de secuestro, tesis más racional y fundada que otras que pudieran exponerse. (Art. 899.)

ART. 903. — Los secuestros anteriores, en cuanto lo permita su naturaleza, están sujetos también a las normas contenidas en los artículos 273 y siguientes y de allí que las oposiciones a la diligencia correspondiente se presenten y decidan conforme a ellas, que el secuestre quede obligado a rendición de cuentas, que pueda pedirse la remoción del mismo, etc. Claro es que algunas de las citadas normas no son de aplicación en relación con el secuestro dispuesto y practicado en una sucesión determinada por real sustracción de materia, digamos, y así no procede la alegación del exceso en tal secuestro (Art. 283) y petición de reducción, por razón de su calidad propia, etc. El artículo comentado dispone lo contenido en el párrafo anterior, de donde se desprende que es falto de técnica disponer expresamente en varios artículos del Capítulo tratado exactamente lo mismo que disponen las normas a que se refiere dicho artículo.

ART. 904. — Los albaceas con tenencia de bienes (Arts. 1327 y ss. C. C.) desempeñan un verdadero cargo que les implica obligaciones precisas y responsabilidad, entre las que se destaca el cuidado de los bienes integrantes de la masa hereditaria, pues son verdaderos depositarios de ellos, motivo bastante para que cuando actúan sea impropio disponer el secuestro de los mencionados bienes, porque desempeñan funciones análogas a las propias del secuestre. En la ordenación de un secuestro en sucesión en que haya albacea con tenencia de bienes, no se haría otra cosa que privarlo de las atribuciones propias del cargo o hacer inoficiosa la designación y posesión del secuestre, consideraciones que muestran la base de lo expuesto.

Los herederos tienen derecho a que se disponga el secuestro si la administración de los bienes corre a cargo de ellos, el que dura hasta la facción de la partición o hasta tanto soliciten en forma unánime su terminación. A primera vista podrá verse una oposición entre este artículo y el ordinal 1º del 902, mas ella es aparente puesto que el último contempla el caso del preventivo y el segundo el del ordinario, diferencia que descarta la realidad de dicha oposición.

El secuestre tratado es de interés inmediato de los asignatarios en la sucesión, para seguridad y garantía de sus intereses y derechos en la masa hereditaria, causa bastante para que ante terceros no produzca plenos efectos, mejor dicho, contra los acreedores de la sucesión y en el sentido de impedir los secuestros factibles en su favor con base en el principio de que sobre una misma cosa no pueden recaer varios (Arts. 280 y conc.). El interés del heredero en la sucesión desde luego está subordinado al acreedor de ella y de allí el fundamento de lo anotado, fuera de que sería en extremo peligroso sentar que el secuestro pedido por el asignatario excluye por

sí el pedido por el acreedor, por cuanto que se someterían los intereses de éste a ser menoscabados por fáciles maniobras del mentado asignatario. En verdad, las bases del principio aludido no operan en pro del derechohabiente para impedir con sus actos el secuestro pretendido por un acreedor.

Se ha discutido sobre si es procedente el secuestro en la sucesión en que haya cónyuge sobreviviente con derecho a gananciales, pero generalmente se acepta la tesis afirmativa, con la argumentación de que por el fallecimiento del cónyuge surge la disolución de una sociedad que, por tanto, es ilíquida, situación que no excluye la intervención de los herederos en la administración de los bienes correspondientes, por cuanto el supérstite no los descarta de ella por su mera calidad. Ningún argumento de peso obra para admitir lo contrario de lo dicho.

Ahora, el derecho a porción conyugal es definido en sí, de reconocimiento innegable y su resultado propio es el de autorizar al cónyuge a la administración del patrimonio social, la que no puede burlarse con el secuestro por los herederos sin mengua de la justicia. A no dudarlo, dicho cónyuge tiene un derecho independiente, si se quiere, de los asignatarios en los bienes que no sean exclusivamente de la sucesión (Arts. 1781 s. s. y cds. C. C.), el que forzosamente tiene que producir el efecto de no alejarlo de la administración de las cosas sobre que recaiga, por esa calidad de independiente, lo que ha aceptado la jurisprudencia con las mismas y otras argumentaciones. Lo anotado deja concluir que entonces el secuestro que se pida y disponga en los casos de iliquidación de la sociedad conyugal se hace en forma análoga a la prevista en el artículo 281, ya que el derecho del cónyuge sobreviviente carece del mérito de excluir por completo el secuestro acotado.

ART. 905. — Los acreedores hereditarios y testamentarios gozan del derecho de solicitar en cualquier estado del procedimiento sucesorio el embargo o secuestro preventivo (Arts. 273 ss. 1016 ss.) de lo que se les deba en especie o en bienes de la sucesión, (Arts. 1565 y conc. C. C.) de manera suficiente para asegurar sus acreencias, con aplicación de las normas generales (Arts. 273 ss.) esto es, presentando su título, constituyendo caución y demás, medida preventiva de carácter distinto al de la pedida por el albacea o cualquier heredero. Por mérito del artículo, el legatario v. g., es titular del derecho de pedir el embargo y secuestro dichos.

Ellos priman, como fué expuesto en el artículo anterior, sobre el pedido por los herederos mismos, y son uno de los medios de que disponen los acreedores para la efectividad de las acreencias suyas (Arts. 941 y conc.)

ART. 906. — El beneficio de separación es aquél en cuyo mérito no se confunden los bienes de la sucesión y los del heredero y que da preferencia a los acreedores hereditarios y testamentarios para que sus acreencias sean cubiertas por aquéllos antes que las obliga-

ciones propias del causahabiente (Arts. 1435 ss. C. C.) Él se reconoce por el juez de la causa con vista de la petición que se haga, sin necesidad de traslado previo o algo similar, si el peticionario adjunta un título que por sí tenga mérito ejecutivo (Art. 982.) La providencia que dicte es suceptible de apelación en el efecto devolutivo (Art. 490) y requiere registro si hace referencia a inmuebles (Arts. 2641 ss. C. C.), a fin de que se le dé publicidad, que es garantía de los interesados y aún de los terceros, y se cumpla una exigencia esencial en cuanto a los inmuebles. Claro es, en consecuencia, que sin el registro el beneficio de separación no produce efectos contra terceros, por obvias razones.

Parágrafo III. Aceptación y repudiación de una asignación a instancia de un tercero.

Art. 907. — Toda persona interesada en conocer la verdadera situación de un heredero con respecto a la sucesión dispone de la facultad de demandarlo a fin de que manifieste la voluntad de aceptarle o repudiarla (Arts. 1282 ss. C. C.), si antes no lo ha hecho, de manera expresa o tácita (Arts. 1287, 1298 y conc. C. C.), pues a nadie se oculta que es una actuación desprovista de objeto demandar al asignatario que haya aceptado o repudiado antes, una repetición inútil e inconducente.

Para tener interés en ello se requiere que el peticionario tenga una situación de derecho ligada, relacionada o dependiente de la del demandado, y así el designado sustituto para el caso de que aquél no acepte puede demandarlo a fin de que exprese su voluntad de aceptar o repudiar, lo mismo que los otros coasignatarios en cuyo beneficio acrezca la porción del que repudia igual que los acreedores, etc. De forma que debe apoyar la acción del demandante algo real y no solamente una simple curiosidad, un móvil desprovisto de consideraciones jurídicas o económicas que importen a su patrimonio.

Presentada la prueba del interés real del actor y la del carácter de heredero del demandado, pues ellas son imprescindibles en el asunto de la índole aludida, el juez del conocimiento debe disponer que se haga saber al último lo demandado para que acepte o repudie dentro del plazo que al efecto le señale conforme a la ley sustantiva (Art. 1289 C. C.) Ahora, si el peticionario omite aportar la prueba mencionada es impropio acceder a sus pretensiones, es elemental decirlo, porque entonces falta una causa eficiente que sustente su éxito, pues en tales cuestiones obra eficazmente el principio de que al actor corresponde aportar la carga probatoria (Arts. 210, 593 ss., 1757 ss. C. C.)

Quienes no tienen la libre administración de sus bienes y sus representantes carecen por sí de la facultad de repudiar sin autorización judicial (Arts. 1293 conc. C. C.) la que necesita, como es obvio. Por tanto, demandado el incapaz en la persona de su representante

(Arts. 240 ss.), para repudiar debe conseguir esa autorización dentro del plazo fijado en la disposición civil.

Por otra parte, la circunstancia notoria de que el título del parágrafo hable en forma expresa de "...instancia de un tercero" —con falta de acierto— está lejos de entrañar que, tratándose de petición sobre aceptación o repudiación, la acción corresponda apenas a quien tenga la calidad de "tercero" (Art. 476), tomado el vocablo en su rigurosa acepción jurídica, porque el artículo comentado no da asidero para ello en primer lugar, y en segundo, porque sino fuese lógico lo expresado sería desconocido el alcance que tiene la ley sustantiva (Arts. 1289 C. C.) y que se dirige a hacer aplicable la legislación procedimental.

ART. 908. — El acreedor tiene derecho para que la repudiación hecha por el demandado no produzca efectos absolutos (Art. 1295 C. C.), mejor dicho, para que se le autorice a aceptar en su lugar hasta concurrencia del monto de su acreencia, a fin de eludir las actividades dolosas del asignatario y quedar colocado en situación precaria soportando sus efectos. Esa súplica, hecha ante el juez de la causa, se tramita y decide en articulación (Art. 395) por ser un verdadero incidente, por tratarse de una cuestión de trascendencia que no permite la estrechez de las resoluciones que se dictan de plano, porque a quien repudia debe darse oportunidad de controvertir o impugnar las pretensiones de quien obra contra la eficacia plena de su acto. Ahora, la autorización al acreedor es necesaria y justa a fin de que no se desmejore el patrimonio del deudor con los consiguientes perjuicios al primero y se dificulte la solución de la obligación respectiva. Por consiguiente, sin la demostración de la existencia del crédito es errado resolver favorablemente al peticionario contra el asignatario señalado como deudor suyo.

PARÁGRAFO IV. Rescisión de la repudiación de una asignación a instancia de un acreedor.

ART. 909. — Vimos que el acreedor demandante tiene potestad de actuar contra el acto de repudiación del demandado y así también la tiene contra el que haga espontáneamente, sin demanda, cualquier asignatario que sea su deudor. La petición suya se sustancia mediante articulación (Art. 395) con audiencia de otros acreedores que hayan logrado autorización para aceptar en lugar del repudiador (Art. 1895 C. C.) Obtenida la rescisión de la repudiación, que puede ser total o parcial, según que el crédito del demandante cubra total o no lo asignado al demandado, entonces tiene el acreedor, con su aceptación, un interés directo en el sucesorio que se adelante y por él dispone de la facultad de intervenir en el proceso y en lo que haga relación a ese interés.

Por lo demás, sería más ordenado y técnico que el artículo formase parte del parágrafo anterior.

ART. 910. — Vencidos los quince días siguientes a la apertura de una sucesión, que se abre al momento del fallecimiento del causante (Art. 1012 C. C.), sin que ninguna persona se haya presentado a aceptarla en su totalidad o parcialmente, el funcionario judicial competente la declara yacente, institución que tiene significación por las medidas que deben tomarse en relación con la herencia, porque hace suspender la prescripción en contra de ésta (Art. 2530, núm. 2º C. C.) y por la situación que crea para los asignatarios (Arts. 1279 ss. ib.) Es hecha la declaración de yacencia a petición de sujeto interesado o de oficio, o sea, sin que preceda petición alguna. Nótase que la disposición en estudio se refiere a la apertura de la sucesión que se cumple por ministerio de la Ley (Arts. 1279 y ss. ib.) y no propiamente a la apertura judicial del proceso sucesorio que define el artículo 893 del Código de la materia y las que por su forma, origen, finalidad y demás, son diferentes en esencia, por lo que no debe confundírselas.

Por consecuencia de la declaración en cuestión, procede disponer en la misma providencia que la contenga:

1º — El nombramiento que hace por sí el funcionario del conocimiento y sin atender a la voluntad de particulares, de curador de la herencia, el que debe recaer en persona capaz por las funciones que genera el cargo;

2º — La citación personal (Art. 308) del albacea que haya sido designado por el causante para que manifieste su aceptación o no de la designación hecha en su persona. Es elemental que si ha sido verificada con anterioridad la aceptación del albacea con tenencia de bienes, es impropio hacer su citación y declarar la yacencia acotada, en armonía con el artículo 1279 del C. Civil, pues no se justifica entonces hacerla.

3º — La citación personal del síndico recaudador del impuesto de sucesiones (Ley 63 de 1936, Dto. Ejvo. 1020 de 1936) y del personero municipal del Distrito llamado a suceder al fallecido, o sea, el de su último domicilio (Art. 85, Ley 153 de 1887);

4º — La orden de que se fije en la Secretaría un edicto emplazatorio, por espacio de un mes, que se publique por tres veces en el periódico oficial del Departamento o de la Intendencia o Comisaría respectiva y en uno particular del lugar, y en su defecto en el Diario Oficial, a menos que haya en la Capital del Departamento, Intendencia o Comisaría periódicos particulares. El edicto dicho cumple la finalidad de llamar a quienes tengan interés legítimo en la sucesión, a que intervengan en el proceso sucesorio.

ART. 911. — El cargo de curador, una vez aceptado y posesionado el nombrado, requiere para su ejercicio pleno el llamado discernimiento, que es la autorización que confiere el funcionario del conocimiento al citado para que desempeñe sus funciones propias,

la que es prevista en la ley sustantiva (Arts. 443 y 463 C. C.). Luego de discernido el encargo el Juez procede a entregar al curador todos los bienes de la sucesión, sean muebles o inmuebles, y los documentos de una u otra clase de la misma, bajo inventario que confecciona aquél, entrega que debe hacerse directamente o por medio de comisionado. (Arts. 133 y ss.) en el evento de que haya bienes ubicados en lugar distinto al en que actúa el Juez de la causa.

Trátase de una entrega similar a la que se hace cuando se toman las medidas preventivas ya estudiadas, que concreta la responsabilidad del curador, y en la cual son procedentes las oposiciones que en ellas se contemplan, pues por gracia de la declaración de ser yacente la herencia no desaparece el derecho de oposición a una diligencia judicial consagrada en pro de ciertas personas.

ART. 912. — Este artículo, que no existía en la legislación procesal anteriormente vigente, dispone que pasados cuatro años desde la muerte de la persona cuya herencia haya sido puesta bajo curaduría sin que se haya presentado ningún heredero a aceptarla, ni un acreedor en los casos en que es autorizado para hacerla (Art. 1289 C. C.), el Juez debe ordenar, con conocimiento de causa y a súplica del curador, la enajenación de los bienes relictos en pública subasta (Arts. 1033 ss., Ley 176 de 1936). Parece que el procedimiento que al respecto debe seguirse es el previsto en el Título LXV, ya que es el más apropiado y que la disposición en estudio no establece otro distinto.

El producto de la venta que sea hecha, menos el valor de los gastos causados y de los honorarios del curador, que señala el Juez (Arts. 566 ss.) se deposita en el Banco de la República o en la Administración de Hacienda Nacional (Dto. Ejvo. Nº 1115 de 1940) por cuenta de la sucesión.

Al efecto, debe exigirse al curador la presentación de las cuentas de la administración suya, de las que se da traslado por término prudencial al Agente del Ministerio Público, quien es llamado para ser oído sobre ellas. La aprobación o improbación del caso han de darse previa la tramitación de articulación, en conformidad con la doctrina del artículo 296, ya que no concurre ninguna razón de peso para seguir al respecto el procedimiento de los artículos 1120 y siguientes. El curador es un verdadero secuestre de los bienes herenciales.

PARÁGRAFO VI. Reglas especiales para la sucesión de un extranjero.

ART. 913. — Por lo general, las legislaciones tienden a favorecer los intereses de los extranjeros residentes en el respectivo Estado para que por consecuencia de su muerte no queden sus bienes abandonados y sujetos a toda clase de abusos, y por ello dispone el artículo que el Juez de Circuito o el Municipal que tenga conocimiento de la defunción de un sujeto de nacionalidad extranjera que no haya dejado cónyuge sobreviviente, albacea o herederos conocidos,

debe proceder a practicar sobre los bienes relictos las medidas de que trata el artículo 895. Tal cosa se hace oficiosamente o por denuncia de cualquiera persona, en lo que resalta un caso de actuación no provocada por persona que sea interesada legítima, de verdadera excepción a los principios comunes. Además, en la actuación mencionada el Juez puede aprovechar su conocimiento privado, lo que también marca una excepción por cuanto que en las otras ocurrencias ese conocimiento ningún papel representa. Consecuencialmente, a diferencia de otros supuestos, el Juez no tiene que analizar si el denunciante tiene interés legítimo.

Llama la atención que en esos casos se presenta entonces la apertura oficiosa del procedimiento sucesorio, en conformidad con la definición que de él contiene el artículo 893, lo que marca una excepción bien clara a los principios que en otras disposiciones consagra de modo general la legislación procedimental.

ART. 914. — En el caso de que el Juez que practique las diligencias prevenidas en el artículo anterior no sea el competente para el conocimiento del juicio sucesorio del extranjero, está en la obligación de remitir su actuación al competente y en el evento de que sí lo sea y que haya bienes ubicados fuera del lugar del ejercicio de sus atribuciones, debe comisionar (Arts. 133 y ss.) para la guarda y fijación de sellos a los funcionarios competentes en esos lugares. Por último, el artículo referido es exactamente igual en su fondo al artículo 896.

ART. 915. — En la verificación de la diligencia de guarda y fijación de sellos en los bienes de la sucesión del extranjero el Juez debe acompañarse de dos testigos de probidad reconocida, llamados por el mismo, y de preferencia de la misma nacionalidad del fallecido, y llenar el requisito de llamar al Cónsul de la misma antes de llevarla a término, bajo condición de que lo haya en el Municipio donde actúe el Funcionario judicial, sin que deba vedarse la intervención del residente en lugar distinto, cuando quiera hacerla, por ser ello conforme al espíritu del artículo y no lesivo de ningún principio de orden legal o doctrinario. Téngase muy en cuenta que la disposición habla de "Cónsul", el que tiene carácter de Agente comercial, distinto al de Agente Diplomático propiamente dicho. Por tanto, al último no hay por qué citarlo previamente a la práctica de las medidas preventivas.

ART. 916. — Las autoridades de orden político-administrativo (Ley 4 de 1913) y los Agentes del Ministerio Público (Arts. 159 ss.) cargan con la obligación de informar al Juez competente de la defunción que conozcan de un extranjero que haya dejado bienes en donde actúen y sobre los cuales sea menester tomar medidas preventivas por falta de Albacea, cónyuge o heredero conocidos, la que deben satisfacer inmediatamente conozcan el fallecimiento referido y que no obsta para que hagan por sí y preventivamente las entidades policivas la guarda y fijación de sellos, llegado el caso.

ART. 917. — Practicadas por el Juez competente las diligencias preventivas relacionadas, o recibidas las verificadas por otros funcionarios que obren en su lugar, tiene el deber de comunicar la muerte del extranjero al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República, inmediatamente y por telégrafo para cuyo uso goza de franquicia (Art. 190), comunicación que luego repite por medio de oficio enviado por correo ordinario.

ART. 918. — Para una mayor facilidad y brevedad de la actuación, ella puede cumplirse en papel común a condición de que luego sea habilitado con estampillas de Timbre Nacional por valor equivalente al sellado que haya debido emplearse (Arts. 345 y ss.), en lo que se nota una diferencia con otros casos en que se emplea el papel común en lugar del sellado, en los que el valor de las estampillas es el duplo del monto de sellado que deja de usarse.

ART. 919. — Las diligencias antes relacionadas no excluyen que sean solicitadas por parte legítima la que en ningún caso podría ser privada sin menoscabo de sus intereses que la legislación busca proteger, del derecho de solicitarlas. Ahora, cuando se presente a pedir su práctica tiene la misma carga probatoria que el peticionario en relación con las sucesiones de nacionales colombianos, como es elemental anotarlo (Arts. 894 y conc.).

ART. 920. — Los tratados públicos, con sobra de fundamento, priman con sus disposiciones en la materia de que trata el parágrafo estudiado, motivo para que tenga realmente la calidad de subsidiaria su aplicación. Por tanto, las normas del referido parágrafo se aplican a falta de regulación de los asuntos sucesorios de extranjeros en tratados internacionales, celebrados entre nuestra República y el Estado cuya nacionalidad tenga el extranjero y que estén vigentes. Por ello, el Juez debe cerciorarse antes de actuar y aplicar las disposiciones vistas en caso de que no existan esos tratados.

CAPÍTULO II

PARÁGRAFO I. El testamento cerrado otorgado en el territorio nacional.

ART. 921. — El testamento cerrado (Art. 1080 C. C.) antes de ser ejecutado es abierto y publicado (Art. 1082 ib.) por el Funcionario judicial competente, luego que así lo pida quien tenga facultad para ello, que lleguen a su poder los documentos en que conste, la prueba de la muerte real del testador, copia de la escritura que debe otorgarse (Art. 4, Ley 36 de 1931) y de que sean rendidos los reconocimientos y declaraciones sobre las firmas que figuren en aquél y el estado de la cubierta respectiva. Ésos son en realidad los elementos que preceden a la disposición de apertura y sin los cuales es equivocado hacerla. Bien se comprende que es erróneo disponer la apertura sin que se acredite la muerte del testador, sin que se sepa que en verdad el testamento existe, etc., en lo que cabe apreciar la base de la disposición referida.

ART. 922. — Antes de la apertura del testamento cerrado se precisa, según la ley sustantiva (Art. 1082 C. C.) que los testigos instrumentales y el Notario ante quien se haya actuado reconozcan, con las formalidades de la ley, sus firmas y la del testador y que declaren si en su concepto está cerrado y marcado como en el acto de otorgarlo. Recibidas esas deposiciones y satisfechas las otras exigencias legales, que hagan procedentes la apertura y publicación del acto testamentario y resuelta desfavorablemente la oposición presentada, en su caso, el Funcionario de la causa dispone aquélla y señala al efecto fecha y hora para llevarlo a término, mediante providencia que se notifica por medio de los llamados estados (Art. 310). Ahora, por esa notificación se llama a las personas interesadas en la diligencia.

ART. 923. — Llegado el día y hora señalados para la diligencia de apertura del testamento el Juez lo extrae de la cubierta contentiva de él, en presencia del Secretario y demás personas autorizadas para concurrir a ella y que en efecto concurran, lo lee en alta voz, lo rubrica en cada una de sus hojas, en unión del Secretario, anota el estado en que se encuentra la cubierta dicha, y dispone que, previo registro (Art. 2652, núm. 5º), se protocolice todo lo actuado en la correspondiente Notaría. Sin embargo de que el artículo no lo diga, en el acto de la diligencia deben hacerse constar todas las circunstancias que con relación a ella se presenten al verificarla, para una mejor exactitud suya, como se hace en relación con las demás diligencias.

Es elemental, pero no sobra decirlo, en ella es impropio proponer oposiciones a su finalización normal ya que así se desprende el espíritu de los textos legales y para que no se malogre con fáciles actuaciones, para que no sea ineficaz la providencia que la ordene, fuera de que la oportunidad de oposición es otra.

El testamento cerrado lleva estampillas (Ley 92 de 1932).

ART. 924. — El no reconocimiento de las firmas asentadas en la cubierta contentiva del acto testamentario y la atestación de los testigos de que no se halla en el mismo estado que al tiempo de otorgar el testamento a que se haga relación, genera el que no preste mérito alguno hasta tanto no se declare en el procedimiento ordinario la validez suya, con audiencia de quienes son llamados a suceder al testador en el caso de falta de testamento válido, de los herederos *ab intestato* (v. C. C. y Ley 45 de 1936). De suerte que es prematuro y errado hacer reconocimiento de herederos con apoyo en un testamento que adolezca de los inconvenientes anotados antes. Ahora es fundado decir que al hablar el artículo del mismo estado de la cubierta se refiere principalmente a que por sí no dé base el actual que tenga para dudar sobre si ha sido cambiado o suplantado su contenido, pues en la materia no debe procederse con criterio exageradamente rigorista dando trascendencia a detalles mínimos como la desmejora de los sellos, etc.

ART. 925. — En la tramitación de la súplica de apertura de un testamento cerrado caben las oposiciones de los interesados en la correspondiente sucesión, las que se resuelven mediante los trámites de la articulación común (Art. 395) y en ningún caso de plano. Ellas deben estar fundadas en verdaderas causas legales, como son la inexistencia del fallecimiento del testador, la incompetencia del Juez que conozca del negocio, etc., las que, en una palabra, se refieren al lleno de las formalidades verdaderas previas a la apertura del testamento cerrado en referencia. En consecuencia, la oposición que se haga no debe tener por apoyo la alegación de la nulidad del testamento en mención, puesto que su mérito no cabe discutirlo dentro de un mero incidente sino dentro del procedimiento ordinario, abstracción hecha de que la apertura es una diligencia que por sí no confiere derechos sino que constata un acto.

No dice la ley hasta qué momento es oportuna la formulación de oposición, pero dada la materia a que se refiere es de completa lógica sentar que lo es hasta antes de procederse a la apertura cuestionada para no sacrificar dentro de límites estrechos el derecho a oponerse, máxime que la ya mencionada apertura se dispone sin citación previa de los interesados en la correspondiente sucesión y que tal derecho debe mirarse con criterio de amplitud, calificándolo equitativamente.

ART. 926. — El Juez competente para el conocimiento de la apertura de un testamento es el del último domicilio del de cujus (Art. 1065 C. C.), que también lo es para el conocimiento de la sucesión misma (Art. 1012 ib.), según su cuantía (Arts. 142, núm. 5º y 154), por lo que ha de acudirse a él en todo caso para que proceda a hacerla. En el supuesto de que el testamento haya sido otorgado en lugar distinto a la residencia del mentado Juez, éste está en el deber de comisionar para la apertura y publicación al de ese lugar, y para que tramite y resuelva las oposiciones que se hagan. Por lo demás, en esa comisión no tiene el comitente atribuciones amplias sino restringidas, por lo que no puede conferir la comisión a las autoridades policivas como en otros casos (Arts. 133 y ss.), pues ello se desprende del texto claro y perentorio del artículo acotado.

PARÁGRAFO II. El testamento cerrado otorgado en el extranjero.

ART. 927. — Los Agentes Diplomáticos de la República, los Secretarios encargados de Legaciones de la misma, y los Cónsules que tengan la respectiva patente, y que actúen en el extranjero, son los competentes para conocer de las diligencias sobre apertura y publicación del testamento otorgado allí, bajo las siguientes condiciones: que preceda petición de cualquier persona en cuyo poder se encuentre, de cualquier nacionalidad que sea, o de un sujeto de nacionalidad colombiana en el evento de que el acto testamentario se halle en manos del Funcionario a quien se pida lo referido; que

el testamento haya sido otorgado por persona colombiana (Arts. 7 y 8 Const. Nac.) o por un extranjero domiciliado en la República (Arts. 76 y ss. C. C.), en lo cual se ve que si no lo es desaparecen las atribuciones de los funcionarios prementados, así en relación con un "transeúnte" (v. Leyes 39 de 1933 y 63 de 1936; Dto. Ejvo. 1020 de 1936 y Arts. 1084 y ss. C. Civil).

Por último nótese que los Vicecónsules carecen de capacidad en cuanto a lo estudiado.

ART. 928. — Siguiendo los principios comunes, la apertura de que se viene tratando no es hecha de manera oficiosa sino provocada por medio de memorial que presente la persona que tenga derecho a pedirla, la que lleva sobre sí la carga de demostrar la calidad que le dé derecho a hacerlo; la defunción del testador y de adjuntar las diligencias testamentarias en caso de que no estén en poder del Funcionario ante quien se suplique la apertura en mención. Esos elementos son los que hacen viable proceder a verificar lo pedido, lógicamente, y de allí que si faltan todos o algunos no quepa de ninguna manera disponer y hacer la apertura aludida, por verdadera carencia de razón de ser.

ART. 929. — La falta de Secretario que autorice (Art. 121, núm. 2º) los actos a que da margen la petición prementada y dispuestos por el Agente Diplomático o el Cónsul de la República, hace precisa la designación de uno *ad-hoc* (Arts. 123 y conc.) que cumpla las funciones propias del Secretario aludido, el que debe ser de preferencia colombiano y desde luego, sujeto de capacidad jurídica.

La actuación de los mentados Funcionarios debe ceñirse en lo demás a lo dispuesto en los artículos 921 a 924, con la salvedad de que lo que en ellos se dice del Juez se entiende dicho con relación a aquéllos y de que lo dicho en cuanto al Notario se refiere al Funcionario que haya autorizado el testamento respectivo. Por otra parte, en caso de que el último no esté en condiciones de comparecer al reconocimiento de su firma, los testigos han de testimoniar si concurrió al acto de otorgamiento y si le vieron firmar.

ART. 930. — Llevada a cabo la diligencia de apertura y firmada por todos los intervinientes el acta que de ella debe hacerse, el Funcionario que la cumple procede a hacer una copia del testamento y de la totalidad de lo actuado y a enviar inmediatamente las diligencias originales al Ministerio de Relaciones Exteriores, el que, previa la autenticación de la firma del Funcionario (Ley 39 de 1933) remitente, debe enviarlas a su vez al Juez de Circuito del último domicilio del fallecido en la República, quien debe disponer el registro del testamento otorgado y la protocolización, en las Oficinas que sea del caso. Son condicionantes estas cosas para el reconocimiento judicial del citado testamento, del que expedirá el Notario en cuya Oficina se hace la protocolización, las copias que pres-

ten mérito legal y sobre las cuales pueden apoyar los interesados sus pretensiones. Antes de ese registro, como está previsto (Art. 2673 C. C.), no es factible que el testamento ya mencionado varias veces surta efectos procesales.

ART. 931. — La copia de que trata el artículo anterior requiere la firma de todos los individuos que en uno y otro carácter hayan intervenido en la apertura del testamento, es destinado a ser conservada en el archivo de la Oficina del Funcionario actuante y tiene la calidad de prueba supletoria ante el extravío de los originales de los que sea tomada (Arts. 632 y conc.), por lo cual es comprensible que tiene un objeto definido y propio que enseña su conveniencia y utilidad. Despréndese de lo observado que acreditada la pérdida del instrumento original es propio aceptar la copia como demostración bastante del acto testamentario y reconocer al testamento, entonces, el valor de que legalmente esté revestido. Las firmas, es de innegable lógica, han de ser enteras por cuanto que las disposiciones vistas no autorizan media como en otros actos (Art. 349).

ART. 932. — El testamento otorgado en un Estado extranjero se sujeta, en principio, al igual que los otros actos jurídicos, a la legislación de ese Estado, exceptuados algunos casos, pues en ello se aplica el principio de que la ley del lugar rige el acto. Por la calidad del Funcionario ante quien se pide y hace la apertura y publicación de él, que no es la de quienes desempeñan cargos judiciales propiamente dichos sino en esencia diversa, es comprensible que no sea admisible la proposición de oposiciones como tratándose de actos testamentarios hechos en la República, porque, además, la cuestión debatible presenta aspectos más complejos en relación con el testamento confeccionado en el extranjero. Lo anotado muestra que entonces en la apertura de éste, no existe oportunidad de contención o debate entre los interesados, y que si trata de promoverse debe ser desechado de plano por improcedente (Art. 394).

Por otra parte, lo procedente no excluye que los interesados promuevan acciones ordinarios sobre la validez de ese testamento, y ante las autoridades del Estado Colombiano, en lo que se aprecia que el acto de apertura del mismo carece del efecto de impedir posteriores actuaciones sobre su eficacia, que él no es definitivo en sí ni en sus consecuencias. Mejor dicho, tal apertura apenas tiene trascendencia formal y relativa, pues es norma común que los derechos particulares no se definen sin audiencia, en la debida forma procesal, de quienes pretendan ser titulares de ellos.

PARÁGRAFO III. El testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos y el testamento verbal.

ART. 933. — La publicación del testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos procede luego que es demostrada la muerte del testador y con las formalidades previstas en el artículo 1077

del C. Civil, que no son otras que las siguientes: petición de interesado, recepción de declaraciones a los testigos instrumentales sobre el reconocimiento de sus firmas y la del testador, y abono de los que no comparezcan por una u otra causa; abono de las firmas del testador y los testigos ausentes por testimonio de otros que merezcan fe, siempre que el Juez lo estime conveniente, en lo que se ve una atribución facultativa; rubricación por el Juez y su Secretario de cada una de las hojas en que esté consignado; resolución por medio de la cual se declara el testamento nuncupativo y disposición de su registro y protocolización, todo con indicación de la fecha (Arts. 26 ss., Ley 63 de 1936 y 28 ss., Dto. Ejvo. 1020 de 1936).

ART. 934. — El testamento verbal se consigna en el decreto judicial que se dicta después de que por interesado legítimo así se pida, con la prueba de la muerte del testador y la satisfacción de las exigencias de los artículos 1094 a 1096 del C. Civil, a cuyo estudio nos remitimos.

CAPÍTULO III

INVENTARIOS Y AVALÚOS

ART. 935. — Todas las personas especificadas en el artículo 1312 del C. Civil, bien conjunta o separadamente, tienen derecho para solicitar la práctica de inventarios y avalúos de los bienes pertenecientes a una sucesión, o que usufructuaba o de que era responsable de una sociedad conyugal disuelta. Ese derecho se ejercita acompañando a la solicitud del caso la prueba de la muerte del causante, que consistirá en las actas de origen notarial (Ley 92 de 1938, arts. 18 y 19) o subsidiariamente en otros documentos y la demostración del interés que tenga para intervenir en la diligencia, y sin esos elementos es errado acceder a la solicitud que sea hecha.

La legislación anterior exigía que el peticionario presentara prueba sumaria sobre el valor de los bienes sucesorales, lo que al presente no se exige atendiendo a la estimación que el mismo haga. Pero consideramos de necesidad la presentación de la prueba siquiera sumaria del último domicilio del causante para que los particulares no dispongan de medios expeditos a fin de variar por sí y ante sí la jurisdicción y competencia (Arts. 142 y ss.), presentando la demanda ante Juez distinto al realmente competente y con las solas afirmaciones de que el causante estaba domiciliado en lugar en donde sea competente el funcionario ante quien se presente.

Por tratarse ciertamente de una cuestión de jurisdicción voluntaria, que se adelanta sin verdadero debate, procede la exigencia que decimos a fin de que un heredero malicioso no burle con facilidad los derechos de los coasignatarios y aun de los acreedores adelantando el procedimiento sucesorio en lugar distante del en que realmente corresponda adelantarlo.

En verdad, según lo dice alguna jurisprudencia que rechaza la tesis en cuestión, en la iniciación de los procesos civiles el Funcionario judicial desempeña una conducta bastante pasiva, pero de allí no se infiere que esté imposibilitado para exigir la presentación de los documentos que muestren que debe conocer de ellos, exigencia que no implica extralimitación de sus actividades. Bien que no exija la demostración del domicilio suyo que afirme el demandante, por cuanto el demandado goza de la facultad de excepcionar al respecto y demás, pero tratándose de sucesión no se comprende cómo son aceptables por sí las meras aserciones de un interesado en una cuestión de trascendencia innegable.

Por otra parte, en frente de la apertura de la sucesión el domicilio del fallecido no es asunto que encaje dentro de los llamados "hechos notorios" que se imponen al reconocimiento de los funcionarios judiciales por sí mismos, como, por ejemplo, la existencia de un día festivo, etc., por lo que aparece revestido de fundamento lo que se expone.

Según el artículo 29 de la Ley 63 de 1936 es deber del peticionario de inventarios el de hacer en la petición suya una relación suscinta de los bienes de que se trate, que dé una idea clara de ellos, si no aparecieren determinados en otras actuaciones cumplidas ante el Juez o en el testamento, determinar sus bienes propios, si es el cónyuge supérstite, indicar su domicilio, dirección y la relación o parentesco con el causante, lo que debe hacerse en toda petición de reconocimiento de derechos en la herencia de que se trate. Sin el lleno de esas formalidades es inadmisible la súplica presentada (Art. 30, inc. final).

El heredero debe expresar, si antes no lo ha hecho, si acepta la herencia simplemente o con beneficio de inventario (Arts. 1304 y ss. C. C.) y el Juez, si le reconoce esa calidad en la providencia que dicte, debe tomar nota de la forma de aceptación. Al respecto conviene expresar que en el auto de apertura de una sucesión no cabe hacer reconocimiento de hijos naturales por lo que se ve en seguida:

Por medio de un testamento, por escritura pública, por manifestación ante Juez o firmando el acta de nacimiento (Art. 2º, Ley 45 de 1936), puede el padre del hijo concebido fuera de matrimonio reconocerlo como natural, en gracia de lo cual el último goza entonces de un estado civil que implica para él determinados derechos. De suerte que cuando el padre ha hecho uso de uno de los anteriores medios de reconocimiento la posición jurídica del hijo, se impone, por decirlo así, en las actuaciones judiciales cumplidas en el adelantamiento de la sucesión del respectivo padre. Un sujeto no reconocido en la forma dicha también puede gozar de la situación de derecho anotada cuando ha obtenido una declaración judicial declarativa de su filiación natural (Art. 4º ib.).

Por consiguiente, ante el caso de dictar auto de apertura de una

sucesión si aparece que existe descendencia natural del de cujus, reconocida o declarada judicialmente como tal, procede obrar de conformidad con ello, puesto qne entonces se presenta un estado civil bien definido cuyos efectos legales en manera alguna cabe desconocer. No sucede lo mismo ante la circunstancia de no presentarse los documentos de reconocimiento o declaración judicial ya mencionados, puesto que en tal caso, falta una base necesaria, o sea la certeza del estado civil de hijo natural, por lo que es erróneo reconocerlo en una providencia de la naturaleza de la de apertura.

Desde el punto de vista puramente jurídico son bien distintas la paternidad y la maternidad naturales (Art. 1º, Ley 45 de 1936), pues sus mismas características así lo enseñan, haciendo indispensable para que se dé la primera el acaecimiento de determinados actos. Ahora, en realidad si las respectivas diligencias no contienen la demostración de que, en efecto, la paternidad del de *cujus* en relación con el presunto hijo natural es cuestión definida, esto es, que en derecho éste posee con referencia a aquél la calidad que dice tener, no hay base para reconocerla en el auto de apertura.

Antes del reconocimiento particular o judicial, el hijo natural tiene esa calidad con relación a su padre, pero "en el hecho" no "en derecho", ya que sin aquél es menester la acción judicial ordinaria para trocar su situación de hecho en una de derecho, porque no está definido su estado civil, el que se define precisamente por medio del procedimiento ordinario. De allí que se ajuste a la legalidad el negar el reconocimiento de hijo natural a quien no tenga en su favor uno eficaz y anterior pues, como ya quedó expresado, sin la comprobación de ese carácter que se alegue, que de suyo haga innecesaria la acción ordinaria para declarar la filiación, es errado reconocer la calidad del hijo natural (v. C. C., Ley 45 de 1936). Por lo demás, lo anterior es armónico con la Jurisprudencia imperante.

Con relación a la cuantía de las sucesiones se tiene: la competencia de los Jueces de Circuito para adelantar el conocimiento de los juicios sucesorios se determina por el último domicilio del causante y por la cuantía de los bienes relictos; de suerte que cuando ésta no pasa de trescientos pesos en manera alguna deben ser adelantados en dichos Juzgados, puesto que, de lo contrario, se da fácil ocasión a la violación de las normas legales sobre jurisdicción y competencia.

En consecuencia, dado el caso de que un procedimiento sucesorio se avance en un Juzgado de Circuito y de que al hacerse el avalúo de los bienes resulte que no pasa su monto de trescientos pesos, lo indicado es disponer pasarlo al Juzgado Municipal a fin de que continúe en su conocimiento (Art. 119), puesto que es cierto que debe procurarse que la competencia se ejerza regularmente. No existe ningún obstáculo para eso, máxime si se tiene en cuenta que el justiprecio de los bienes relictos es lo que viene a precisar la cuantía del respectivo sucesorio en forma definitiva. Lo mismo sucede ante los eventos de excepción especificados en el artículo 120 del Código.

ART. 936. — Este artículo, que fué derogado por el 94 de la Ley 63 de 1936, disponía que el Síndico Recaudador del Impuesto

de Sucesiones tenía facultad para pedir la práctica de los inventarios y avalúos con el único fin de liquidar el impuesto y lograr su pago. En la actualidad cabe estimar vigente en su lugar el 28 de la citada Ley, el que dispone que el Síndico está obligado a promover el inventario y avalúo de la sucesión y el 26, también de la misma Ley, que dispone que desde que se inicie el procedimiento sucesorio el Síndico es parte en él.

ART. 937. — Cumplidas las exigencias del artículo anterior y presentada la petición por persona que tenga capacidad para ello, el Funcionario judicial ante quien lo sea, pronuncia un auto en que disponga la citación personal (Art. 308) del Síndico Recaudador del Impuesto, quien tiene la calidad de parte desde que se inicia el proceso mortuorio, en la hipótesis de que él no sea el peticionario (Art. 26, Ley 63 de 1936), sin que pueda omitirse esa citación so pena de nulidad (inc. 2º, art. 30 ib. Art. 28 Dto. Ejvo. Nº 1020 de 1936).

En segundo lugar tal auto dispone la fijación en la Secretaría de un edicto (Art. 309) emplazatorio de manera general y común de quienes se crean con derecho a intervenir en la facción del inventario, edicto que dura fijado por el período de un mes (nótese sobre el asunto que no se descuentan los días festivos, como ocurría en la legislación anterior, según la cual el lapso de fijación era de treinta días), que se publica en carteles colocados en tres de los lugares más concurridos de la respectiva cabecera y en un periódico de la localidad o en su defecto en uno de la Capital del Departamento en donde se actúe, de la Intendencia o de la Comisaría, y en último término en el Diario Oficial. Según se ve en el artículo siguiente, la desfijación de ese edicto es condición previa del señalamiento de fecha y hora de la confección del inventario, salvo sí lo previsto en el artículo 948.

ART. 938. — El edicto que es necesario fijar en las sucesiones conforme el artículo precedente, se desfija cuando termina el tiempo de su fijación y se agrega a los autos, al igual de un ejemplar auténtico del periódico en que haya sido hecha la publicación suya. Pasado esto es cuando procede normalmente, excepción de lo previsto en el Art. 948, hacer el señalamiento de fecha y hora para llevar a término el inventario correspondiente ante el Juez de la causa. A propósito conviene decir que ya no se autoriza el inventario extrajudicial que antes se autorizaba y que tampoco se confecciona el inventario directamente por el Funcionario de la causa, quien anteriormente debía trasladarse a los distintos lugares en donde hubiera bienes herenciales a fin de hacerlo, por sí mismo, lo que sólo daba ocasión a pérdida de tiempo e inversión inoficiosa de dinero.

De forma que fuera del caso previsto en el artículo 948, es prematuro evidentemente señalar fecha y hora para el inventario, y el señalamiento que entonces se haga carece de verdaderas consecuencias jurídicas, no liga a los interesados eficazmente.

En el señalamiento regular para el momento de la diligencia se previene a los interesados para que nombren un perito dentro de los tres días siguientes, el que designa el Juez en caso de desacuerdo entre ellos, prevención que también se hace al Síndico para que por su parte designe uno. Ahora, unos y otros gozan de la facultad de designar un solo perito o los interesados adherir a la designación que haga el Síndico (inc. 2º, Art. 30, Ley 63 de 1936, Dto. Ejvo. 1020 de 1936), facultad que está condicionada a que se haya cumplido la obligación de noticiar al Síndico mencionado, dentro de los dos meses siguientes del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate ese fallecimiento, con indicación de sus bienes, de los de la sociedad conyugal, de quienes son los herederos, etc., obligación que impone el artículo 81 de la Ley 63 de 1936, a la que hace referencia expresa el artículo 31 del Decreto Ejecutivo Nº 554 de 1942, en su parte final: "... Los Funcionarios de Hacienda sólo podrán convenir en la designación de perito único, cuando los interesados hayan cumplido a cabalidad con las obligaciones contenidas en el artículo 81 de la Ley 63 de 1936 y siempre que la escogencia del perito se haga inmediatamente después de sorteada la lista".

Ahora, los peritos que se nombran por parte del Síndico deben ser de los integrantes de la lista oficial del respectivo Circuito y en ningún caso otros (Art. 31, Ley 63 de 1936), y contra ellos proceden las mismas causales de recusación que contra los comunes y las que señalan el artículo 32 de la citada Ley y el 32 del Dto. Ejvo. Nº 554 de 1942. El nombramiento del perito único se hace sorteando cinco nombres de la lista oficial de peritos, luego de agrupados de acuerdo con sus conocimientos sobre las distintas clases de bienes, ante el Administrador de Hacienda, el Abogado-Síndico y uno por lo menos de los interesados, y de esos cinco nombres se escoge el que deba nombrarse en las Capitales de Departamento, pues si se actúa en lugar distinto el sorteo se hace ante el Juzgado del conocimiento por el Recaudador de Hacienda Nacional correspondiente, con intervención de uno de los interesados y de acuerdo con lo relacionado primeramente, menos en lo relativo a agrupaciones. Si no se trata de perito único el que toca a la Nación es nombrado por el funcionario de Hacienda, también mediante sorteo. De lo actuado se extiende la correspondiente acta, con su número, etc., y se comunica al Juez del conocimiento, sin lo cual no puede dar posesión al nombrado. Lo que se deja anotado está dispuesto en la Resolución Nº 102 de 1942, emanada de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, de fecha seis de marzo, dictada con base en las autorizaciones dadas por el artículo 31 del Decreto-Ley Nº 554 de 1942, Resolución que debe estudiarse especialmente ya que aquí nos limitamos a una breve noticia de ella.

ART. 939. — Dispone el artículo que llegada la hora señalada, el Juez recibe el juramento al tenedor de los bienes de denunciar los elementos del activo y del pasivo de la sucesión o de la sociedad

conyugal ilíquida, en caso de que exista, una vez pasado lo cual se procede a confeccionar el inventario y avalúo de los bienes. Empero, ello está modificado por las disposiciones de la Ley 63 de 1936 que preceptúa en el inciso 4º del artículo 34 que los inventarios se presentan al Juez de la causa por duplicado (hoy por triplicado).

El inventario, en armonía con las normas de la ley sustantiva, es acto solemne (Arts. 472 y ss., 1310, 1821 y conc. C. C.) que se verifica con intervención de funcionario público, con el fin de darle autenticidad, intervención que es esencial para su validez, pues sin ella deja de ser solemne, como es obvio. Ahora, dicha intervención no indica en nuestro sistema vigente sino el deber del Funcionario que actúe, de recibir el denunciante de los bienes relictos juramento de denunciar todos los bienes del activo y del pasivo de la sucesión o de la sociedad conyugal ilíquida en su caso y de autenticar la relación que se haga por el denunciante, pues si no fuese así la parte final del artículo 34 ya citado no sería de este tenor: "Las actas de inventarios y avalúos se presentan al Juez..."

Ciertamente, lo transcrito está indicando que al Juzgado del conocimiento no le corresponde en la actualidad la facción de la relación de los bienes sino a los respectivos interesados, puesto que lo dispuesto por el artículo 34 precitado modificó lo dispuesto al final de la primera parte del artículo 939 del Código Judicial y es en esencia distinto a lo que disponía la legislación procesal imperante antes, por cuya virtud el Juez de la causa tenía el deber de trasladarse a los lugares en donde hubieran bienes de la sucesión para ir confeccionando el inventario, con la consiguiente pérdida de tiempo e innecesaria inversión de dinero, y que fué derogada por la vigente.

Al presente no es obligación de los Jueces la de proceder a investigaciones y exámenes especiales de los bienes de una sucesión (la que sí tienen los peritos, Art. 33, Ley 63 de 1936; Arts. 63 y conc. D. E. Nº 1020 de 1936) y de allí que la presentación por el interesado de la lista de esos bienes, con el juramento, en el día y hora señalados, sea bastante para estimar confeccionado debidamente el inventario, fuera de que estén cumplidos los presupuestos suyos o sea, apertura de la respectiva sucesión, pedimento de él, publicación del edicto, designación y posesión de peritos y señalamiento para su práctica.

Lo anotado integra, pues, las solemnidades de que la legislación ha querido revestir los inventarios, pues no debe exagerarse el concepto de ellas, que hacen relación propiamente a la autenticidad de los actos, y en verdad la presentación de la relación de bienes y su avalúo, la tiene porque la realidad de su presentación no es susceptible de negación. A no dudarlo, los inventarios y avalúos deben ser presentados ante el Juzgado, y cumplidas las obligaciones de éste, ello implica la satisfacción de las exigencias de la ley, ya que ellas no miran a que sean hechos por los Jueces sino a que testi-

monien ellos la certeza suya, es decir, que sí fueron verificados en oportunidad.

Lo que se deja dicho muestra que la diligencia de inventarios no es un simple memorial, como bien lo ha dicho la Jurisprudencia, porque concurren a integrarla el juramento que debe recibirse al denunciante de bienes, la presentación en el momento señalado antes y la atestación que hace el Juez con su Secretario de lo actuado, pero de allí no se desprende que por la circunstancia de que al confeccionarlo no diga el denunciante que actúa el respectivo Juzgado, haya nulidad o inexistencia de la diligencia, en armonía con lo qué fué dicho.

El artículo 34 de la Ley 63 de 1936 dispone: "En el inventario y avalúo se especifican los bienes con la mayor precisión posible, haciendo la debida separación entre bienes propios del causante y bienes de la sociedad conyugal. Respecto de los inmuebles debe expresarse: su ubicación, nombre, linderos, cabida, clase y estado de las tierras, cultivos y edificaciones, herramientas, maquinarias, anexidades y dependencias, títulos de propiedad y demás circunstancias. De los créditos, acciones y demás efectos similares, deben enunciarse títulos, fecha, valor nominal, deudor o codeudores, si existe o no solidaridad entre ellos, intereses o dividendos pendientes a la muerte del causante, garantías que los respalden y demás especificaciones pertinentes. De los derechos litigiosos deben determinarse la clase y el objeto del litigio, las personas que intervienen como demandantes y demandados, el estado en que se encuentra la causa, el funcionario ante quien se halla y demás circunstancias que los identifiquen. Los muebles deben también inventariarse y avaluarse por separado o en grupos homogéneos o con la debida clasificación, y enunciando la materia de que se componen y el estado y sitio en que se hallan. De los semovientes debe hacerse mención de raza, edad, destinación y demás circunstancias. Si el testador asigna bienes singularmente, deben particularizarse en el inventario y avalúo.

El pasivo debe relacionarse circunstanciadamente, como se dispone para los créditos activos, y allegando su comprobante al expediente.

Si se trata de valores extranjeros que figuren en el activo o en el pasivo, los peritos deben verificar la conversión a moneda colombiana de acuerdo con las normas generales.

Las actas o diligencias de inventarios y avalúos se presentan al Juez por duplicado; el principal se destina al expediente y el duplicado al Síndico Recaudador, a quien el Juez lo entrega inmediatamente. Este duplicado va en papel común, no requiere timbre nacional ni más autenticación que la del Secretario del Juzgado, y no causa derecho, gasto ni emolumento alguno.

ART. 940. — Para el justiprecio de los bienes que los peritos no conozcan y situados en lugar distinto a donde no puedan trasla-

darse, el Juez comisiona (Arts. 133 y ss.) a los de esos lugares para que ante ellos y con intervención de otros peritos designados en forma debida, se lleve a término el avalúo. Realmente, la expresión usada por el artículo no implica la presentación de una verdadera imposibilidad física y jurídica en los primeros peritos para hacer su traslado a otros sitios sino dificultades por conceptos de trasportes, tiempo, gastos y demás, que los peritos no conozcan bien los precios de las cosas materia de avalúo en Municipios distintos al en donde actúen. Lo expresado lo confirma el artículo 30 de la Ley 63 de 1936: "... pueden también nombrar (el Síndico y los interesados) peritos avaluadores para cada uno de los Municipios en que se hallen ubicados los bienes".

Vale decir aquí que los honorarios de los peritos que actúan en las sucesiones son determinados de manera diferente a los de los comunes (Art. 566), pues esa determinación es atribución del Juez de la causa, quien la hace oficiosamente y en el auto en que confiera traslado del avalúo a los interesados, tomando por base el monto del mismo y el límite máximo del dos y medio por mil. Ahora, los honorarios señalados a los peritos son debidos desde la fecha del auto que los fije y sin que conste su pago no puede tampoco impartirse aprobación a la diligencia verificada. Cuando hayan de sobrepasar a la suma de doscientos pesos, se requiere entonces para el señalamiento la tramitación de articulación (Art. 395). Es éste el contenido del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, que modificó el 568 del C. Judicial.

En general es factible que el acreedor de honorarios disponga de la facultad de convenir su monto con quien los adeude, pero tratándose de sucesiones está vedada esa convención, en armonía con el ordinal *e*) del artículo 63 del Dto. Ejvo. Nº 1020 de 1936.

ART. 941. — Los acreedores del causante (Arts. 1411 y ss. C. C.) gozan de la facultad de pedir que se incluyan en los inventarios y avalúos los créditos de que sean titulares y al efecto disponen de la facultad de solicitarlo así ante el Juez de la causa, solicitud de que se corre traslado a los asignatarios por el término de tres días a fin de que expresen su aceptación o no. En cuanto a los que consten en título que preste mérito ejecutivo (Art. 982) se dispone la inclusión aun cuando los herederos no los acepten, v. gr.: un crédito que conste en un instrumento negociable (Ley 46 de 1923). Ahora, respecto a los créditos que no consten en títulos de la calidad indicada, se dispone también la inclusión a condición de que los herederos la acepten unánimemente (Art. 34, Ley 63 de 1936), pues si uno de ellos es contrario a ella, es impropio ordenarla, si bien es cierto que el acreedor dispone de otros medios para la efectividad de su derecho (Arts. 1393, 1343 y conc. C. C.).

La súplica del acreedor sobre inclusión de su crédito debe hacerse antes de llegado el momento señalado para los inventarios, a fin de que pueda darse oportunamente el traslado de ella, que debe correrse

a los herederos, ya que es falto de apoyo decir que cabe presentarla al tiempo de hacerlos, pues sólo daría ocasión a embarazar la actuación. Tampoco cabe aducirla después de verificados, puesto que un acto destinado a influir en el cumplimiento de otro carece de objeto una vez ejecutado ese otro.

Es sabido que al presente los inventarios son presentados al Juez y de allí que si en ellos se comprenden créditos contra la sucesión, no sea indicado desecharlos de plano, porque el consentimiento de los herederos distintos al denunciante de bienes se manifiesta propiamente dentro del traslado que de ellos se corre y del término que tienen para formular objeciones, por la actitud bastante pasiva que con relación a ellos toca asumir al Juez actuante y por lo mismo que en el acto de presentación de los inventarios no hay realmente audiencia de todos los interesados. Ahora, esa inclusión sin previo consentimiento de todos los causahabientes está lejos de generarles perjuicios, pues les basta expresar en oportunidad que no aceptan los créditos que no presten mérito ejecutivo, para que si no se presenta la prueba correspondiente no figuren entonces en dichos inventarios, de donde se desprende que no concurre ningún argumento de peso contra lo expuesto.

ART. 942. — En caso de que el albacea con tenencia de bienes o los herederos no comparezcan a denunciar los bienes herenciales, el Juez, a petición del Síndico Recaudador o de cualquier interesado legítimo, debe apremiarlos para que concurran al Juzgado a hacerlo en el momento que les señale con ese fin, apremio que se hace bajo las sanciones de multa y arresto conforme al artículo 188. Interesado legítimo será, por ejemplo, el heredero reconocido o quien tenga una situación de derecho relativa a la sucesión. Tiende el artículo a que los herederos no menoscaben con facilidad y en la práctica los derechos de otros que carezcan de un conocimiento exacto de esos bienes y a que no se haga ilusorio el pago de los impuestos fiscales.

Al respecto, transcribimos lo dispuesto por la Ley 63 de 1936 en el artículo 36: "El Recaudador puede solicitar en todo tiempo que uno o varios de los interesados en el juicio mortuorio, declaren ante el Juez con juramento si determinados bienes pertenecen o no a la mortuoria, y en caso afirmativo hacer que los especifiquen y relacionen, bajo las sanciones establecidas en esta Ley (Arts. 86, 87 y cds., ib.), sin perjuicio de que el mismo Recaudador pueda denunciarlos."

ART. 943. — Preceptúa este artículo que si al llevarse a cabo la diligencia de inventarios y avalúos no hay desacuerdo entre los interesados, se ordena de plano el envío del expediente al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones para que confeccione la liquidación a que haya lugar y que si lo hay sea desatado previamente por el Juez, pero fué derogado por el 94 de la Ley 63 de 1936. Durante su vigencia era innegable que en la audiencia que debía celebrarse forzosamente se daba cabida a debate entre las partes

acerca de inclusiones o exclusiones de bienes, el que se definía en incidente ordenado en ella misma, pero en la actualidad y en gracia de las nuevas normas que rigen en lugar del precepto derogado, la cuestión ha cambiado de aspecto, puesto que el traslado que de los inventarios y avalúos debe disponerse (Arts. 40 y 41, Ley 63 de 1936) cumple el objeto de que dentro de él se promueva la discusión por los interesados, traslado que antes no se disponía y que hacía necesaria la verdadera verificación de audiencia entre los interesados al confeccionarse el inventario.

Al presente, al celebrarse una diligencia de inventarios, el Juez de la causa tiene una actitud pasiva, si se permite la expresión, limitada a recibir su presentación y la del juramento que se exige en ella, que no implica el ejercicio de la jurisdicción en cuanto al fondo mismo de ellos, es decir, a su contenido. Por tanto, el que al presentarlos se incluyan o excluyan ciertos bienes, no implica que deban desecharse inicialmente, pues ésa es materia de la decisión de un incidente que tiene por base las objeciones que en el traslado que se dispone sean hechas. En consecuencia, la oportunidad de que disfrutan los interesados para objetar es dentro del término del traslado.

En principio, sería necio negar que existen algunas diligencias judiciales apelables, pero para que lo sean es menester, lógicamente hablando, que en ellas se contengan resoluciones similares a los autos interlocutorios (Art. 466, num. 2º) y que de suyo fundamenten el recurso (Arts. 490 y ss.). En verdad, en la admisión simple de unos inventarios y avalúos no se contienen aquéllas, ni gravamen irreparable para los interesados, de donde resulta que es impropio aceptar que la diligencia referida es susceptible de apelación.

Las modalidades que al presente ofrece la diligencia de inventarios y avalúos descartan por sí mismas el recurso de apelación en atención que su presentación al Juez del conocimiento es apenas un acto inicial para la actuación que normalmente sigue a ella, esto es, los traslados, las objeciones y su aprobación o improbación. La diligencia dicha está bien lejos de implicar, pues, resolución de fondo que fundamente la necesidad de revisión por parte del Superior del Juez actuante. En ella no concurren tampoco las bases del recurso de apelación.

La práctica del inventario es apenas una actuación de cumplimiento de una providencia anterior que tiene por finalidad inmediata el impulso procesal, lo que hace ver con claridad meridiana que es razonable sostener que la diligencia de inventario no es apelable, ya que si no fuese así se propiciaría la actuación equivocada de conceder apelación de la ejecución de una providencia que no es apelable y por parte de quien ligue, procesalmente hablando.

La presentación de inventarios es un acto simple del interviniente en juicio sucesorio y que antes de su aprobación carece por sí mismo de consecuencias jurídicas en cuanto al derecho de las partes, causa para que no sea apelable la diligencia que lo constate, pues no ofrece

ninguna analogía con aquélla en que se deseche la oposición de un tercero a la verificación de un secuestro, de una entrega, etc.

Los inventarios y avalúos, que siempre son judiciales, pues al presente no rige la disposición del Código anterior que autorizaba su práctica extrajudicialmente por los asignatarios, son dados en traslado por tres días a ellos y al Síndico, a fin de que dentro de los tres siguientes formulen sus objeciones (Arts. 40 y 41, Ley 63 de 1936), las que se deciden mediante articulación. Dentro del período indicado cabe admitirlas y tramitarlas, únicamente, porque él es perentorio como los otros términos (Arts. 366 y ss.) y de allí que si son propuestas fuera del mismo, es del caso desecharlas de plano (Art. 394).

Se ha discutido si por los asignatarios es provocable incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en los inventarios, sobre lo que ha recaído jurisprudencia contradictoria, esto es, en sentido negativo y afirmativo, pero en la actualidad no cabe negar la viabilidad de esa proposición, porque de lo contrario no tendría objeto el traslado que de ellos se ordena y se colocaría a los asignatarios en posición desfavorable al tener que aceptar la realización de un acto defectuoso como es el inventario que omite incluir bienes de la sucesión o que comprenda los que no le pertenezcan, etc., sin que en ello obren verdaderos fundamentos justificativos. Si no fuese así, el heredero más listo y que actúe como denunciante de bienes condicionaría a su voluntad los intereses de los otros, cosa por demás injusta.

Por último, dicha facultad, que corresponde a los asignatarios, no pertenece a quienes sean "terceros" (Arts. 476 y 233) con relación a la sucesión, porque carecen de un verdadero interés jurídico que sustente la proposición de incidente por parte suya. En realidad, un estudio detenido del asunto lleva a concluir que es falto de verdadero objeto y de justificación, ante las disposiciones legales imperantes, admitir la proposición de incidente relativo a los inventarios por un tercero, pues falta de parte suya la legitimación en causa de que tanto se acostumbra hablar.

ART. 944. — Recibido por el Síndico el expediente que se le pasa a fin de que verifique la liquidación de los impuestos, después de que ha corrido el término del traslado de los inventarios y avalúos o han sido resueltos definitivamente los incidentes provocados sobre ellos, envío que se hace mediante auto de sustanciación (Art. 464, num. 3º, y 42, inc. 4º, Ley 63 de 1936), procede dicho funcionario a hacerla, para lo cual se le fija el plazo de cinco días hábiles, que se cuentan desde la llegada de los autos a su despacho, según el artículo 43 de la Ley precitada (v. Arts. 44 y ss., ib.) y después, ya en firme, devuelve los autos al Juzgado de origen.

ART. 945. — Fué derogado por el 94 de la Ley 63 de 1936 y disponía que, presentada la liquidación del impuesto, el Juez la ponía en conocimiento de los interesados por el término de tres días, pasados los cuales la aprobaba, a menos que se hicieran objeciones, las

que resolvía mediante los trámites de articulación. Había en ello una marcada falta de técnica porque se colocaba la actuación de carácter administrativo, como es la liquidación de un impuesto, bajo la calificación de las autoridades judiciales, sometiéndoles un asunto que normalmente es de naturaleza contencioso-administrativa y no judicial. Hoy en día, conforme el inciso final del artículo 42 de esa ley, las objeciones se resuelven por la vía administrativa, fuera de que con respecto a ellas han de observarse las normas de los artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52 de la misma ley.

ART. 946. — Este artículo fué derogado, al igual que otros, por el 94 de la Ley 63 de 1936, y disponía que una vez en firme la aprobación de la liquidación del impuesto, ante la circunstancia de que no fuera cubierto dentro de los diez días siguientes y que hubiese pasado un año de la apertura de la sucesión, el Síndico Recaudador debía proceder ejecutivamente, por medio de la jurisdicción coactiva (Arts. 1058 y ss.), a fin de lograr la solución de él. En lugar de la disposición derogada obra el 62 de la citada Ley, según el cual tienen jurisdicción coactiva para el pago del impuesto, recargos, multas, gastos y demás derechos, por la vía ejecutiva, a prevención, los respectivos Síndicos Recaudadores, Administradores o Inspectores de Rentas Nacionales, Jueces Nacionales de Ejecuciones Fiscales, Jueces de Rentas Nacionales y demás funcionarios que por leyes especiales tengan dicha jurisdicción. La jurisdicción de que se trata es ejercitable, según el artículo citado, pasados diez días de la ejecutoria de la liquidación correspondiente (Art. 51, ib.) y entonces el impuesto se cobra sin recargos, si no ha pasado un año de la apertura de la sucesión (Art. 27, ib.), porque si ha pasado hay margen a éstos.

ART. 947. — El pago del impuesto sobre masa global hereditaria y asignaciones es condición previa para la aprobación de la diligencia de inventarios y avalúos (lo mismo que el pago a los peritos) o la constatación de que la sucesión de que se trate no causa impuestos, y sin dicha condición es extemporáneo aprobarlos. Para impartirles esa aprobación es necesario también que los inventarios y avalúos no hayan sido objetados, o que las objeciones hechas dentro de su traslado no prosperen o que sean corregidos en armonía con lo dispuesto en la providencia que las acepte.

La providencia mediante la cual son aprobados tiene carácter interlocutorio e importa principalmente para proseguir la actuación procesal y determinar una base sobre la cual ha de hacerse la partición de la herencia. Ella por sí no crea un estado definitivo sino dentro de la tramitación del sucesorio en que es pronunciada, pues no es obstáculo para que se accione independientemente sobre inclusión o exclusión indebida de bienes por quienes estimen lesionados sus derechos.

Dijimos que sin el pago del impuesto no puede impartirse la aprobación predicha sin incurrir en irregularidades que generan nulidad al tenor del artículo 54 de la Ley 63 de 1936, medio coactivo de que dispone el legislador para lograr el pago de los impuestos causados.

ART. 948. — No obstante lo dispuesto en otros artículos (Arts. 950, 953 y conc.), si los interesados en un sucesorio lo acuerdan en forma unánime, tienen facultad de solicitar al Juez de la causa, quien debe acceder a ello, la verificación del inventario y avalúo, obtener que se haga la liquidación de los impuestos a que haya lugar, que se dicte el decreto sobre posesión efectiva de la herencia, y aun hacer la partición de los bienes dejados por el causante, antes de transcurrir el término de fijación del edicto ordenado en el artículo 937. Sin duda alguna, esa forma unánime exigida por la disposición en referencia, no comprende a persona distinta de los asignatarios reconocidos, como lógicamente debe ser y se desprende de la parte final de ella.

El Juez carece de la facultad de impartir la aprobación de los aludidos actos y de ordenar el registro del decreto sobre posesión efectiva de la herencia si antes de la desfijación del edicto se presenta algún interesado legítimo en el proceso que no dé su asentimiento a la actuación cumplida, de donde resulta que esos actos se cumplen en su orden regular y secesivo sin necesidad de aprobación de los anteriores para la realización de los posteriores. Por otra parte, la orden de inscripción del decreto ya mencionado y esa aprobación, que puede impartirse en un solo acto, es oportuna una vez llegado el momento de desfijación del edicto que se ordena, porque así no se cumple un acto judicial condicionado directamente en su mérito y en sus efectos a ocurrencias posteriores y se consulta mejor la doctrina del artículo.

Esta mira, por tratarse de un procedimiento puramente de jurisdicción voluntaria, a la rapidez de la actuación que no tiene por qué dilatarse con mengua de los intereses de los herederos que estén unánimes en querer una concreción de sus derechos sin exageradas dilaciones. Propiamente, los derechos suyos son los que entran en juego en el proceso de manera más directa y de allí la base de lo analizado. Cuando no hay qué debatir, no hay motivo para someter a los interesados a términos propios de debate y a formalidades no esenciales para la validez de los actos.

ART. 949. — La finalidad inmediata de los inventarios es la de determinar la situación patrimonial de la herencia, el acervo de bienes de que era titular el *de cujus* y las obligaciones a que estaba ligado el mismo, que se transmiten a los herederos en el momento de su muerte, y a buscar la cristalización de ese fin está dirigido el presente artículo al autorizar la súplica y disposición de los inventarios y avalúos adicionales. El inventario es la base primaria de la división de la herencia y de allí la certeza que debe tener para que ella no sea un acto deficiente e incompleto, de escasa utilidad para los asignatarios y que en la realidad les genere verdaderos perjuicios en cuanto inversión de tiempo, actividad y gastos.

Dispone el artículo que cuando haya dejado de comprenderse en el inventario algún elemento del patrimonio del fallecido, procede pedir y ordenar uno adicional con el objeto de que cese la exclusión

de él, petición que tienen facultad de formular, con indicación de las cosas a que se refiera, las mismas personas que pueden solicitar la práctica de los inventarios principales (Art. 935), en las oportunidades que se indican: antes o después de verificarse la partición.

En el evento de que lo sea antes, la providencia mediante la cual se ordena el adicional es notificada por medio de anotación en estados (Art. 310), a menos que el procedimiento haya estado en suspenso por más de seis meses (Art. 322), notificación que es común a todos los interesados en él, menos al Síndico Recaudador a quien debe hacerse personalmente. No se requiere, tratándose de ella, el edicto emplazatorio previsto en el numeral segundo del artículo 937, pues si no fuese así el artículo en referencia no diría que el nuevo inventario se hace con citación común, que es cosa distinta al emplazamiento por edicto, y porque ya no se presenta la necesidad de él, ya que el fijado primero coloca los herederos en condición de ser tenidos por llamados al juicio, fuera de que por lo general a la época de súplica del nuevo mencionado ellos están interviniendo en el mismo.

Cuando el adicional es suplicado con posterioridad a la partición, es dispuesto con el lleno de las formalidades ordenadas para el primitivo: publicación de edicto, nombramiento e intervención de peritos y demás, por cuanto que ya se trata de una actuación finalizada, si se quiere, que sí hace necesarias todas las formalidades, porque ya están cumplidas las etapas del juicio, a diferencia de lo que ocurre en el anterior supuesto.

El artículo habla expresamente de patrimonio, sobre lo cual se sienta la discusión de si es admisible o no la disposición de inventario adicional de créditos contra la sucesión. Por algunos, tomando el concepto de patrimonio, que es discutido por los doctrinantes, en el sentido de que por él se entiende el conjunto de derechos de que sea sujeto activo una persona cualquiera, se afirma que el espíritu de la norma prementada no consiente que se haga inventario de obligaciones contra el causante.

Empero, aun aceptando que el vocablo patrimonio tenga en general ese alcance, consideramos que el artículo no debe aplicarse en un sentido literal, meramente exegético, porque ello no consulta las verdaderas normas científicas de interpretación y es contrario a la equidad y a la justicia, a los principios que integran las bases del procedimiento.

En efecto, el inventario persigue ante todo la determinación completa de los derechos y obligaciones de que era sujeto activo o pasivo el causante, y de allí que no se refiera únicamente a los bienes por él adquiridos, sino a las situaciones de derecho a que estaba vinculado al momento de su muerte. El inventario adicional, es elemental decirlo, se dirige a completar el primitivamente hecho y es claro que éste es incompleto cuando omite la inclusión de créditos contra la sucesión, y de allí que sea procedente el nuevo inventario de deudas para el exacto cumplimiento de la finalidad ameritada.

El proceso sucesorio es eminentemente de los denominados de jurisdicción voluntaria, cuya naturaleza en sí distinta a los propiamente contenciosos, permite, si se quiere, alguna amplitud, pues en ellos no cabe un exagerado rigorismo procesal por lo mismo que el interés predominante en ellos es el de los asignatarios. En consecuencia, no lesiona ninguna norma de carácter sustancial disponer el inventario adicional de créditos sino que se conforma con ellas.

Los herederos son obligados a la solución de las deudas existentes contra el causante suyo, por lo que es de marcada utilidad lo que venimos sosteniendo y conforme a sus intereses. No resulta que haya un obstáculo insalvable para constatar, en forma adicional, las deudas que graven la masa hereditaria, porque esa constatación permite que se haga sobre bases firmes la partición, que lo adjudicado en ella a cada heredero no quede sujeto a inestabilidad por motivo de aquéllas, fuera de que así cabe garantizar los intereses de los acreedores, que la ley protege.

Por las mismas calidades que debe reunir el crédito contra la sucesión para ser incluído en los inventarios sin el consentimiento unánime de los herederos, es comprensible que, aunque todos ellos no estén de acuerdo en la práctica del adicional, ésta no les genera perjuicios especiales ni desmejora la posición que cada uno tenga, en lo que surge una razón más en apoyo de lo que se viene diciendo. Ahora, si todos ellos están unánimes en dicha práctica, no hay por qué negarla ya que sus intereses son los que juegan papel preponderante en ella.

Los partidores cargan con la obligación perentoria de formar hijuela para el pago de las deudas hereditarias, en lo que se ve también lo fundado de la tesis expuesta en las presentes líneas, pues por la inclusión de ellas en el inventario adicional se propicia el mejor cumplimiento de esa obligación y que por sí descarta un estado de indeterminación o vaguedad, inconveniente por todo aspecto para el correcto desempeño de las funciones del partidor, fuera de que el inventario completo es la mejor base de que se dispone para llenarlas, lógicamente.

Este supuesto deja comprender mejor lo expuesto: en el inventario primitivo no se incluye un inmueble de la sucesión y que carga con un gravamen hipotecario. No encaja dentro de las normas básicas del derecho que se disponga apenas la inclusión del bien raíz con exclusión del crédito que lo grava, porque no debe romperse la unidad de la situación de derecho de que sea sujeto el *de cujus,* ya que ella se impone por sí misma en la actuación sucesoria, para que sea completa como debe serlo.

Es la misma forma como se hacen los inventarios en los juicios mortuorios, sin llamamiento con citación personal de todos los asignatarios y sin su intervención forzada en ellos, la que sustenta también lo que se expone en estas líneas, pues si ella se cumple así, es incurrir en absurdo rigorismo vedar que los herederos logren ulte-

riormente que se incluyan deudas en el adicional, porque de lo contrario se somete a los no intervinientes aun a actuaciones maliciosas de los que sí lo sean, con los consiguientes perjuicios. Las mismas razones que militan para la inclusión de deudas en el inventario primitivo obran para ella en el adicional, y no debe olvidarse el sabio principio de que en donde existe la misma razón es aplicable la misma disposición. Es errado a todas luces quebrar la armonía de las disposiciones de la legislación.

INCLUSIÓN DE GASTOS

Antes de pasar al estudio del siguiente Capítulo, conviene consignar aquí algunas ideas sobre una cuestión un tanto discutida: la inclusión en los inventarios de los gastos de los herederos en el procedimiento sucesorio para percibir sus asignaciones. Acerca de ella se tiene que la jurisprudencia, con base en la ley sustantiva, ha resuelto que en los inventarios que se practican en las sucesiones es fundado incluir los gastos comunes hechos por razón del respectivo juicio, como es el que se hace por la intervención de los peritos avaluadores, pero no los propios y exclusivos de un heredero y verificados a causa de su interés único y no del general (Arts. 1390 y conc. C. C.).

En efecto, la citada ley dice que son de cargo de los herederos los gastos comunes; de donde se desprende sin lugar a dudas que los particulares del asignatario no deben incluirse, puesto que si no fuese así se tendría en realidad que cualquier heredero podría menoscabar caprichosamente los derechos de los otros, haciendo erogaciones innecesarias y desmedidas, etc. En verdad, ante los principios de justicia no es aceptable que una persona haga cargar a otras con gastos que no aprovechan ni exigen, y de allí que no haya un motivo justificativo para incluirlos en los inventarios, siendo que éstos son la base de la partición. Además, cobra más fuerza lo afirmado si se tiene en cuenta que lo contrario lleva al absurdo de que se haga responsable a un signatario de gastos que otro haga aún para embarazar el impulso del sucesorio respectivo.

Por otra parte, es elemental que quien acciona ante las entidades judiciales debe sufragar las erogaciones a que haya ocasión, principio bastante en orden a sustentar lo que se viene diciendo, pues no consulta la equidad que una persona deba responder por el derecho de otra, sin embargo de no haberlo desconocido ni aprovechado la actuación que se adelante para hacerlo efectivo por esa otra. Si no fuese así, también se tendría en el hecho que un sujeto, por la mera circunstancia de ser asignatario, cargaría con gastos motivados por actividades faltas de verdadero objeto.

En conclusión, resulta, pues, que en los inventarios no procede la inclusión de los gastos meramente particulares del heredero y que no se hacen en interés de la sucesión o en pro de todos los asignatarios.

Capítulo IV

POSESIÓN EFECTIVA DE LA HERENCIA

Art. 950. — La aprobación de los inventarios y avalúos que se hace en los procedimientos sucesorios, da derecho a los respectivos interesados para pedir que se dicte en favor de la herencia el llamado decreto de posesión efectiva de ella, el que cumple el objeto de cancelar las inscripciones existentes en cabeza del causante y de radicarlas en general en cabeza de los herederos, en cuyo favor se expida, pues la delación de la herencia que se hace por ministerio de la ley no tiene el mérito de concretar por sí la desaparición de la posesión inscrita del mencionado causante. Por otra parte, tal decreto, que es inscrito en el libro de causas mortuorias correspondiente a la ubicación de los bienes relictos (Art. 38, Ley 57 de 1887), habilita a los herederos para enajenar o gravar, conjuntamente, dichos bienes, en lo que cabe apreciar otro de los aspectos salientes de él, su utilidad, porque sin el mismo la enajenación o gravamen que hagan los herederos queda condicionada en su eficacia a que posteriormente se les adjudique lo enajenado o gravado, a menos que traten solamente de derechos hereditarios.

Dice el artículo expresamente que luego de la aprobación de los inventarios y avalúos es cuando procede ordenar la posesión efectiva de la herencia, lo que deja concluir que si al momento de pedirla hay actuación pendiente sobre los adicionales que hayan sido solicitados, lo indicado es terminarla antes para mejor orden y unidad en la actuación, para que aquélla no quede sujeta a actuaciones incompletas o sucesivas, a duplicidades evitables.

La petición del decreto que confiere la posesión efectiva de la herencia es facultativa de parte de los herederos. Ello se desprende del vocablo "pueden", usado en el texto del artículo acotado, y de allí que no sea formalidad indispensable en los sucesorios en que haya varios herederos, sin embargo de la argumentación en contrario expuesta por algunos con la base principal de que lo que quedó anotado hace inefectivo, sin aplicación, el Capítulo del Código. En este particular debe observarse que él carece del carácter de imperativo, que sí tienen otras disposiciones procesales, por lo que la argumentación referida cae por su base, máxime si se considera que la legislación procesal nuestra tiende a hacer lo menos formalista posible el reconocimiento judicial de los derechos particulares, breve y económica por todo aspecto.

Antes fueron indicados los efectos naturales del decreto de posesión efectiva de la herencia y ellos dejan concluir por qué es de lógica inconcusa que es facultativo de los herederos pedirlo o no, en conformidad con sus correspondientes intereses. La concreción o cristalización de los derechos de ellos, se tiene con la partición, su aprobación y registro, de donde resalta con claridad meridiana que no ha

de ser indispensable la expedición del prementado decreto para las etapas posteriores a la aprobación de los inventarios. El registro de la partición tiene efectos más amplios que comprenden los del decreto de posesión efectiva mencionado ya varias veces.

Ante la legislación chilena sí aparece indispensable en los sucesorios el decreto ya varias veces mencionado, mas no en la colombiana que fué tomada de aquélla sólo parcialmente, esto es, sin comprender lo que lo hace indispensable de manera expresa. El artículo 757 del C. Civil lo exige perentoriamente como condición necesaria para que los herederos puedan enajenar los bienes herenciales por sí mismos antes de la partición correspondiente, y para que sirva de justo título al heredero putativo (Art. 766, inc. final C. C.) y no para que pueda llevarse a término la división de la masa herencial. De suerte que contra la tesis de que el decreto en referencia es meramente facultativo no resulta lógica la argumentación de que es necesario para no dejar sin aplicación el Capítulo del Código.

La petición de que se conceda la posesión efectiva, distinta a la presunta o de derecho que adquiere el heredero por la muerte del causante suyo, es viable únicamente cuando en el patrimonio del último hay inmuebles y su concesión, ha dicho la Comisión Revisora, "...no es otra cosa que un auto destinado a ser inscrito en el libro de registro y que, al propio tiempo que sirve de medio de cancelación de las inscripciones hechas allí en favor del *de cujus*, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando el nombre del difunto, haga enajenaciones o constituya hipotecas sobre los respectivos bienes, confiere a los herederos conjuntamente facultades dispositivas respecto de los bienes herenciales..."

Por otra parte, dedúcese del texto de las disposiciones legales que es para ejecutar por sí mismos los herederos, vale decir, particularmente, enajenaciones o gravámenes sobre bienes raíces de la sucesión que es indispensable el decreto de posesión efectiva antes de la partición, pues tratándose de la subasta ante el Juez y que autoriza la ley (Arts. 961 y 962), dicho decreto no se requiere, por la razón bien clara de que la venta que se haga es por cuenta de la sucesión misma, un acto jurisdiccional que da ocasión a la cancelación de las inscripciones en favor del *de cujus*, y no particular de cada uno de los herederos, un acto formalmente distinto del que ejecutan ellos. En consecuencia, lo anotado posee bien claro fundamento.

ART. 951. — El decreto de posesión efectiva de la herencia es dictado en beneficio de la herencia misma, representada por los herederos, llamados a suceder al causante, bien por disposición de la ley o bien por disposición testamentaria. Él viene a ser la constatación, por decirlo así, de la comunidad que existe entre los asignatarios antes de la partición, como se desprende aún de la sola lectura del artículo acotado, porque por aquél no se particulariza el dominio de cada uno de ellos sobre un bien determinado de la masa hereditaria, y sería absurdo pretender que basta para dar por finalizado

el juicio sucesorio o para que cada uno esté en capacidad de enajenar, con independencia de los demás partícipes en la sucesión y de manera eficiente e incondicionada en absoluto, un inmueble determinado de ella.

Con la significación del decreto aludido armoniza la forma breve como es dictado, pues él lo es con vista en la correspondiente súplica, sin otros requisitos, en el evento de que no haya, por parte de alguno, pretensión de excluir a otros asignatarios, pues si la hay el decreto dicho es dictado, previos los trámites de una articulación común (Art. 395).

Ahora, claro es que para dictarlo, pedido en oportunidad, no se requieren mayores formalidades si no hay oposición o pretensión de exclusión, sino simplemente el reconocimiento de la calidad de heredero del peticionario o los peticionarios, pues no se dicta oficiosamente, reconocimiento que tiene que apoyarse en documentos probatorios eficaces. Además, es incuestionable que la calidad de heredero es la única que hace factible el decreto cuestionado, en otros términos, sin ella no procede dictarlo en beneficio de una persona como el legatario, el acreedor hereditario, etc., según se desprende de los textos claros de la ley.

En el evento de que la articulación de que se habló arriba disponga la exclusión de algunas personas, la decisión es susceptible de los recursos de apelación y reposición y no crea para los excluídos un estado definitivo e inmodificable contrario a sus derechos que realmente tengan en la sucesión de que se trate, puesto que disponen de la facultad de incoar acción llamada de petición de herencia, reglada en el Código Civil (Arts. 948, inc. final, 1321 y ss., ib.), tramitable por la vía ordinaria (Arts. 734 y ss.), y que tiene por finalidad el reconocimiento de esos derechos y su efectividad. En ello se comprende, pues, que el heredero que fracasa en el incidente sobre la posesión efectiva, dispone de otros medios para lograr el reconocimiento de su derecho, el que no debe calificarse definitivamente en un mero incidente.

ART. 952. — Los herederos en cuyo beneficio no fué extendido el decreto de que se viene hablando, disponen del derecho de pedir que sea extendido también a ellos y a las súplicas deben adjuntar, si no aparece ya de autos, como es elemental decirlo, la prueba de su calidad. Una vez presentada la súplica del caso, el juez del conocimiento accede a ella de plano, a menos que considere que los elementos de convicción aducidos no son suficientes para acceder a lo pedido o que otro u otros interesados presenten objeciones a la pretensión del solicitante, supuestos en los cuales se adelanta entonces el procedimiento de articulación, en el que soportan la carga de establecer su calidad de herederos quienes pretendan la extensión del decreto en su favor.

La autorización a los asignatarios no comprendidos inicialmente por el decreto de que se habla, en el fondo es medio de que disponen

para que los comprendidos no lesionen con enajenaciones y demás actos los derechos que les corresponden también a aquéllos en la sucesión de que se trate y para lograr una situación en sí favorable. En consecuencia, la ordenación de la posesión efectiva puede ser materia de varios actos.

Para terminar las anotaciones sobre el Capítulo, cabe expresar que la legislación enseña de manera indubitable desde qué momento procede demandar la posesión efectiva y decretarla, pero que omite precisar de manera expresa hasta cuándo es propio solicitarla. Al respecto resalta que, por no limitación expresa de la ley, lo razonable es sostener que procede expedirla hasta antes de la verificación de la partición, que termina la comunidad herencial y hace innecesario e impropio, por sustracción de materia, el disponer la posesión efectiva.

Por último, cumple expresar que el decreto que la confiera no se inscribe en el registro sin que la sucesión sea revisada por el Síndico Recaudador, quien debe expedir certificado de paz y salvo de ella (Art. 56, Ley 63 de 1936 y art. 3º, Ley 66 de 1939).

Capítulo V

PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Art. 953. — Dos aspectos bien definidos y distintos ofrece el procedimiento sucesorio. El primero queda visto en las anotaciones anteriores y el otro se ve en este Capítulo. La demanda de partición es el acto por medio del cual el asignatario pretende la concreción de su derecho en la masa hereditaria y el medio inicial de finalizar la verdadera comunidad que se forma entre los herederos al deferirse la herencia. La oportunidad de presentarla es una vez aprobada con las formalidades de rigor la respectiva diligencia de inventarios y avalúos, y registrado el Decreto que confiera la posesión efectiva de la herencia, en la hipótesis de que los herederos lo hayan pedido, de donde se infiere que es de notoriedad manifiesta lo equivocado de admitirla con anterioridad a la mencionada oportunidad.

Por los fines perseguidos con la demanda de que se trata es bien comprensible que el artículo exija la indicación de todos los coherederos y de su domicilio, análogamente a lo exigido en los casos comunes (Art. 205), por la bien clara razón de que, jurídicamente hablando, no es factible la división de una cosa sin el llamamiento personal de los sujetos titulares de derechos sobre la misma. En consecuencia, la oposición que un demandado haga con apoyo en que aquélla no fué dirigida contra otro heredero prospera, ya que está fuera de toda duda que ningún fundamento de derecho hay para forzarlo a un acto en sí deficiente, como es una partición sin intervención de todos los herederos de la masa hereditaria, pues es claro que el no interviniente no queda ligado por ella por ser extraño, esto es, poseedor de la calidad de "tercero".

Expresamente dice el artículo en estudio que la demanda de partición ha de contener la designación de los coherederos, en lo que cabe apreciar que es impropio dirigirla contra los legatarios por ser sus derechos de naturaleza distinta a la de los de aquéllos. El legatario viene a tener en realidad un crédito para que le sea pagada la especie legada y no un derecho en una universalidad, por lo que se comprende la base de lo dicho. Persiguiéndose apenas la partición no se precisa llamar al legatario, como en otros casos, para que se discuta sobre su derecho, por ser concreto y no susceptible de determinaciones posteriores, salvo sí que se trate de reformas del testamento u otra cosa análoga.

A los herederos de un heredero que fallece o ha fallecido se les llama en representación de la sucesión de él, según los principios comunes, como representantes de esa herencia y no para que representen su derecho particular en la misma, por cuanto que se trata de una sucesión distinta en la que por sí y con independencia de otros conceptos, no representan a nombre propio y exclusivo los herederos del heredero a su vez fallecido. Los mencionados no tienen derechos concretos en la primera sucesión sino en la segunda, de donde se concluye que no hay por qué en su propio nombre, en la primera, se les promueva demanda de partición.

La capacidad procesal es condición necesaria de la demanda de partición la que por sí no tienen los menores, los interdictos y quienes administran bienes ajenos (Art. 1379 y conc. C. C.), por lo que requieren licencia judicial para la proposición de esa demanda, la que puede conceder el juez de la causa, esto es, el mismo que haya conocido de las diligencias anteriores, a saber: apertura, inventarios, etc. Como la partición de la masa herencial es mirada por la legislación de conveniencia para los herederos, porque finaliza la verdadera comunidad que se forma entre ellos haciendo desaparecer sus inconvenientes propios, juzgamos que en mérito de la brevedad y de la economía de la actuación, la mencionada licencia no tiene que otorgarse mediante las formalidades indicadas en el Tít. XXI del Libro Segundo, puesto que falta un verdadero objeto en exigir prueba de la necesidad y conveniencia, pues ellas son presumidas por la misma ley, sino que puede pedirse y concederse en la admisión de la aludida demanda, pues en verdad con tal proceder no se menoscaba ningún principio tutelar de los intereses y derechos de los incapaces ni norma de carácter imperativo.

En los procedimientos sucesorios desde su iniciación aparece de manifesto que el objeto último suyo está constituído por la determinación del derecho de cada uno de los respectivos asignatarios, motivo bastante por sí para sustentar lo anterior, pues no deben crearse dificultades a la realización de ese objeto. Llegado el momento de demandar la partición apenas se entra en la segunda etapa de los sucesorios, por lo que es comprensible que lo dicho tiene base eficaz. Al pedir la partición referida no se inicia propiamente un

juicio y de allí que, en consecuencia, desaparezca la necesidad, manifiesta en otros casos, de surtir actuación especial previa para pedirla.

Quedaron vistas las condiciones que debe reunir en sí la demanda de partición del acervo hereditario, pero agregamos que en toda circunstancia ella da lugar únicamente a la actuación prevista en el capítulo, lo que hace improcedente por sí pretender la división de la masa herencial que no haya sido dividida entre los causahabientes mediante el procedimiento y las formalidades indicadas en los artículos 1134 y siguientes del C. Judicial, por cuanto que éstos presuponen una determinación del derecho de cada comunero en la comunidad y en cambio en la sucesión indivisa no existe.

Finalmente, la demanda de partición debe comprender todos los bienes integrantes del patrimonio del *de cujus* y no una parte de ellos, salvo sí los casos especialmente previstos (Art. 963), por cuanto que no consultaría los sanos principios obligar al heredero a la ejecución de un acto por sí incompleto, que no defina sus derechos totalmente, con menoscabo de sus propios intereses. Siendo que la partición tiene por finalidad concretar los derechos de cada heredero, no se concibe que pueda tener, por gracia de una demanda, un objeto que no satisfaga tal finalidad (v. Ley 63 de 1936, arts. 57 y ss).

Transcribimos ahora la Jurisprudencia de la Corte en relación con un aspecto interesante de la materia tratada: —"...Los acreedores no son parte en el incidente de partición, no están autorizados para intervenir o gestionar acerca de la distribución de los bienes entre los partícipes. Grave sería y ocasionado a serios peligros que podría llegar hasta sacrificar el derecho de los causahabientes, a poner fin a su comunidad, el que se confiriera a los acreedores el derecho de intervenir en la partición misma. Basta pensar, por ejemplo, en el abuso que de semejante arma podrían hacer para obtener una situación ventajosa sobre los causahabientes interesados en librarse de procastinaciones y estorbos con tal de llegar a la partición efectiva. De otro lado, en manera alguna se vulnera su derecho no otorgándoles a los acreedores esa intervención, porque tienen los recursos de reclamar contra la diligencia de inventarios en lo de su resorte, según el artículo 1312 del C. Civil, y el artículo 941 del C. Judicial determina la inclusión en el pasivo de las deudas, fuera de conservar las acciones que de suyo correspondan a cada crédito" (G. J. Nro. 1933, pág. 113).

ART. 954. — De la demanda de partición se corre traslado a los demandados por el período común de tres días, el que por ser tal debe surtirse en la Secretaría para una actuación más breve y ordenada. Para verificarlo se hace notificación personal a los demandados (Arts. 307 y ss.) porque tratándose de la partición, que define concretamente los derechos de cada uno de los herederos sobre la masa partible ocurre algo en esencia diferente a la actuación que le es previa, de carácter preparatorio de ella, y en la cual no es

indispensable el llamamiento por medio de citación personal. Al pedirse la partición de los bienes integrantes de la respectiva herencia entra en juego de manera inmediata y directa el derecho del causahabiente, de donde se desprende por qué es preciso llamarlo personalmente a fin de que haga valer del modo que más conveniente le sea el derecho suyo, así como cuando se cuestiona la división de bienes comunes (Art. 1135). Además, sin esa notificación personal mencionada falta una actuación regular que surta sus plenos efectos.

La conducta del demandado para la partición puede orientarse en un sentido o en otro, esto es, el de aceptarla o el de oponerse a ella, por falta de las formalidades que la preceden, por falta de facultad para demandarla por parte del actor, etc., lo que hace precisa la tramitación de una articulación (Art. 395) en orden a decidir sobre la oposición formulada. La decisión que se pronuncia lo es mediante un auto interlocutorio (Art. 466, núm. 2º) contra el que proceden los recursos comunes.

Al respecto de lo tratado cumple observar que la oposición a la demanda de partición ha de ser hecha concreta e incondicionalmente, pues suelen hacerse oposiciones bajo condición de que la partición sea verificada en una u otra forma, por determinada persona y demás, las que en realidad no pueden calificarse correctamente de tales, pues la designación de partidor es acto posterior a la ordenación de la partición y la forma de partición no se predetermina en los negocios sino en la ley que fija reglas sobre ella y las obligaciones del partidor. Antes de llevarse a cabo aquélla no se conoce su naturaleza, sus características, por lo que es comprensible lo dicho antes. En verdad no encaja dentro de ninguna lógica jurídica el que quepa hacer oposiciones a un acto futuro de calidades aún no conocidas. De manera que si un heredero descorre el traslado de la demanda diciendo que no se opone bajo la condición de que sea hecha la partición en determinada forma, el juez del conocimiento debe estimar su respuesta como no contentiva de verdadera oposición y obrar en consecuencia.

Art. 955. — Pasado el traslado de la demanda de partición o decidido en sentido adverso al opositor a ella el incidente respectivo, se previene al ordenar la partición, a todos los herederos para que designen dentro de los cinco días siguientes al partidor, derecho de que ellos disponen y que tal vez sea ocasionado al nombramiento de sujetos parcializados o inidóneos; por lo cual convendría que no radicara en ellos tal nombramiento sino que fuese atribución del juez de la causa. De consiguiente, la prevención dicha no puede hacerse en ningún caso antes y si sin embargo lo es, carece de efectos, por ser extemporánea y hecha con omisión de formalidades antecedentes, causa para que no ligue a los herederos.

La disposición de que se haga la partición pedida, no obstante una oposición se cumple cuando realmente no es demostrado en la articulación que para calificar la última se tramita, que existe una

causa eficiente que impida la partición o que el opositor tiene razón en su obrar. No la tendrá v. g., cuando pretenda que deben hacerse nuevos inventarios y avalúos, distintos a los ya hechos y aprobados, que se demora hasta que aumente el valor de los bienes relictos, etc.

La providencia ordenadora o negadora de una partición posee el carácter de auto interlocutorio (Art. 466 núm. 2º), como tal se notifica (Art. 310) y en su contra proceden los recursos de reposición (Arts. 487 y ss.) y de apelación (Arts. 490 y ss.)

ART. 956. — Dos hipótesis contempla el artículo: —La una que los interesados en la sucesión no estén de acuerdo en el nombramiento de partidor y no lo hagan por unanimidad, y la otra en que guarden una actitud pasiva absteniéndose de designarlo en el término que al efecto se les fija, y en ambos corresponde entonces designarlo al juez de la causa (Art. 1382 C. C.), quien solamente tiene esa atribución en los dos supuestos anteriores y no en ninguno otro. Ahora, la trascendencia misma de las funciones que desarrolla el partidor enseña que la persona que se nombre debe llenar las condiciones de idoneidad, las que determinan las leyes reglamentarias de la abogacía (Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931.)

Con todo, el causante tiene el derecho de nombrar partidor (Art. 1381 C. C.) en el testamento o en otro instrumento público, y el ejercicio de ese derecho quita a los herederos la facultad de nombrarlo, fuera de que hace innocua la prevención dispuesta en el artículo anterior, porque lo que corresponde hacer ante dicho ejercicio es aceptar al partidor.

El último citado desarrolla funciones verdaderamente delicadas, porque tienen por materia la distribución entre los herederos de la masa hereditaria, una calificación de derechos y adjudicación de bienes, y de allí que, por la ley perseguir en él una absoluta imparcialidad en el lleno de sus obligaciones (Arts. 1386 y conc. C. C.), disponga que puede ser tachado por las mismas causales que fundan la tacha de los peritos, las que determina el artículo 708 en armonía con los artículos 668, 669 y ss., 434, 435, 440, etc.

ART. 957. — En materia sucesoria la legislación busca acatar en lo posible la voluntad del testador con apoyo en lo cual dispone en el artículo anterior que la facultad de que gozan los herederos capaces para verificar la partición por sí mismos (Arts. 1382 C. C.) desaparece ante el nombramiento de partidor hecha por el *de cujus,* y que acepte el cargo (Art. 1384 ib.), agregamos, puesto que si lo desecha, conforme puede hacerlo, porque no es de forzosa aceptación, no hay entonces medio de acoger la voluntad del causante en lo que se comprende que esa no aceptación actualiza, digamos, la facultad de los herederos para partir por sí mismos, si sobre el particular existe acuerdo entre todos ellos.

Ese acuerdo, como todo acto jurídico, requiere capacidad en quienes lo ejecutan, por lo cual no es factible su ejecución y reconoci-

miento de plenos efectos cuando entre los herederos hay personas de las llamadas incapaces.

Por otra parte, el ejercicio de la facultad de los herederos para verificar la partición por sí mismos, sin intervención de partidor, impone al juez el deber de entregarles el expediente para que la hagan, sin fijación de término preciso para ello, porque la ley no le autoriza fijarlo en ese supuesto. Una vez verificada, por sí misma no produce plenas consecuencias de derecho ya que requiere la posterior aprobación judicial.

ART. 958. — Los legatarios —aquellos a quienes se hace una asignación a título singular (Art. 1162 C. C.)— por consecuencia de que el legado se les debe desde el momento de iniciarse la sucesión (Arts. 1176 y conc. ib.) tienen facultad de pedir el pago de lo asignado a ellos, la cual es de manifiesta justicia para no someterlos al capricho o a la mala voluntad de los herederos o el albacea, para que puedan hacer efectivo su derecho, dentro del procedimiento sucesorio. De dos medios gozan para conseguir la solución de sus verdaderas acreencias: uno, es el de solicitar al juez que la ordene mediante el procedimiento de articulación, y otro es el de demandar la partición de la herencia para lograr el pago.

Para obtener lo expresado carga el legatario con la obligación de prestar caución (Art. 65 C. C.) de cubrir lo que le quepa en el pago de las deudas de la sucesión, salvo que la sucesión de que se trate esté manifiestamente exenta de cargas que obliguen a los legatarios (Art. 1431 C. C.)

Es claro que la partición que los últimos mencionados pueden solicitar se subordina a la inexistencia de causales de suspensión y a que no se agite debate judicial sobre el fundamento del legado hecho, pues es lógico que tal debate hace extemporánea o prematura la pretensión de los legatarios sobre pago inmediato de los legados.

La facultad de demandar la partición, atribuída al legatario, es limitada por el legado mismo, en el que se concreta el interés suyo, motivo bastante para que no tenga la amplitud de la intervención de los herederos, y no autorice al primero en la proposición de objeciones no relativas a su legado, porque en cuanto a ellas carece de un verdadero interés jurídico que lo habilite para proponerlas.

ART. 959. — El plazo máximo para la verificación de la partición que determina la legislación al partidor es el de un año e improrrogable por la mera voluntad del causante y que corre desde la aceptación del encargo (Art. 1389 C. C.), con lo que se busca que la división de los bienes herenciales no se dilate excesivamente y que cada heredero pueda concretar su derecho sin someterlo a una indeterminación indefinida. Por otra parte, la herencia, antes de la partición, es una verdadera comunidad (Arts. 2322 y ss. C. C.), institución que la legislación no mira favorablemente y de allí el empeño en su finalización por los inconvenientes que presenta, de una y otra índole.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

El interés más inmediato que entra en juego en esos asuntos es el de los herederos, por lo que ellos disponen de la facultad de ampliar o restringir el término prementado, aun contra la voluntad del testador, y si la ejercitan el juez está en el deber de acoger la voluntad de los asignatarios, señalando el plazo que quieran, a condición de que su voluntad sea unánime, puesto que resalta con caracteres de evidencia que el parecer de varios no tiene por qué ligar el de uno o de otros que disientan sobre el particular, por tener un derecho independiente en sí mismo.

Los inventarios y avalúos practicados (Art. 935 y ss.) son la única base de que dispone el partidor y a la que debe acogerse en el desempeño del cargo (Art. 1392 C. C.), ya que no es dable admitir que pueda tomar otra, excepción hecha de que los herederos la acuerden. Si no fuese así la diligencia de inventarios y avalúos carecería de firmeza y de seriedad y estabilidad la providencia aprobatoria de ella, serían inoficiosas y desprovistas de sentido las formalidades previas a su facción e indispensables al momento de ésta, injustificadas por todo aspecto. No es dable comprender cómo es factible, sin acuerdo de los asignatarios, tomar otra base diferente. Lógicamente antes de la partición se determina lo partible y su monto, y de allí la evidencia y certeza de lo expuesto.

Art. 960. — El partidor, para el más acertado desempeño de su misión, dispone de la facultad de someter a la resolución del juez las dudas que le ocurran acerca de la manera de cumplirla, y éste las decide conforme los trámites de una articulación (Art. 395) en la que se da audiencia a las partes con el propósito de que adopten la actitud más a tono con sus intereses y colaboren a una acertada resolución. La facultad del partidor no comprende el fondo de los derechos en la sucesión, esto es, si un sujeto tiene o no derechos en ella, porque ésa es cuestión propia de otra tramitación y así en cuestiones semejantes. De forma que dado que proponga la resolución de asuntos de esa índole cabe desechar su consulta, al igual que la que haga en nombre de un asignatario, por cuanto que las consultas que corresponde hacer al partidor son en interés general y no en nombre de persona determinada.

La decisión que recaiga a la consulta formulada es susceptible, como auto interlocutorio que es, de los recursos de reposición y apelación por los interesados correspondientes, por ser ello consecuencia propia de la audiencia suya ordenada por la disposición anotada, audiencia que no es otra cosa que la autorización de intervención en el incidente y facultad de interposición de recursos, ya que no están vedados expresamente.

Art. 961. — Por medio del procedimiento de articulación (Art. 395) se decide el desacuerdo entre los asignatarios sobre si debe o no hacerse licitación de que trata el numeral primero del artículo 1394 del C. Civil. Para decidirlo en el sentido de que sea hecha se requiere en buena lógica que en los autos obre la demostración de

que es necesaria tal licitación, porque la especie de que se trate no admita en sí división o que ésta haga perder parte por lo menos de su valor, puesto que ello es de claridad manifiesta en consideración de que las resoluciones judiciales no son caprichosas sino fundadas en hechos y actos debidamente acreditados que basen ante las normas del derecho las pretensiones de las personas.

La carga de acreditar lo mencionado pesa sobre el peticionario de la licitación, aplicando las reglas generales (Art. 210, 593 y ss. 1757 y ss. C. C.), puesto que si no fuese así se colocaría a los otros coasignatarios en situación precaria desmejorando sus intereses por la sola voluntad de ese peticionario, con la mayor facilidad, lo cual no consulta los principios de justicia y equidad.

ART. 962. — La licitación de especies a que se refiere la regla primera del artículo 1394 del C. Civil, es hecha con intervención judicial, con previa determinación de la fecha y la hora para llevarla a cabo, salvo que los interesados pidan que se lleve a término ante el partidor, en lo que se aprecia una licitación extrajudicial que por sí tiene completa eficacia puesto que el partidor no interviene entonces en su calidad particular sino en razón del cargo que se la haya conferido, y ante él se ejecutan entonces actos que acarrean consecuencias jurídicas a los respectivos herederos.

La salvedad indicada en el párrafo que precede no tiene cabida ante la súplica de un interesado legítimo de que sean admitidos a la subasta postores extraños, sujetos que no sean asignatarios, pues entonces ella es hecha con intervención judicial en todo caso y con aplicación de las reglas previstas para los procedimientos divisorios (Art. 1147) en los que es admisible la oferta que cubra por lo menos el total del justiprecio de lo que sea puesto en remate y se siguen las formalidades para éste de los procesos ejecutivos (Arts. 1033 y ss. Ley 176 de 1936.)

Han sostenido algunos que la petición de licitación de bienes de la sucesión y la ordenación de que sea hecha no son procedentes sino después de la demanda de partición, pero ello no es así porque esa acción particular nace una vez confeccionados u aprobados los inventarios y avalúos, en general, cuando se ha determinado como perteneciente a la sucesión el bien cuya venta se pretende y se ha justipreciado. Ningún fundamento tiene sentar que es preciso esperar la demanda de partición para dicha venta en pública subasta cuando se trate de especies que no admitan fácil división, pues de ninguna manera debe retardarse la ejecución de un acto necesario en los sucesorios, fuera de que la autorización de la subasta en la oportunidad que decimos no desconoce ninguna disposición legal imperativa sino que, por el contrario, armoniza con los intereses de los respectivos asignatarios.

ART. 963. — La partición en las sucesiones presupone una definición de los sujetos que en ellas tengan derechos, y cuando se agite debate sobre desheredamientos, indignidades y validez del testamen-

to otorgado, etc., es preciso decidirlo previamente para proceder lógica y ordenadamente a hacer aquélla (Art. 1387 C. C.). Sin duda alguna, a nadie se oculta lo erróneo de una partición hecha sin una predeterminación de los sujetos que en ella sean titulares de derechos, porque es un acto en sí incierto, en relación con su validez y eficacia, que no debe ejecutarse en defensa de los interesados mismos para no exponerlos a actuaciones e inversiones inoficiosas y para que las actuaciones llevadas a término con intervención judicial no tengan la calidad de deficientes, contraria a la solidez que les es propia.

La discusión judicial sobre una parte considerable de los bienes que se pretenden de la sucesión o de un tercero, puede suspender, como en el caso tratado en el otro párrafo, la partición (Art. 1388 C. C.), por disposición del juez a petición de los asignatarios de más de la mitad de la masa hereditaria por cuanto que es inequitativo forzarlos a un acto deficiente en su validez, cuya firmeza no es dable presumir siquiera.

En algunos supuestos se hace licitación de bienes de las sucesiones (Arts. 1392, 1394 y conc. C. C. y 967 C. J.), para facilitar la partición u otro fin y ella acarrea también la suspensión de la partición de que se trate, como también del término que tiene el partidor en el cumplimiento de su encargo, ya que es de toda lógica esperar que se precise el monto de la venta para saber qué se parte después; además, hay que saber antes de partir si se lleva a efecto tal venta para no proceder en forma incierta e inconveniente por ser tal.

ART. 964. — Presentado el trabajo de partición el juez del conocimiento dicta de plano, sin necesidad de traslados o algo similar, providencia aprobatoria, si los interesados legítimos y capaces así lo solicitan en forma unánime. No obstante, lo dicho no es tan absoluto, pues no puede llevar a la aprobación de actos irregulares ya que el juez no está ligado a ello a pesar de ser su actitud bastante pasiva, en aplicación de los principios que norman su conducta. Este ejemplo hace comprender mejor el pensamiento expuesto: — adelántase una sucesión en que uno de los herederos fallece o ha fallecido; al confeccionar la correspondiente partición se hace la de ese heredero y así es pedida la aprobación, únicamente. En tal supuesto el juez del conocimiento debe abstenerse de impartir la aprobación pedida, por la omisión de las formalidades previas a toda partición, a saber: apertura, edicto, inventarios y avalúos, traslados, liquidación de los impuestos, demanda de partición etc., los que no permite omitir la ley en su totalidad. Además, no cabe dentro de ningún principio de derecho que sea hecha una partición sin intervención inmediata y previa de quienes en ella representen derechos. Bien se sabe quien es competente para conocer de un procedimiento sucesorio determinado, el que tiene etapas precisas de desarrollo y cuando ellas no son satisfechas la final tampoco puede serlo, mejor dicho, no cabe

aprobar la partición por la no actualización anterior de la jurisdicción y competencia, las que no pueden ejercitarse de fondo en una aprobación con prescindencia de formalidades esenciales anteriores. En concreto, es equivocado aprobar una partición no dispuesta y sin las formalidades previas de todas.

La presentación de la partición sin la petición unánime de que sea aprobada hace necesario correr traslado de ella a los interesados por un lapso prudencial que no pase del máximo de diez días, el que es común a ellos, simultáneo, y no particular y sucesivo como en otros casos. Tiene por finalidad la de que los interesados dispongan de oportunidad de formular sus objeciones y ante el supuesto de que no sean formuladas el juzgador está en el deber de proceder según fué indicado antes. Al contrario, si lo son, débese disponer la tramitación de articulación (Art. 395) para resolver sobre ellas, al que apenas dan lugar y no a juicio aparte.

Entre las objeciones que cabe proponer con éxito a una partición hecha, las que son oportunas única y exclusivamente dentro del término del traslado que de la misma se confiere (G. J. Nros. 1957 y 1958, págs. 582 y 583), son aquellas que tienen por causa la violación de las normas legales con mengua de los derechos del objetante y que contrarían las situaciones definidas antes en el procedimiento. En consecuencia, una objeción apoyada en que los avalúos fueron bajos y en que en realidad lo que le fué asignado al objetante representa menos de su verdadero derecho, no tiene razón de prosperar, etc., por cuanto que la aprobación de los inventarios y avalúos genera una base cierta y única para la partición y a la cual tiene que conformarse.

Art. 965. — Vimos al tratar del artículo anterior que cuando las objeciones formuladas contra una partición prosperan, total o parcialmente, lo propio es disponer su corrección de acuerdo con las que aparezcan fundadas. Cumplida ella y presentada en debida forma, el juez la aprueba de plano, sin citación y traslado previo a los asignatarios, por la simple razón de que la oportunidad de discutir la corrección o incorrección de ella en relación con sus derechos es única y ya está corrida al momento de la corrección dicha. El estudio de constatación de si ha sido cumplido bien lo ordenado antes, no requiere intervención especial de los interesados, los que no disponen entonces de facultades de proposición reiterada o nueva de debate, lo que de suyo relieva el porqué no se precisa traslado de la corrección hecha, el que sería meramente dilatorio y carente de objeto verdadero. La aprobación se hace después de una labor de observación de si lo actuado nuevamente por el partidor se adecúa a lo ordenado, en lo que se comprende la falta de necesidad de traslado, por ser una labor bien sencilla y desprovista de mayores complicaciones.

En el evento de que la reforma de la partición no sea hecha con corrección, procede entonces desecharla, también con vista de ella solamente, hasta tanto sea hecha conforme lo que haya sido ordena-

do, pues trátase del cumplimiento perentorio e indispensable de una decisión jurisdiccional que fundamenta las atribuciones del juzgador para que se realice debidamente, a menos que los asignatarios unánimemente pidan que se imparta a proción sin embargo de que no se cumpla satisfactoriamente la reforma dispuesta, como es obvio.

ART. 966. — Los autos dictados en los casos previstos en los artículos 954, 960, 961, 963 y 967 son apelables en el efecto suspensivo para ante el inmediato superior del juez que los dicta, ya que no concurre ninguna razón para que la apelación dicha sea concedida apenas en el efecto devolutivo. Ellos, por ocasionar gravamen a los respectivos interesados, son marcadamente interlocutorios (Art. 466 núm. 2º) y como tales son decididos por el funcionario ad-quem (Art. 502.) En el caso de que sea un Tribunal la decisión mencionada no se hace según la regla general (Art. 503) por un solo magistrado sino por la Sala de decisión (Arts. 82, 84), lo que marca una excepción a ese principio. Por lo dicho, en el caso de que la apelación interpuesta sea concedida en el efecto devolutivo sin voluntad del apelante, o de que no lo sea, procede entonces la interposición del recurso de hecho (Art. 513 ss.)

ART. 967. — En la sentencia aprobatoria de la partición se ordena el registro de ambas en el Libro de Causas Mortuorias (Art. 38 L. 57 de 1887) del lugar en donde se haya seguido el juicio y en los de los lugares en donde haya ubicados inmuebles de la masa hereditaria, inscripción que es hecha con vista del expediente, a cuyo efecto ha de ser entregado bajo recibo al interesado que lo reclame, a menos que se trate de lugares distantes, supuesto en el que la inscripción se hace con vista de las hijuelas expedidas por el notario en cuya oficina se haya hecho la protocolización de los autos.

De éstos se dispone también la protocolización en una Notaría, no en cualquiera que tenga a bien señalar el juez sino en la que pidan los interesados, y a falta de ese pedimento, en una correspondiente a la situación de los bienes herenciales, lo que es más razonable y menos dado a inconvenientes y dificultades para los herederos.

Varios problemas se presentan a propósito del registro, mas lo que se transcribe en seguida, expresión de la jurisprudencia uniforme de la Corte, permite solucionarlos, por lo que no hacemos su estudio particular: —"En vista de los artículos 2652, ordinal 6º, 2654, 2661, 2662 y del tercer aparte del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, y de las doctrinas ya citadas, puede afirmarse:

Están sujetas al registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, según el ordinal 6º del artículo 2652 del Código Civil; y el registro de dicha sentencia, aprobación o decisión judicial se conformará a lo dispuesto en los artículos 2659 y 2661 del mismo Código, y se debe hacer en el Libro de Causas Mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887. Al tenor de estos preceptos no

puede concluirse que la sentencia judicial que aprueba el trabajo de partición incluya en sí o reproduzca el trabajo mismo de partición, pues se acostumbra por los jueces, porque la ley no exige otra cosa, referirse apenas en dicha sentencia a la partición que se aprueba, pero no reproducirla en el texto de la sentencia. Y como en el registro la designación de la cosa se hace según aparezca en el título o documento, que es lo que manda el ordinal 3º del artículo 2659, y la "Cosa" no se designa en la sentencia aprobatoria de la partición por su situación y linderos sino que, en cuanto a éstos, apenas hay una referencia a los que trae el trabajo mismo de partición, es claro que al registrarse la sentencia, acto o decisión judicial que aprueba el trabajo de partición, no quedan registradas las cosas mismas partidas por su situación y linderos, a menos que en la sentencia se haya hecho la reproducción total de la partición que se aprueba, procedimiento que, ni lo exige la ley, ni se acostumbra, como ya se ha observado, caso este último en que habría que estudiar si el registro de la partición incorporada sería o no eficaz.

El trabajo de partición misma, presentado por el partidor o partidores y que incluye en su contexto las respectivas hijuelas formadas a cada adjudicatario, requiere registro especial, distinto al de la sentencia que después lo aprueba, porque son piezas diferentes que se cumplen cada cual en su momento y con fines propios; el registro o inscripción del acto mismo de partición está ordenado por los artículos 2654 y 2662 del Código Civil; y el de la sentencia judicial que lo aprueba, por los artículos 2652, ordinal 6º y 2661 del Código Civil.

Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio del *de cujus* a los herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión.

Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación, si la partición misma no ha sido registrada y, al contrario, se cumplen si lo ha sido, porque según el artículo 2662, la partición que se registra comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se cumple si lo registrado fué la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas.

Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o alguno de ellos están situados en circuitos distintos a aquel

en que la partición fué registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del Código Civil.

En este último caso, es decir, cuando la hijuela requiere un registro especial, por no aprovecharle el del trabajo de partición debido a que el bien o bienes comprendidos en la hijuela están situados en diferentes circuitos de registro, el de la hijuela debe hacerse en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen en un juicio de sucesión, y no en el número primero ni en el número segundo, porque después de la vigencia de la Ley citada de 1887 el libro de causas mortuorias sustituyó a estos últimos cuando el acto o título tenga origen en un juicio de esa naturaleza.

Cuando la Corte en una de las decisiones ya citadas admitió como título válido una hijuela registrada en el libro número primero, no lo fué por razón de la inscripción en ese libro, sino porque además la partición lo estaba en el de causas mortuorias y el bien a que la hijuela se refería estaba ubicado dentro del mismo circuito en que se registró válidamente la partición, de modo que el registro de éste le aprovechaba a aquélla.

Precisamente la sentencia de casación de 12 de julio de 1920, que el recurrente transcribe en mínima parte, en un aparte dislocado, admitió como título una hijuela sin registro, pero por la circunstancia de que, según lo dice la sentencia, en párrafo no citado por el recurrente, la Corte partía del supuesto de que en cambio la partición sí lo estaba y de que el registro de la partición comprendía el de la hijuela. Esa misma sentencia de 12 de julio de 1920, también fué incompletamente citada e invocada en el recurso de casación que dió lugar a la sentencia de 26 de junio de 1931, en donde la Corte hubo de restablecer su verdadero sentido haciendo todas las transcripciones pertinentes.

No es, pues, aceptable la tesis del recurrente de que la partición misma no necesitaba registro, y que basta el de la sentencia que la aprueba, ni tampoco que las hijuelas pueden registrarse válidamente en el libro número primero." (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 8 de 1935, págs. 169, 170 y 171.)

Para facilitar la partición y a fin de cubrir deudas hereditarias de una u otra clase, disponen los herederos, que no estén de acuerdo con los otros y que sean capaces, del derecho de pedir al Juez la ordenación de la venta de especies hereditarias y para resolver sobre el particular se sigue el procedimiento de articulación, lo mismo que cuando haya menores. La disposición de la venta debe obedecer a la conveniencia y necesidad real de ella, que corresponde demostrar el peticionario siguiendo las reglas comunes, quien no puede omitir

satisfacer esa carga sin fracasar en su pretensión de que se vendan bienes sucesorales.

ART. 968. — La partición de la herencia cumple el objeto de concretar sobre qué recae el derecho de cada heredero con exclusión de los otros, por ella se clarifica el dominio suyo sobre lo heredado (arts. 1400 y 1401 C. C.) y de allí se infiere que si apenas existe un heredero es innecesario hacer la división de la masa hereditaria por una verdadera sustracción de materia, ya que es bastante para transmitir el dominio del *de cujus* al causahabiente el registro del decreto sobre posesión efectiva, estudiado ya (art. 950), con el que se opera la tradición del dominio pleno en el caso en mención. Él cancela por su propio mérito la inscripción existente en cabeza del causante, radicándola en cabeza del único heredero en lo que aparece de bulto que carece de todo objeto proseguir la actuación después del aludido decreto. Por él se define, con la actuación anterior, el dominio del asignatario, que es precisamente el objeto de los procesos sucesorios, sin que aparezca la utilidad y necesidad de otras diligencias.

En consecuencia, por el decreto que confiere la posesión efectiva de la herencia, en el supuesto de un solo heredero, finaliza el respectivo proceso sucesorio, no obstante la definición dada por el artículo 893, y lo sostenido por algunos que califican la tesis expuesta como propia de abogados novicios y que sostienen que es precisa la sentencia de adjudicación aunque haya un solo heredero. Considerando la esencia del procedimiento sucesorio y los efectos del decreto de posesión efectiva, no parece de lógica sostener otra tesis distinta a la que acogemos, porque si el registro de él actualiza y concreta el derecho del heredero único, lo que se persigue con el juicio sucesorio, no aparece la necesidad de sentencia de adjudicación que apenas sería una formalidad excesiva para propiciar dilaciones, gastos, inversión inoficiosa de tiempo y actividad.

ART. 969. — En acatamiento de la voluntad del causante, quien dispone de la facultad de hacer por sí la división de sus bienes para que tenga efecto después de su muerte (art. 1375 C. C.), siempre que no sea contraria a derecho, la legislación la respeta y de allí que en el supuesto de que haya hecho esa partición se pase por ella y se dicte sentencia aprobatoria de la misma en la que ha de contenerse esa partición, con especificación completa de los bienes, etc., y en todo caso bajo condición de que no se haya promovido acción sobre nulidad o reforma del testamento, de que no haya necesidad de formar lote para la solución de deudas y de que el acervo patrimonial no haya variado. En estos últimos casos corresponde entonces designar partidor como en los casos comunes.

El artículo expresa simplemente que después del registro del decreto sobre posesión efectiva de la herencia es oportuno hacer la aprobación prementada, pero como quedó visto al tratar sobre él, ese decreto no es indispensable en las sucesiones, por lo que no debe

aplicarse el artículo en referencia en un sentido literal y sin armonizarlo con otros, y sostenerse que es imprescindible. Si por la partición y su aprobación, seguidas del registro, cristaliza, digamos, el derecho de cada heredero, resulta que tiene razón de ser lo dicho.

Finalmente, la aprobación referida es a petición de parte legítima ya que de ninguna manera aparece que debe hacerse oficiosamente, por lo mismo que ella finaliza la comunidad herencial y bien sabido es que la misma no se opera por la libre actuación de los funcionarios del órgano judicial sino por provocación de interesado.

ART. 970. — Es factible que en las sucesiones y por gracia de las disposiciones testamentarias del causante no haya propiamente herederos (art. 1155 C. C.) sino legatarios entre quienes se haya dividido por aquél el acervo herencial, lo que de suyo hace innecesario exigir presentación de demanda de partición, designación de partidor, actuación de éste, etc., pues se da el caso de una verdadera sustracción de materia siendo necesario entonces únicamente el fallo aprobatorio de dicha partición, después de la aprobación de los inventarios y avalúos, a petición de parte legítima, y una actuación análoga a la prevista en la disposición precedente. Las asignaciones a los legatarios concretan definitivamente sus derechos, descartando en consecuencia la necesidad de partición, pues con ellos no ocurre lo mismo que con los asignatarios a título universal.

Ley 51 de 1943

Con el fin de que el estudio de las sucesiones no quede demasiado deficiente transcribimos ahora el artículo 9 de la Ley prenombrada, promulgada en el Diario Oficial Nº 25.425 del 20 de diciembre del mismo año, y cuya vigencia empezó en el mes de junio de 1944 en gracia del artículo 10, que dispuso que empezaría a regir seis meses después de publicada, apartándose de la regla general consagrada en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal.

Dicho artículo es del siguiente tenor:

"Art. 9º. — En las Sucesiones cuyo activo bruto, conforme la apreciación hecha por el perito de la Sindicatura del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, no pasare de cinco mil pesos ($ 5.000.00), si los interesados estuvieren de acuerdo y así lo pidieren, aún verbalmente, en el acto de los inventarios, el Juez en dicho acto, si ya hubiere vencido el término del emplazamiento y no hubiere en curso ningún incidente, sin más diligencias ni traslado, hará la distribución o partición de los bienes, adjudicándole a cada interesado lo que le corresponda.

Si todos los interesados fueren capaces, la referida partición se hará en la forma y términos indicados por ellos; pero si hubiere algún incapaz, la partición se hará con la intervención de su respec-

tivo curador, debiendo el Juez impartirle su aprobación si la encuentra ajustada a la ley.

La diligencia de inventarios y partición suscrita por el Juez, los peritos y las partes y el Secretario, se registrará y protocolizará, constituyendo así el título de propiedad de los adjudicatarios, quienes harán protocolizar el expediente.

Las sucesiones de la cuantía indicada no causarán impuesto de ninguna clase.

Esta disposición regirá aún para las sucesiones que a la vigencia de esta Ley no se hayan liquidado."

Como se desprende aún de la simple lectura de la disposición transcrita, ella quiebra en parte el sistema general imperante en la legislación patria, pues atribuye a los Jueces funciones de que no fueron investidos antes, con lo que vienen a ampliarse porque entonces les corresponde llenar la misión que comúnmente les corresponde a los partidores, observando en todo caso la voluntad de los interesados que tengan capacidad y las normas de la ley sustantiva sobre la materia, todo lo cual se justifica ante la conveniencia indiscutible de obviar las demoras propias del juicio común para concretar los derechos de los asignatarios, sin las dilaciones de la demanda de partición luego de la aprobación de los inventarios, del traslado de ella, de las oposiciones, de la ordenación de partición, de designación de partidor, de confección del trabajo y su traslado, de las objeciones y aprobación posterior, diligencias que acarrean inversión de actividad y gastos y que no se compadecen con la significación económica de ciertas sucesiones.

El aludido artículo inviste, pues, a los Jueces de especiales funciones, acordes desde luego con la naturaleza voluntaria de los procesos sucesorios, pero cuyo ejercicio se subordina: a que según el concepto pericial del perito de la Sindicatura el activo bruto de los bienes relictos no sea mayor de la cantidad de cinco mil pesos. Despréndese de ello que en el caso que se presente no hay ninguna razón en restar el pasivo que afecte a esa masa, por gastos de última enfermedad y entierro, deudas fiscales, deudas propias del causante y demás; a que los asignatarios capaces pidan, en forma unánime y en el acto de los inventarios, la verificación de la partición por el Juez de la causa.

Cumplidos los anteriores requisitos, siempre que no haya incidente pendiente y que esté vencido el término del emplazamiento, que no es otro que el de duración de la fijación del edicto dispuesto en el artículo 937 del Código, el Juez hace la partición y adjudicación correspondientes, que por el espíritu del artículo no son susceptibles de traslado y objeciones, como lógica consecuencia de la petición de partición por el mismo Juez, pues esa voluntad de los interesados así expresada, racionalmente debe tener la anotada consecuencia.

Ahora, la partición será hecha conforme el querer de los asigna-

tarios capaces, puesto que sus intereses son los que priman en la cuestión y en caso de que los haya incapaces, se podrá indicar su forma con intervención del curador suyo, y será acatada por el Juez siempre que no sea lesiva de los principios legales y del derecho de los incapaces mencionados.

Los inventarios y la partición, suscritos por el Juez, las partes, los peritos y el Secretario, se registran y protocolizan y constituyen título de propiedad de los correspondientes adjudicatarios, quienes harán protocolizar el expediente formado, principio legal que viene a descartar la tesis sentada en alguna jurisprudencia consistente en aseverar que las hijuelas de adjudicación en las sucesiones no demuestran el dominio y a evitar discusiones sobre el particular. Además, no sobra advertir que el registro y protocolización serán hechos según las reglas generales.

Finalmente, se observa que en los procesos comprendidos por el artículo visto serán siempre aplicables las normas consagradas de manera general para las sucesiones, pero únicamente hasta la confección de los inventarios y avalúos, puesto que de allí en adelante, siempre que así lo quieran los interesados, opera el artículo en referencia.

TÍTULO XXXI

AUTORIZACIÓN PARA QUE EL HECHO DEBIDO SE EJECUTE POR PERSONAS DISTINTAS DEL DEUDOR Y A SUS EXPENSAS

ART. 971. — El procedimiento contenido en este título tiende a la efectividad de los derechos de quien tiene un vínculo jurídico que liga a otro a una prestación en favor suyo, consistente en la ejecución de un acto o de un hecho determinado, y es desarrollo lógico de lo dispuesto en la ley civil (arts. 1610 y ss. C. C.). Ahora, dicha prestación no está constituída por el deber de pagar al acreedor una cierta suma de dinero, sino por algo esencialmente distinto como es el obrar particular sobre una materia especial, v. g., la confección de una obra de uno u otro género. Por tanto, tratándose de obligaciones propiamente pecuniarias es equivocado perseguir su efectividad dentro de la actuación que contiene el título en referencia, por cuanto que ella se persigue por medio del proceso ejecutivo (arts. 981 y ss.) o del ordinario (arts. 734 y ss.).

Exígese al acreedor que al iniciar la acción aduzca la prueba en que sustente su pedimento para que se le autorice a proceder a la ejecución de lo debido, por sí mismo o por medio de terceras personas, prueba que debe ser plena, esto es, que por sí acredite la existencia y exigibilidad actual de la obligación del deudor, pues el espíritu del artículo no se refiere únicamente a presentación de elementos probatorios sino también a la eficacia suya en orden a

tener por cierta la mencionada obligación ya que si no fuese así en la práctica resultaría que ninguna aplicación tendrían los demás procesos y que se sacrificarían los derechos de todos los deudores forzándolos a un solo procedimiento.

El artículo acotado, análogo a los de la legislación anterior, como los que le siguen, han sido tachados de innecesarios con base en lo dispuesto en los artículos 987, 988, 990, 991 y otros, que permiten una más efectiva protección de los derechos del acreedor, pero encuentran justificación en que el acreedor debe disponer de medios judiciales que garanticen lo debido, sin embargo de las críticas que se hacen diciendo que se crea entonces la dificultad relativa al suministro del dinero necesario.

Art. 972. — Una vez verificado el traslado que debe disponerse de la demanda presentada, forzosamente se abre el negocio a pruebas por un período perentorio de diez días, sin que sea condición previa de dicha apertura que el demandado haya contestado la demanda o formulado oposición expresa a la misma, a diferencia de lo que ocurre en relación con otros procedimientos (Arts. 880, 874, 843, 842, 833, 832, 812, 744, etc.). Fuera de otras cosas cabe apreciar en lo anotado que la omisión del demandado que se abstiene de responder la demanda formulada en su contra no es obstáculo para el normal adelantamiento de los litigios.

Art. 973. — Pasado el término probatorio de que trata el artículo anterior, el Funcionario de la causa está en el deber de fallar el negocio dentro de los cinco días hábiles siguientes (art. 375), en lo que se aprecia la verdadera celeridad de la actuación procesal que no se presenta en otros, por el motivo especial de su naturaleza propia y que con ello se tiende a hacer cesar rápidamente la situación perjudicial a los intereses legítimos del demandante, jurídicamente dignos de protección.

Art. 974. — La sentencia que se pronuncia en los casos de que se viene hablando cae bajo las reglas comunes en cuanto a las formas suyas (arts. 471 y conc.) y a su notificación (art. 309), pero no en cuanto al recurso de apelación que contra ella procede, puesto que generalmente ese recurso se concede en el efecto suspensivo (art. 490) y el interpuesto contra ella en el devolutivo a fin de descartar las dilaciones que contrarían su pronta ejecución y los intereses que protege, si es favorable al actor. Por otra parte, parece que no sea en extremo errado decir que cuando el aludido fallo niegue las súplicas de la demanda pueda concederse la apelación en el efecto suspensivo, por cuanto que entonces no existen razones justificativas de la concesión del recurso en el otro efecto, el que viene a ocasionar gastos y actividades innecesarios.

TÍTULO XXXII

PAGO POR CONSIGNACIÓN

ART. 975. — Para la solución de las obligaciones que pesan sobre los deudores, en acatamiento de la justicia, no se les somete a la voluntad caprichosa de los acreedores suyos (arts. 1156 a 1166 C. C.), sino que se les inviste del derecho de verificar el pago por medio de la llamada consignación (art. 1656 *ib.*), la que es el depósito de la cosa debida en manos de una tercera persona (Dto. Ejvo. 1115 de 1940), con las formalidades necesarias, por la no comparecencia del acreedor a recibirla o su rechazo. Ahora, el interesado en satisfacer una obligación suya por la mencionada forma, debe dirigirse al Juez competente por la cuantía de su deuda y por el domicilio del demandado (arts. 142 y ss.), pidiendo autorización para llevar a efecto la consignación, pues no es eficaz sin la intervención jurisdiccional.

Además, como de ello es preciso que tenga conocimiento el acreedor, debe disponerse darle traslado de la respectiva súplica por el término legal, dice el artículo, pero sin que el mismo determine su duración ni tampoco la legislación civil, por lo que parece apropiado señalar la de tres días (art. 367), lo que consulta la calidad breve del procedimiento en estudio.

ART. 976. — Verificado el traslado indicado antes, el Juez del conocimiento concede la autorización de consignación, en el caso de que la súplica presentada reúna las exigencias legales que no son otras que éstas:

1ª Que la persona que la pida sea persona capaz, por tratarse de un acto que requiere esa capacidad para ser eficaz, mejor dicho, para acarrear consecuencias de derecho;

2ª Que sea pedida contra el verdadero acreedor o su apoderado, en el evento de que tenga capacidad, pues si carece de ella debe pedirse contra él pero llamando a su representante legal, el que asume su personería. Es claro que se trata de algo contra dicho acreedor y de allí que deba ser llamado a intervenir en el asunto.

3ª Que aparezca la obligación con calidad de exigible en la actualidad, por trascurso del plazo de ella o verificación de la condición suspensiva que haya existido.

Es notorio que el derecho del demandante para pagar por consignación surge desde que no se le recibe su prestación, siendo exigible, de donde se desprende que la prenda suya debe demostrar esa exigibilidad y el monto concreto de lo debido, que en realidad es elemento esencial en la cuestión aludida, ya que la autorización judicial no debe ser falsa, mejor dicho, carecer de apoyo cierto sobre su objeto, ni dar ocasión amplia a consignaciones de menos de lo debido;

4ª Que se ofrezca por el peticionario hacer el pago suyo en el

lugar señalado al efecto (arts. 645 y ss. C. C.), por cuanto que el acreedor no puede ser perjudicado con el deber de recibirlo en lugar distinto;

5ª Que se dirija al Funcionario competente un escrito en que se dé cuenta de la oferta que debe preceder a toda consignación (art. 13 L. 95 de 1890) hecha por el peticionario, y que se indique lo debido. Si es una suma dada, con indicación de su monto, comprendidos los intereses correspondientes, liquidaciones y demás, y sí una cosa con una descripción cierta de ella. Claro es que, fuera de lo ya anotado, es necesaria la indicación concreta de lo debido a fin de que el acreedor conozca qué es lo que se le quiere pagar y tenga una base sobre qué discutir en la actuación que se surta, sobre qué controvertir con el oferente, para definir su actitud.

6ª Que de la oferta se dé traslado al acreedor, o a quien represente sus derechos, pues mal podría admitirse una consignación sin audiencia de él, quien tiene su interés inmediato en la misma. Esa audiencia es tan esencial que sin ella el depósito de lo debido, con intervención judicial, no produce los efectos requeridos o buscados, por cuanto que el sujeto contra quien se persiguen viene a ser tercero.

En el supuesto de que lo debido sea una especie distinta de dinero, al autorizar la consignación el Juez designa por sí, esto es, sin estar sujeto a voluntad de parte, un secuestre que la reciba y conserve hasta tanto la reciba el acreedor o la retire el deudor (art. 1664 C. C.). Tratándose de dinero el artículo dispuso lo mismo que queda anotado, pero atendiendo a lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo Nº 1115 de 1940, consideramos que el depósito de él debe ser hecho en el Banco de la República o en la Administración de Hacienda Nacional y que es innecesario el nombramiento de secuestre.

De la consignación se extiende acta y se hace con citación del acreedor e intervención del Juez autorizante de ella. Si a la diligencia no concurre el acreedor, debe notificársele con intimación de que reciba lo depositado (art. 1660 C. C.).

Art. 977. — Ante la situación de ausencia del acreedor no por ello queda impedido el deudor para lograr la consignación, pues bástale satisfacer las exigencias relacionadas al tratar del artículo anterior, con excepción de la segunda, y acreditar debidamente, aun con prueba sumaria, dicha ausencia, ante lo cual el Juez actuante nombra al ausente un curador que lo represente (arts. 240 y ss.), con quien se adelanta la actuación de la manera preindicada.

Art. 978 — Con la simple consignación no desaparece la obligación a que se refiera sino que ella marca la primera etapa del procedimiento que sobre el particular es seguido. Verificado como quedó visto el depósito de lo debido, se entra en la segunda etapa que se inicia con la demanda que debe hacer el deudor para que se declare válido el pago y extinguida, en consecuencia, la obliga-

ción suya, de la que conoce el Juez que autorice aquélla, formando un solo proceso con lo actuado antes, y de la cual se corre traslado al acreedor demandado por el lapso de tres días. Se anota que no se define por la legislación cuándo debe presentarse la demanda sobre validez del pago o dentro de qué término, lo que se explica por cuanto que lo consignado puede ser recibido voluntariamente por el acreedor en cualquier momento, en lo que resalta su aceptación, y aun retirado por el consignante antes de la última (art. 1666 C. C.), de donde se desprende la falta de necesidad de predeterminar tal término.

ART. 979. — Pasada la duración de ese traslado, o el término probatorio que se concede en caso de que haya oposición, dentro de aquél, por parte del opositor, cabe dictar la providencia de mérito dentro de los cinco días hábiles siguientes, la que viene a finalizar la actuación. De forma que el término probatorio es condicionado a la presentación de oposición, sin que sea dable disponerlo sin ella. Si la sentencia es favorable al demandante, porque efectivamente aparezca en los autos que lo consignado representa el pago de la acreencia (arts. 210, 593 y ss., y 1757 C. C.), debe contener la ordenación de devolución de las prendas y de los bienes dados en anticresis, de cancelación de las cauciones de uno u otro género que la garanticen, la ordenación de que se devuelva al deudor lo consignado excesivamente, etc.

Además, en aplicación de lo preceptuado en la ley sustantiva (art. 1662 C. C.), dicho fallo debe imponer las costas procesales al demandado, porque de cargo suyo corre lo invertido para lograr la extinción de la obligación de que era sujeto activo (arts. 574 y ss.).

ART. 980. Por razones especiales, la declaración de validez del pago hecho por consignación puede obtenerse proponiendo la excepción de pago en la acción propuesta por el acreedor contra el consignante (arts. 1025 y ss.) al calificarse su mérito, supuesto que contempla entonces la falta de necesidad de seguir la actuación prevista en el otro artículo y la posibilidad de que tal validez sea declarada por funcionario judicial distinto al autorizante de la consignación. No sobra expresar que la viabilidad de la excepción ocurre precisamente en el proceso que se instaure con base en la obligación a que se refiera la consignación de que se viene hablando, por cuanto que se presenta una verdadera conexión que sustenta lo expuesto.

TÍTULO XXXIII

JUICIO EJECUTIVO

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

ART. 981. — Bajo el articulado de este Título reglamenta el Código Judicial el llamado procedimiento ejecutivo, de naturaleza bien especial por tener como finalidad propia e inmediata no la verdadera discusión de derechos entre las partes, como por lo común ocurre con los demás procesos, sino la realización del pago de lo debido por el ejecutado en beneficio del ejecutante, mediante una actuación breve que parte de la base del reconocimiento de la existencia cierta del crédito exigible por el acreedor.

Por ello se ha solido decir que el procedimiento ejecutivo, de marcados y evidentes antecedentes históricos, no es propiamente un juicio en el exacto y preciso sentido del vocablo, por presuponer una definición anterior de derechos y sobre la cual se asienta, definición que apenas se busca en los otros procesos, en los que se ejercita por el Órgano Judicial la jurisdicción llamada de conocimiento y no la de ejecución o coactiva que se actualiza en los procesos ejecutivos.

Define el artículo que hay juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago, en lo que está conforme con la tesis de que la *litis contestatio* surge desde la notificación de la demanda al demandado o a su apoderado, y en ningún caso antes, según fué visto al estudiar esa institución procesal, pues aunque se trata de una notificación bien especial (art. 999) ella equivale en el fondo a una verdadera notificación de la demanda.

Si en lo referido es acertado el artículo tratado, no sucede lo mismo en cuanto dice que el proceso ejecutivo dura hasta que se hace el pago al acreedor o se ejecutoría la sentencia que manda cesar la ejecución (art. 1026), pues el proceso aludido puede finalizar por causa de un auto admisorio del desistimiento (arts. 461 y ss.), de donde se desprende que el artículo es incompleto.

Diversas definiciones se han propuesto sobre el procedimiento ejecutivo, descriptivas, etimológicas y esenciales, en especial de acuerdo con los postulados de cada escuela, más o menos acertadas unas, deficientes y erróneas otras, las cuales no es preciso transcribir y analizar aquí, pues para los fines del presente trabajo bástenos relievar que el proceso ejecutivo es, dentro de la clasificación del Código, de naturaleza contenciosa (art. 195) por cuanto da lugar a sentencia de condena; especial, porque dentro de él no encajan los asuntos no sometidos expresamente a otras tramitaciones y porque sólo encajan en el mismo las cuestiones determinadas

en la ley; que es de naturaleza breve por referirse a derechos comprobados en documentos de mérito excepcional; que tiene como objeto primordial la obtención del pago de lo debido mediante el empleo de los medios coercitivos de que dispone el Órgano Judicial del Estado y que los intervinientes en él toman los nombres específicos de ejecutante y ejecutado, según que sean sujetos activos o pasivos de la acción, respectivamente. En el estudio que luego se hace podrá comprenderse con más acierto lo que es el procedimiento en cuestión, por lo que huelga extendernos ahora en consideraciones de carácter general.

ART. 982. — El presente artículo sienta de modo general qué obligaciones son exigibles por la vía ejecutiva, sin hacer una enumeración taxativa de ellas que sí hacía la legislación anterior, incurriendo con ello en los marcados inconvenientes e injusticias de las exclusiones, no acogiendo la sabia norma de sentar principios generales, más conforme con una correcta técnica procesal. Procede exigir ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo plena prueba contra él o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse.

Ello muestra en primer lugar que el título ejecutivo forzosamente tiene que ser constituído por un documento escrito, sea de origen privado o público, en que conste la obligación y preexistente a la instauración de la acción, pues no se comprende que un elemento probatorio de otra clase sirva por sí para sustentar una ejecución, por no ofrecer la certeza requerida en ella inicialmente.

Háse presentado el interrogante de si el título ejecutivo tiene que ser simple, es decir, constituído por un solo documento o si puede ser compuesto, o sea, integrado por varios documentos que acrediten en conjunto la existencia de una obligación a cargo del ejecutado. Al respecto vale aseverar que sí puede ser compuesto, porque según los términos de la legislación lo esencial en primer término es que el título constituya plena prueba, y varios pueden constituirla de modo de formar en cuanto a su objeto una unidad, sin que aparezca una razón de peso en contra de lo dicho. En la práctica aparece que por varios actos logra existencia una obligación dada, actos que por sí acreditan satisfactoriamente, consideración que indica a las claras que no se adecúa a los motivos básicos del procedimiento ejecutivo negar que el título base de él puede ser compuesto.

Entre los documentos que por sí constituyen plena prueba podemos enumerar el instrumento público (art. 1758 cds. C. C.), otorgado con las formalidades de rigor; el documento privado (arts. 1761 y ss. C. C. y 637 y ss. C. J.), reconocido por el deudor, siempre que no se trate de acto esencialmente sometido a la facción de escritura pública; las posiciones absueltas por él en forma debida de que se expida copia, a condición de que no lo sean dentro del

proceso ordinario (art. 983) y de que sean estampilladas como corresponde hacerlo (D. E. Nº 92 de 1932); las resoluciones administrativas dictadas contra el usurpador de una patente de invención o una marca de fábrica (arts. 76, 77 L. 31 de 1925); las copias de resoluciones de las Cámaras de Comercio, siempre que sean autenticadas por su Presidente y Secretario (arts. 31, 44 y cds. L. 28 de 1931); las copias autenticadas por el Secretario de los Acuerdos tomados por el Consejo Directivo o Junta de Administración de las Sociedades Cooperativas que funcionen legalmente contra el socio deudor de cuotas, interés y recargos (art. 50 Ley 134 de 1931); las liquidaciones de impuestos sobre sucesiones y asignaciones, recargos y otros gastos (art. 62 Ley 63 de 1936); el fallo del Capitán de Resguardo de un Puerto habilitado (art. 426 Ley 79 de 1931); las resoluciones de la Dirección General de Correos y Telégrafos (art. 40 C. P. y T.); las certificaciones sobre prenda agraria (art. 16 Ley 24 de 1921); el certificado de seguro de vida (art. 31 D. E. Nº 800 de 1932; D. E. Nº 2348 de 1942) adicionado con la partida de defunción respectiva, etc.; los recibos, vales y notas de pedido (art. 53 Ley 57 de 1931), etc., etc.

Entre los elementos que por sí prestan mérito ejecutivo están los llamados instrumentos negociables de que trata la Ley 46 de 1923, según la cual las firmas puestas en ellos gozan de la presunción de autenticidad y de allí que para ejercitar las acciones que de los mismos nacen no sea menester su previo reconocimiento (art. 4º *ib.*); mas para ser calificados de tales, esto es, de negociables, sí es indispensable que reúnan los requisitos de fondo y forma previstos por la precitada Ley.

Precisamente, uno de tales requisitos es el de que estén firmados por quien de ellos aparezca como girador (art. 5º *ib.*), de donde se infiere que un documento presentado como título ejecutivo sin esa firma es completamente ineficaz en orden a sustentar las pretensiones del actor, pues si en verdad pueden aceptarse antes de la firma del girador (art. 140 *ib.*) de allí no se desprende que judicialmente puedan reconocerse eficaces sin esa firma, porque si no fuese así serían desconocidos otros principios de esa ley (arts. 128 y ss. *ib.*).

Análogamente, tampoco cabe admitir como título ejecutivo contra un sujeto un instrumento en que no aparezca su firma como parte obligada. Al respecto es de lugar observar que la firma por el apoderado o a ruego, la que puede ser puesta en esa forma (art. 22 *ib.*) requiere la demostración del poder o el ruego, porque el ser colocada en el instrumento respectivo en tal forma, no indica por eso que goza de la presunción de autenticidad y de allí lo fundado de lo que se dice (art. 4º *ib.*).

Los instrumentos negociables ligan a las personas que en ellos intervienen, pero es claro que si un sujeto no ha intervenido en los mismos directamente con su firma, mal puede considerársele obligado a una prestación. Precisamente, el mandato o el poder

para firmar en nombre de un individuo no se comprueba con el solo instrumento negociable en el que tal poder se afirme, puesto que la presunción de autenticidad consagrada en la Ley reguladora de la materia (Ley 46 de 1923) no comprende o se refiere a las calidades de apoderado, etc. Ellas deben ser acreditadas por los otros medios legales. Es la seguridad patrimonial de los sujetos, buscada en la legislación como medio de no lesionar arbitrariamente los derechos suyos la que impide que sin la demostración de que se habla presten mérito ejecutivo los instrumentos firmados a ruego o por poder. Lo contrario sería consagrar la verdadera inestabilidad de los derechos particulares, cosa en extremo peligrosa y absurda que no consulta los principios normativos del reconocimiento judicial de los derechos.

El instrumento negociable debe ser estampillado, y de allí que si es presentado uno que no lo haya sido debidamente, no preste mérito ejecutivo, por no poderse estimar como prueba, según se dispone en las correspondientes disposiciones (Dto. Ejvo. Nº 92 de 1932.)

Por otra parte, el endosatario de un documento de la clase referida no tiene que hacer notificar previamente al deudor el endoso hecho en su favor (arts. 1960 y ss. C. C.) por cuanto que esa notificación no se refiere propiamente a los instrumentos negociables, según la ley sobre la materia (arts. 32 y ss. Ley 46 citada), ni tampoco que prestar el juramento requerido por la ley reglamentaria de la abogacía sobre legitimidad de la cesión (art. 18 Ley 62 de 1928 - Ley 21 de 1931).

Las resoluciones judiciales (art. 466), sean autos o sentencias, son ejecutables, cuando requieren juicio para su correcto cumplimiento (art. 549 y ss.) por la vía ejecutiva. Al respecto se ha cuestionado si el registro de una sentencia es indispensable para que pueda prestar mérito ejecutivo, sobre lo que es de lugar anotar: la institución del registro tiene como finalidades principales las siguientes: dar a los instrumentos sujetos a él mayor publicidad, servir de medio de tradición de los bienes inmuebles y, por último, propiciar una mayor seguridad en la conservación de tales instrumentos, lo que de suyo indica que reconocer entre las partes efectos a una sentencia no registrada no es contrario a lo dispuesto en el artículo 2673 del C. Civil en concordancia con el 2652 de la misma obra, porque hay que tener en cuenta que se contempla el caso de una sentencia que constató o hizo nacer la obligación que se trata de hacer efectiva y que tiene completa fuerza como manifestación de la actividad jurisdiccional y revestida del sello de la ejecutoria.

Bien que no se admita lo expuesto cuando la acción ejercitada se refiera a un bien inmueble porque entonces sí es necesaria la verificación del registro como elemento esencial, porque sin él no se demuestra la existencia de una situación de derecho perfeccionada debidamente; pero tratándose de un bien diferente, resulta fundado

lo anterior. La necesidad del registro de la sentencia está sustentada notoriamente en la conveniencia de salvaguardar los intereses de quienes no sean partes ni intervinientes adhesivos de ellas en los negocios jurídicos, de aquellos que con relación a la misma posean la calidad de terceros, y de allí que tenga apoyo la tesis que se sostiene, porque se contempla un caso carente del efecto de causarles perjuicios y, por otra parte, de una relación nacida entre las partes e innegable entre las mismas.

Lo precedente no está inspirado en un criterio puramente exegético en la interpretación y aplicación de la ley, sino en normas más acordes con los principios modernos del derecho y de la hermenéutica, apartados de un rígido formulismo inarmónico con la equidad y que conduce a extremas e inaceptables consecuencias, como sería la de que sin embargo de estar en firme un fallo judicial no pudiese ejecutarse en forma completa entre aquellos sujetos entre quienes tiene indiscutible imperio.

Por último, el asunto ha sido objeto de jurisprudencia contradictoria, pero lo expuesto está de acuerdo con la que en varias ocasiones ha sostenido la Corte. (G. J. Nº 1953.)

Además de la exigencia probatoria requiérese para la viabilidad de la ejecución que el correspondiente título indique la existencia de una obligación a cargo del ejecutado, expresa, clara y actualmente exigible, de hacer, o de entregar un cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero. El que la obligación sea expresa y clara es formalidad propia por esencia de la ejecución, pues ella tiene que cumplirse forzosamente ya que si no es así no hay la certeza que toda ejecución presupone, pues no se comprende cómo es factible librar un mandamiento de pago e iniciar diligencias dirigidas a lograrlo sin un conocimiento cierto en su materia de lo debido, por cuanto que entonces no hay la definición verdadera de derechos que presupone la acción ejecutiva y porque no debe permitirse que ella suplante por mero capricho de un interesado otras acciones de que pueda disponer.

La exigibilidad de la obligación respectiva es otro de los requisitos previstos para librar una ejecución y debe resultar acreditada plenamente de los elementos adjuntados a la demanda (arts. 2488, 1608 y ss. C. C.) ya que es elemental que de lo contrario falta apoyo para librarla. Es impropio ordenar un pago antes de la cristalización del momento en que debe ser hecho, salvo las excepciones legales que hacen exigibles el pago antes de vencerse el plazo de que goce el deudor para satisfacerlos, v. g., en los casos de quiebra.

El texto del artículo pone de manifiesto que las obligaciones objeto de la acción ejecutiva son aquellas en cuyo mérito el deudor carga con el deber de ejecutar un acto, pagar una suma, entregar un bien al acreedor, en una palabra, cumplir un acto positivo en pro del último. Por tanto, si la obligación es de no hacer para remediar el incumplimiento no dispone el acreedor de la acción

ejecutiva sino de otra distinta, según lo expuso la Comisión Revisora y lo sienta la jurisprudencia.

Por cantidad líquida de dinero se entiende aquella que puede expresarse en un guarismo o cifra determinados sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas, dice la disposición comentada. Lógicamente, ello significa que bien es del caso aceptar que la suma debida es líquida cuando está sujeta a deducciones precisas cuyo monto se conozca, pero no cuando no sea conocido sin embargo de que sea innegable que deben hacerse esas deducciones. En consecuencia, no se dará el caso de una suma líquida cuando el acreedor confiese que a la obligación principal corresponde descontar los abonos que haya hecho el deudor, pero sin especificarlos, interpretación que mejor se ajusta a la expresión del artículo y que armoniza con otras normas que sancionan al acreedor que demanda por más de lo debido (art. 210 conc.). En tal supuesto, los abonos son inciertos, vale decir, innegables, pero indeterminados, de donde se concluye que no se trata de cantidad líquida, por lo que no debe accederse al mandamiento suplicado en tal forma, precisamente porque las providencias judiciales han de ser ciertas y para que no se dé ocasión a la inaplicabilidad por la voluntad caprichosa de parte de las reglas sobre competencia por razón de la cuantía, a alterar esa competencia sin fundamento verdadero, a situar al ejecutado en situación desfavorable a sus intereses y a la desnaturalización del procedimiento ejecutivo.

Es fundado decir que la certeza a que se alude, esto es, la determinación de cantidad líquida importa es con relación a la obligación principal y no a los intereses, que al fin y a la postre son accesorios suyos y cuyo monto puede determinarse en la liquidación del juicio o en el incidente tramitado conforme al artículo 1199 y autorizado por el artículo 986, en lo que se apoya también lo expuesto.

Art. 983. — La confesión hecha en posiciones absueltas por el litigante durante la tramitación de un proceso ordinario, después de contestada la demanda —o de transcurrido el término concedido al demandado para responderla sin que lo haya hecho, agregamos— no constituye título ejecutivo en ningún caso, porque según lo expuso la Comisión Revisora y lo exponen los autores y la Jurisprudencia, desde que se avanza un negocio de esa índole por la *litis contestatio* constituída no debe darse campo a que termine el proceso sin la decisión de mérito a cuyo pronunciamiento quedan ligados los contendientes, quienes tengan pretensiones contrarias, porque sería contrario a la igualdad procesal de los interesados disponer cosa distinta al artículo, colocando al absolvente de posiciones en situación desfavorable de no poder continuar la discusión amplia ya trabada, con la aducción de sus medios de defensa, etc.; porque desde que se incoa acción ordinaria se reconoce la falta de título ejecutivo que no surge lógicamente antes del fallo que sobre ella

ha de recaer. Contémplase, pues, un principio de evidente claridad y fundamento.

ART. 984. — En la misma demanda ejecutiva dispone el acreedor de la facultad de pedir que previamente al mandamiento de pago se ordene el reconocimiento del documento en que conste la obligación del deudor, y que en la actualidad no baste para servir de título ejecutivo por motivo de no constituir en sí plena prueba de la obligación pretendida, lo que se orienta a simplificar la actuación evitando gastos por actividades especiales, etc. Ello pone de manifiesto que es imprescindible adjuntar a la demanda el correspondiente título de ejecución, puesto que sin él se carece de una base sobre qué actuar. Estudiando las normas de la legislación sustantiva se concluye que existen obligaciones cuya exigibilidad depende de la constitución en mora al deudor (Arts. 1608 C. C.), y para lograr esa constitución en mora se requiere la intervención judicial en ciertas hipótesis, por lo que es conveniente que el acreedor disponga además de la potestad de pedir con su demanda el cumplimiento del acto simple del requerimiento del deudor que genere la consecuencia de hacer exigible su obligación. Es elemental que sin la aducción del título tampoco es posible hacer el requerimiento pedido.

También puede pedir el acreedor que se disponga la notificación de la cesión del crédito hecha en su favor y para que produzca efectos contra el deudor, v. g. cuando se trata de un crédito hipotecario (arts. 1960 C. C.), pero en ningún caso de instrumentos negociables (Ley 46 de 1923), o la notificación del título cuando es necesaria para que él surta efectos contra los ejecutados (art. 1434 C. C.).

Lo relacionado deja comprender que la disposición facilita a los poseedores de títulos el lleno de las exigencias previas al adelantamiento de la ejecución, pues a nadie se oculta que sería excesivo exigir en cuanto a ellos actuaciones especiales y separadas, con los consiguientes inconvenientes y tropiezos, contrariando la simplicidad propia de las acciones ejecutivas.

Por otra parte, en el caso de que el acreedor solicite que después de hecho el reconocimiento se dicte la orden de pago sin dejar ausentar al ejecutado, a ello corresponde acceder cumpliendo la notificación en la forma prevista en el artículo 999.

ART. 985. — Fuera de lo contemplado en la parte final del artículo anterior, el Juez ante quien se incoa acción ejecutiva dispone del término de dos días para librar o denegar la orden de pago. Para lo primero debe cerciorarse de que la acción sea incoada debidamente, que realmente el título o los títulos presentados reúnan por completo las exigencias legales, mejor dicho, que acrediten la existencia y la exigibilidad de la obligación. Aquí debe observarse que el estudio que hace debe ser en extremo cuidadoso, y que porque haya transcurrido el tiempo requerido para la extinción de esa obli-

gación no debe abstenerse de reconocerla en consideración a que la prescripción no es declarable de oficio (art. 2513 C. C.) por ser su reconocimiento dependiente de la voluntad del deudor que la alegue como excepción. Análogamente, si aprecia un vicio de nulidad relativa (art. 1743 *ib.*) — no absoluta (art. 15 Ley 95 de 1890 - Ley 50 de 1936)— tampoco debe declararla, lo mismo que si aparece que es incompetente por el lugar en donde debe tramitarse el proceso, no debe abstenerse de dictar mandamiento de pago porque descartaría así la posibilidad de prórroga de jurisdicción la que corresponde hacer a las partes (art. 153).

Denegado el mandamiento y concedida la apelación interpuesta, se envían los autos al Superior, previa notificación a los interesados (art. 312) a fin de que ante él estén en posibilidad de defender los intereses suyos.

ART. 986. — En caso de que la obligación reconocida sea de cubrir una cantidad determinada de dinero y sus intereses, el mandamiento de pago la comprende y esos intereses causados y los que se causen en adelante hasta la verificación del pago, como es elemental. Ante la ocurrencia de que el ejecutante no accione por los últimos, es marcadamente impropio comprenderlos en la orden de pago, no obstante ser mirados o clasificados de accesorios de la obligación principal, pues la jurisdicción judicial en materia civil recae es sobre lo que a ella someten los intervinientes en los procesos. La demanda enseña por sí el límite hasta dónde es propio ejercer la jurisdicción por lo que no puede comprender ésta lo no pedido sin incurrirse en extralimitación arbitraria haciendo más gravosa la situación del ejecutado, sin ninguna base eficiente para ello (Jurisp. de la H. Corte.)

Ante la ocurrencia de que el tipo de interés debido sea indeterminado o sujeto a reducciones (Arts. 1617 y conc. C. C.) se precisa o determina dentro del proceso, según lo previsto en el artículo 1199 que se estudia adelante.

ART. 987. — En la hipótesis de que la obligación que conste en instrumento que preste mérito ejecutivo y que se demande, sea de entregar una especie, o cuerpo cierto —concepto distinto al de obligaciones de género (Art. 1652 ss. C. C.)— y de pagar perjuicios no precisados en cantidad líquida, el demandante puede estimarlos bajo juramento (Art. 995), en cantidad mensual en dinero, a partir de la mora del obligado hasta tanto pague, intereses que en cuestiones puramente civiles no se capitalizan (Art. 2235 C. C.) pero sí en ciertos asuntos mercantiles (arts. 743-937 y conc. C. de Co.).

Demandada por medio del procedimiento en cuestión la entrega de un cuerpo cierto, el auto de mandamiento ejecutivo debe contener la orden de embargo y secuestro de ese bien, aunque el ejecutante no lo pida, pues el texto del artículo indica que ello es una obligación perentoria del funcionario del conocimiento a cuyo cumplimiento no puede sustraerse por la simple omisión del actor en

pedir aquella orden. Ahora, no cabe negar que ella es dictada principalmente en beneficio del acreedor ejecutante, sin que comporte un interés público directo, consideración bastante para que él pueda renunciar a ese beneficio, de donde resulta que si lo hace, sobra y es infundado ordenar embargo y secuestro. Los derechos procesales son renunciables si no comprometen el interés social, principio sobre que se asienta lo anotado.

Por que el ejecutado no entregue el bien debido y no pueda llevarse a término el secuestro ordenado, surge para el ejecutante la facultad de pedir que entonces la ejecución se concrete al valor de la especie debida y conforme la estimación que de ella haga bajo juramento. No precisa el artículo hasta cuándo puede entregarse el bien, pero ese vacío se llena teniendo en cuenta que en los casos reglados por los siguientes el Juez fija el término para presentar lo debido, de donde resulta que, análogamente (Art. 203), en lo referido el Juez ha de señalar el tiempo de presentación.

Art. 988. — Cuando la obligación es de entregar especies indeterminadas de un género (Arts. 1562 ss. C. C.) y de pagar perjuicios no especificados en cantidad líquida, el ejecutante los estima en la forma prevista en la primera parte del artículo precedente. Entonces el mandamiento ejecutivo contiene la prevención al ejecutado de que presente las especies en el día y hora que el Juez determine en su auto, el que no debe ser antes de los cinco días siguientes ni después del décimoquinto, que tiene por objeto no acosar demasiado al deudor y no permitir exageradas dilaciones. Por consiguiente, es elemental que si el Juez no se acoge a lo último anotado proceden las reclamaciones de las partes en contrario.

Art. 989. — La presentación por el deudor de las especies debidas, en el tiempo y lugar predeterminados, sin la concurrencia del acreedor, por sí o por medio de apoderado, a recibirlas, hace nacer la necesidad de designación de un secuestre, por parte del Juez y sin tener que acogerse a voluntad de parte, a quien le son entregadas por cuenta del acreedor, mediante el levantamiento del acta correspondiente, como en las demás diligencias. Resulta entonces que la no comparecencia del último sin motivo legítimo le acarrea consecuencias desfavorables.

En el evento de que comparezca y manifieste que no acepta las aludidas especies, por no ser de la calidad debida, la cuestión se decide por el Juez, previo dictamen de peritos nombrados en legal forma (Art. 705 ss). Decidido que sí lo son, procede ordenar la entrega al ejecutante. En caso contrario, surge para éste la facultad de exigir otras del mismo género o de pedir que la ejecución sea extendida al precio de ellas que estime bajo juramento. En forma similar a la anotada se procede en el supuesto de que las cosas presentadas por el deudor no integren la cantidad adeudada.

Sin embargo de que no lo diga expresamente el artículo, los interesados pueden aportar pruebas pertinentes sobre qué basar sus

puntos de vista y antes de que se dicte la respectiva resolución, porque sería absurdo negarles una facultad necesaria en el logro de una decisión acertada, que no contraría principios básicos del procedimiento, que es conforme con ellos y que es trascendente en cuanto a sus intereses y los de la justicia.

ART. 990. — En caso de que la obligación sea de hacer y de pagar perjuicios no especificados en cantidad líquida en el título ejecutivo, por la mora en ejecutar lo debido (Art. 1608 C. C.), éstos son estimados por el ejecutante en conformidad con el inciso primero del artículo 987, de suerte que debe indicar en su demanda una cantidad mensual desde que el deudor haya incurrido en dicha mora hasta que solucione la correspondiente prestación, por concepto de tales perjuicios. Es de claridad notoria que si en el respectivo escrito se omite la referida estimación el Juez debe devolverlo al actor a fin de que la haga, para definir mejor la situación procesal.

En el supuesto tratado, fuera de la ordenación de pago de perjuicios por la mora (Art. 1610 C. C.), el mandamiento ejecutivo debe contener la prevención de que el deudor ejecute lo debido dentro del plazo prudencial que se le señale por el Juez, procurando que no pase del estrictamente necesario (Art. 367). En realidad, contémplase en ello uno de los casos de excepción a la regla general de la ley sustantiva consistente en que los Jueces no señalan el plazo de las obligaciones (Art. 1551 C. C.), excepción por sí justificada ya que en perjuicio de los acreedores no deben estar impedidos los Jueces para hacer ese señalamiento, puesto que de lo contrario sería poco menos que imposible definir y concretar judicialmente las obligaciones de los deudores, con mengua de la justicia.

Si no obstante la determinación que se haga del plazo, el obligado no satisface la prestación debida, el acreedor dispone de la facultad de que se le apremie con nuevo señalamiento o que se extienda la ejecución, no sólo a la indemnización por la mora sino también a los perjuicios por el incumplimiento, estimados bajo juramento (Art. 995). Ello muestra que entonces la ejecución cambia de objeto material por no exigencia del hecho debido, la que es suplantada por la exigencia de indemnización, sin que contra ello tenga el obligado ningún derecho. Esto es, extendido el mandamiento a los perjuicios, la ejecución del hecho de que se trate, luego de esa extensión, no libera por sí al obligado ni enerva la ejecución, como es claro.

El acreedor de un hecho, ante la mora de su deudor, puede pedir que se le autorice para ejecutarlo o hacerlo ejecutar a costa del último, según fué visto en los artículos 971 a 974, sin recurrir al proceso ejecutivo sino al especial que reglan esos artículos, siempre que exista la mora.

Ahora, si ha recurrido primeramente al ejecutivo en el que se ha señalado plazo al deudor, no parece que esté impedido para recurrir al otro conforme su conveniencia propia, a condición de que

no haya demandado perjuicios por la mora y la inejecución de lo debido, porque esto último excluye lo otro.

Antes de pasar al estudio del siguiente artículo, procede anotar que en relación con las obligaciones de hacer debe tenerse en cuenta que en lo dispuesto en el artículo acotado no encajan absolutamente todas las obligaciones de esa índole, mejor dicho, las que tienen señalado otro procedimiento, como las relativas a la entrega del inmueble vendido (Art. 887), al otorgamiento de caución (Art. 1179 ss.), etc.

ART. 991. — El acreedor de la entrega de un cuerpo cierto, de especies indeterminadas de cierto género, de la ejecución o inejecución de un hecho, en armonía con los artículos anteriores (Arts. 1610 con. C. C.), dispone de la facultad de promover acción ejecutiva estimando inicialmente el valor de ellos, en el supuesto de que no estén determinados en su título, a fin de que sea seguido el procedimiento establecido en el artículo 986, referente a la ejecución por cantidad líquida de dinero. Ese derecho se condiciona a que el actor estime una cantidad por capital y otra por concepto de intereses (Art. 995); de suerte que si así no lo hace es impropio disponer el mandamiento de pago en su beneficio y contra el demandado y debe devolvérsele la demanda a fin de que lo haga.

El espíritu del artículo se refiere más propiamente a incumplimiento de obligaciones de hacer, pues cuestionándose la violación de obligaciones de no hacer el procedimiento propio a seguir es otro, como lo expone la Comisión Revisora y lo ha sentado la jurisprudencia, y se concluye del texto de los artículos vistos antes.

ART. 992. — Entre las varias clases de obligaciones están las llamadas alternativas, en gracia de las cuales se debe una de varias cosas (Arts. 1556 ss. C. C.), bien a elección del acreedor o del deudor, el que no dispone del derecho de dejar transcurrir el tiempo prefijado para su prestación sin hacer la escogencia de la cosa que debe pagar, la que generalmente le corresponde, a menos que haya renunciado en forma eficaz esa facultad (Art. 1557 ib.) en favor del acreedor. Éste no puede demandar todas las cosas a la vez sino una y de allí que sea fundado para la exigencia de una determinada que pueda requerir al deudor, en el evento de que le corresponda la elección, para que la haga dentro de los tres días siguientes al requerimiento (Art. 1608, núm. 3º).

Cumplido lo último con sujeto de capacidad procesal, sin que haga la elección que le corresponda, en el lapso fijado, entonces sí surge en beneficio del acreedor el derecho a hacer por sí dicha elección y reclamar una cosa cierta, sin que valgan en contrario las alegaciones del ejecutado omiso, a menos que haya habido suspensión de términos o algo análogo y que haya sido inconsiderada.

ART. 993. — En determinados supuestos (Arts. 987 ss.) el demandante puede estimar bajo juramento la cuantía de su ejecución y en su demanda, dando ocasión a que por el monto de esa estima-

ción sea librado el mandamiento ejecutivo, no obstante lo cual el ejecutado no queda ligado en un todo y por todo a ella, pues dispone de la facultad de solicitar en cualquier tiempo su regulación por el Juez de la causa, mediante el procedimiento de articulación. Contémplase un caso distinto a la regulación prevista en el artículo 206 y de un verdadero incidente que no encaja dentro del concepto de inadmisibilidad previsto en la parte final del artículo 394, puesto que el estudiado dice perentoriamente que la regulación de que se habla es viable hasta antes de hacerse el pago. Además, técnicamente es impropio considerarlo similar a la proposición de una excepción, por lo que es proponible dentro de término más amplio (Art. 1025).

ART. 994. — La Ley sustantiva concede a los deudores el derecho a que sean reducidos los intereses estipulados cuando sobrepasen en una mitad al que se probare ser el interés corriente al tiempo de la convención en gracia de la cual sean debidos (Arts. 2231-1617 C. C.), y también el de solicitar la reducción de la pena convenida para garantizar el cumplimiento de una obligación (Arts. 1592 ss. ib.) cuando sea excesiva (Art. 1601 ib.), derecho que se ejercita mediante el procedimiento establecido en los artículos 1199 y 1200 del Código. La oportunidad de ejercitarlo corre desde que es notificado el mandamiento de pago hasta antes de hacerse éste, en conformidad con la definición del artículo 891, porque desde esa notificación hasta la verificación del mencionado pago hay juicio ejecutivo, y el texto del artículo dice que las reducciones aludidas son solicitables dentro de él, sin condicionarlas en otra forma en cuanto al tiempo, razón bastante para que sea equivocado pretender y hacer una interpretación y aplicación diferente a la indicada.

De certeza indubitable es que verificado el pago de la obligación y sus intereses o de la pena, es inadmisible la proposición de incidente sobre reducción, por dos causas: la finalización del procedimiento ejecutivo y porque el derecho del deudor es ejecutable antes del respectivo pago y no posteriormente, pues el hacerlo sin reclamar antes es una verdadera renuncia a la facultad de obtener rebaja.

ART. 995. — Para poner coto a los abusos del ejecutante que dispone de la facultad de estimar los perjuicios, para que a pretexto de ejercitar su derecho no incurra en excesos injustos, debe especificarlos en su demanda, requisito sin el cual se hace inadmisible hasta tanto sea satisfecho, y jurar ante el Juez de la causa que son ciertos los relacionados y su estimación equitativa. Abstracción hecha de las calidades que en sí debe reunir el título y de las demás propias de la demanda, las dos condiciones relacionadas deben llenarse previamente a la providencia mediante la cual se libre orden de pago contra el ejecutado, ya que de lo contrario carece de firmeza, como es obvio, y en su contra tiene completa

viabilidad y éxito la reposición que se pida. Igualmente, en el caso de que sea apelada debe revocarse por ser falta de verdadero apoyo.

Presentada la demanda ejecutiva con el lleno de las exigencias que le son propias, en el caso de que se trata, el funcionario del conocimiento está en el deber de disponer la prestación del juramento sobre la certeza de los perjuicios y la equidad de la estimación de ellos, aun cuando no sea ofrecido, pero si el título presentado como base de la ejecución no presta por sí mérito ejecutivo, no constituye plena prueba de la obligación del demandado al tenor del artículo 982, es inoficioso disponer la prestación del mencionado juramento, porque en realidad no viene a tener ningún objeto y efecto procesal sino el de surtir una actuación sin importancia y de allí que no se justifique ordenarlo, sino proceder a dictar providencia negatoria del mandamiento suplicado.

No está por demás advertir que se trata de una estimación distinta a la prevista en el artículo 553.

Capítulo II

EJECUCIÓN DE MAYOR CUANTÍA

Parágrafo I. — Mandamiento ejecutivo.

Art. 996. — Cuando ante Juez competente (Arts. 142 ss., 109, 119, 120) se presente por persona capaz un título que conforme a la ley preste mérito ejecutivo (Art. 982) y se solicite con apoyo en él que se ordene el pago de la obligación que exprese, el Juez sin citar ni oír previamente al demandado así lo dispone. Puede apreciarse en ello una característica propia del proceso ejecutivo, que lo distingue de los otros procesos, pues no requiere audiencia de parte contraria para una definición o reconocimiento de la obligación exigida, ya que no es propiamente un juicio en que se debaten los derechos de los litigantes porque ellos se estiman ya definidos en el título base de la ejecución.

Claro es que la demanda debe llenar los requisitos suficientes para el conocimiento de la acción contenida en ella, en armonía con las exigencias comunes (Art. 205), esto es, debe designar el demandado, el Juez a quien se dirija, lo que se pida y demás. Reunidos esos requisitos y acompañado el título correspondiente, es cuando procede acceder a las súplicas formuladas, si el último en realidad acredita plenamente la obligación que se pretenda.

El auto que disponga una ejecución es por naturaleza interlocutorio, de acuerdo con el numeral segundo del artículo 466, pues no se limita a disponer únicamente el normal impulso procesal (núm. 32 ib.) sino que comprende la definición de la obligación del ejecutante, creando con ello el gravamen de que se habla en la calificación de los de su clase, haciendo un reconocimiento de mérito del título o los títulos aportados por el actor. Él concreta un deber del ejecutado que está ligado a una prestación en favor de su contrario,

lo que pone más de relieve que es impropio clasificar el auto ejecutivo como de sustanciación. En consecuencia contra él proceden los recursos de reposición (Arts. 487 ss.) y de apelación (Art. 490).

Por otra parte, la negativa del mandamiento suplicado es también un auto interlocutorio, por encajar dentro de la definición memorada, puesto que equivale a la inadmisión de la demanda y crea para el actor verdadero gravamen en términos de desconocer la procedencia de la acción propuesta. Por eso proceden los mismos recursos que contra la resolución que ordena el pago. A este propósito se debate si es preciso notificar la aludida negativa al demandado, discusión que se soluciona con la afirmativa ante el mandato expreso del artículo 312 que ordena notificar personalmente la primera providencia que se dicta en los asuntos judiciales, sin distinción de ningún género. Parece que nada vale argumentar en contrario que así como el auto de mandamiento se dicta sin oír al ejecutado, así tampoco se requiere oírlo cuando se deniega dicho auto, ya que es justo que en la segunda instancia tenga oportunidad de ser oído el último en defensa de sus intereses, porque el artículo 502 autoriza su audiencia, que no se actualizará sin su conocimiento previo del asunto propuesto en su contra (Art. 985).

ART. 997. — Fuera de la designación del Despacho del conocimiento y la fecha (Art. 469) y la motivación (Art. 470), el auto de mandamiento ha de contener:

1º La orden de solucionar la deuda perseguida, en los términos vistos en el capítulo anterior (Art. 999, núm. 2º).

2º La designación por su nombre completo del acreedor ejecutante, del deudor ejecutado, o del poseedor de la cosa indicada bajo juramento si se trata de acción real (arts. 212 y conc.).

3º La intimación al deudor de que nombre secuestre (en caso de que no haya renunciado ese derecho (Art. 999, núm. 3º), de los bienes que haya lugar a embargarle, y un avaluador, en el acto de la notificación, bajo sanción de que de lo contrario los designará el Juez, lo mismo que si nombra individuos ausentes, que no puedan o no acepten el cargo (Art. 1011). Esto se ha mirado como un tanto exagerado, pero se explica por la brevedad que busca dar el legislador a los procedimientos ejecutivos.

Ahora, si por cualquier motivo no se incluye en el mandamiento de pago la intimación para hacer el nombramiento de que se habló, no por ello se produce el fenómeno de la ineficacia de ese mandamiento, ya que ninguna forma procesal ofrece base para llegar a la conclusión contraria. Por tanto, la prevención de nombrar perito y secuestre puede ser hecha posteriormente a efecto de salvar la irregularidad cometida, pues ella no es esencial para la validez del mandamiento por referirse a asunto que importa principalmente en actuaciones ulteriores.

ART. 998. — El acreedor cuya acreencia está garantizada con una hipoteca o un censo (Arts. 1191 y ss.), a la vez que la acción

personal puede ejercitar la real, caso en el que el mandamiento debe contener, además de lo indicado en el artículo precedente, la disposición de embargo de la cosa gravada y la orden de avalúo, a condición de que el ejecutante presente certificación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en la que conste que el ejecutado es el actual poseedor inscripto de esa cosa (Art. 1008), y sin ella no es factible disponer con fundamento su embargo. También ha de contener el auto de mandamiento la resolución de secuestrar el respectivo bien gravado, en el supuesto contemplado y siempre que el acreedor lo haya pedido. El interés de éste entra en juego en ello y de allí que sin su voluntad falte una base para tomar una media que sólo a él importa (Art. 1015).

Parágrafo II. Notificación.

Art. 999. — El Funcionario de la causa, o el comisionado que actúe en lugar suyo, tiene las obligaciones que a continuación se relacionan:

1ª Notificar personalmente al deudor el auto ejecutivo, actuación de la que se extiende acta que firma el Juez, el ejecutado o en su nombre un testigo porque no sepa, no pueda o no quiera firmar (Art. 188) y el respectivo Secretario. Trátase de una notificación especial que hace directamente el Funcionario actuante y diferente a las otras personales que hace el Secretario (Art. 308), basada en la naturaleza propia de lo que mediante ella se notifica e indispensable por lo que se ve más adelante;

2ª Intimar al deudor que solucione la deuda por la que se le ejecuta, en armonía con el mandamiento librado; en ello se aprecia una razón para que en la diligencia aludida tenga que intervenir el Juez a efecto de que no se repute inexistente, porque se trata de un acto en que se aplica precisamente la autoridad jurisdiccional. Ahora, la intimación se cumple manifestando al deudor que está en la obligación de cubrir el monto de lo demandado.

3ª Exigirle en el acto de la notificación al deudor, si no satisface la obligación demandada, la prestación de juramento en legal forma, para que exponga si tiene o no bienes para satisfacerla, y las costas del proceso y cuáles ofrece al efecto. Además, el Juez debe pedirle al ejecutado que nombre el perito que le corresponde para el avalúo posterior de los bienes y secuestre de ellos, derecho que tiene, como de su exclusivo interés; pero si lo ha renunciado en una u otra forma (Art. 15 C. C.), como generalmente se hace en pro del acreedor, no hay razón en pedirle esa designación, ni en acatar la que haga.

4ª Advertirle expresamente al mencionado deudor, en el caso de que ofrezca bienes para el pago, que puede dar caución de saneamiento (Arts. 1016 ss.). De manera que esa advertencia es viable en el supuesto de que los haya ofrecido, porque de lo contrario carece de verdadero objeto, en atención a que es condición del de-

recho a darla la presentación de bienes por el ejecutado, pues no sería equitativo conceder el derecho al otorgamiento de caución que impida el embargo de bienes a quien bajo juramento niega tenerlos para el pago. Ahora, en la hipótesis de que no obstante la no presentación de bienes, por descuido u otra causa se diga a un ejecutado que dispone de la facultad de dar caución, no por ello surge un estado procesal bastante en orden a permitir contra el ejecutante que sea otorgada y a impedir el embargo de ciertos bienes, por tratarse de una actuación de suyo deficiente, infundada, que no debe acarrear, en buena técnica, consecuencias en los procesos. La simple equivocación del fallador en el impulso procesal no tiene por qué acarrear derechos a uno de los litigantes y con menoscabo de los intereses del otro.

5ª Decretar inmediatamente el embargo, secuestro y avalúo de los bienes ofrecidos para el pago por el deudor. Ahora, si preventivamente ha sido practicado el embargo y secuestro sobre los mismos está demás decretarlo de nuevo, según la doctrina del artículo 291. Asimismo, es impropio decretar el embargo y secuestro de bienes inembargables por concepto de interés público y cuya inembargabilidad no sea renunciable por el ejecutado, por ejemplo, cuando presenta para el pago un sueldo menor de cuarenta pesos mensuales y así en supuestos similares.

6ª Decretar el embargo, secuestro y avalúo de bienes que denuncie el acreedor, con especificación concreta de ellos, cuando el ejecutado no obedezca el mandamiento, ni ofrezca bienes suficientes para el pago, ni dé caución de saneamiento sin embargo de ofrecerla, en el término que se le señale, como de propiedad de él. Mírase en ello una potestad del acreedor por tener derecho a perseguir la efectividad del crédito suyo sobre todos los bienes del deudor que sean embargables (Art. 2488 C. C.), cuyo ejercicio únicamente se condiciona a la prestación de juramento por su parte de que no procede de dañada intención en el denuncio que haga. No determina expresamente el artículo hasta qué momento cabe el denuncio de bienes, pero él se desprende de las otras disposiciones reguladoras de la actuación en los procesos ejecutivos, las que dejan concluir que el denuncio es procedente hasta que el acreedor logre el pago o hasta que finalice el respectivo proceso.

7ª Dictar sin demora las providencias propias para hacer efectivo el embargo, como son el oficiar al Registrador correspondiente para que lo inscriba, el notificar al deudor el embargo de lo que adeude al ejecutante, etc.

ART. 1000. — Para notificar el mandamiento ejecutivo se hace comparecer al ejecutado al Despacho del Juzgado del conocimiento (o del comisionado) o a su representante legal o legítimo, siempre que de las correspondientes diligencias surja esa representación (Art. 232), porque el ejecutante debe acreditarla antes de notificarse, a diferencia de lo que ocurre con la instauración de otras

acciones diversas, pues es la trascendencia que procesalmente tiene toda ejecución la que requiere que se demuestre inicialmente la personería de la persona indicada como representante del deudor para no ocasionar notorias arbitrariedades y abusos. Al librarse un mandamiento de pago no se define apenas la posición de las partes en el proceso, como sucede generalmente, con la primera providencia de los juicios, de demandante y demandado, sino que se reputa existente una obligación y se da el primer paso para posteriores remates, etc. y de allí la base de lo anotado. No se justifica que se adelanten procesos dirigidos inmediatamente a la efectividad de las obligaciones sin la certeza de que lo son con representante verdadero del ejecutado (G. J. Nº 1930, pág. 982). Para obtener la comparecencia del ejecutado o de su representante se dispone de los medios comunes de citación, apremio bajo sanción de arresto y multa (Art. 188) y aun de la fuerza, a fin de que los ejecutados no burlen el deber de comparecer a recibir la notificación de rigor y se perturbe la celeridad de la actuación.

En atención a que ciertas personas no tienen obligación de comparecer a los Despachos Judiciales tratándose de asuntos civiles (Arts. 676, 677 y 678), al ser ejecutadas la notificación de la orden pago se les hace en su residencia, previa notificación de la fecha y la hora en que ella se llevará a término, previniéndoles que permanezcan en ella, salvo que renuncien, pudiendo hacerlo, el privilegio que se les concede (Art. 15 C. C.). Es obvio que para verificar lo dicho se entiende decretado tácitamente el allanamiento que se requiera (Arts. 428 ss.).

ART. 1001. — Ante la ocultación del ejecutado o la ignorancia de su residencia actual, el ejecutante no tiene que soportar las consecuencias de ello sino que puede incoar su acción suplicando al Juez que le designe un curador *ad-litem*, sin emplazamiento, a condición de que aporte prueba sumaria (Art. 693) de aquello (la ocultación o la ignorancia). Aportada la prueba, que es esencial, se designa al curador con quien se surte la diligencia de notificación y las que normalmente le siguen.

No obstante lo dicho, el mandamiento debe notificarse al deudor o a un curador nombrado con emplazamiento suyo en forma legal (Arts. 242, 317), antes de la citación para sentencia de pregón y remate (Art. 1029), notificación que se hace bajo las mismas condiciones de la primitiva, esto es, en cuanto a los recursos, de donde se concluye que en ella y dentro de los tres días siguientes, es apelable el auto de mandamiento, a menos que el primer curador lo haya apelado. En el evento de que la citación para sentencia sea hecha sin notificación en referencia, el proceso desde entonces es defectuoso, viciado de nulidad (Art. 448) por falta de citación en forma legal.

Lo mismo ocurre cuando el ejecutante obra de dañada intención en la demostración de la ocultación del ejecutado o de la ignorancia

de su paradero, porque realmente el ejecutado no se oculte o se conozca su residencia. La nulidad en ese supuesto es clara porque la citación del ejecutado debe hacerse personalmente, por no ocurrir lo que autoriza la verdadera excepción de notificación por medio de curador, y porque esa es la manera mejor de poner coto a los abusos del acreedor malicioso y de aplicar el principio justo en extremo de que la mala fe no crea derechos en pro de quien la emplea. El fundamento de lo anotado resalta con caracteres de evidencia si se considera que lo contrario equivale a situar a los deudores en la más precaria posición y sujetarlos a todo género de abusos.

ART. 1002. — Si la cosa que se ha de embargar es una nave (Arts. 5 ss., C. de Com.), como especialmente afecta al pago de la tripulación, de sumas tomadas a la gruesa ventura (Arts. 360 ss. ib.) u otras deudas que la afecten legalmente (Arts. 20 ss. ib., v. C. C.), las notificaciones de las resoluciones son hechas al naviero (Arts. 53 ss. ib.), al Capitán (Arts. 80 ss. ib.), al Piloto (Art. 108 ib.), al Contramaestre (Art. 114 ib.) o al consignatario (Arts. 99, núm. 32 y conc. ib., 315 ss. y conc. C. de Co. T.), en su orden, mejor dicho, la falta del primero se suple: con el mencionado en seguida, y así sucesivamente. Ante la demostración prevista en la primera parte del artículo anterior, por no encontrarse las personas precitadas, corresponde designar de plano un curador *ad-litem* a quien se notifica el mandamiento ejecutivo y lo subsiguiente, pues él continúa interviniendo en el proceso. Igualmente, antes de la citación para sentencia debe notificarse a alguna de esas personas o a un curador *ad-litem* nombrado por el Juez en la forma ordinaria (Art. 317).

PARÁGRAFO III. **Embargo y secuestro.**

ART. 1003. — En interés del normal funcionamiento de los servicios públicos que por su misma naturaleza no son susceptibles de paralización, son inembargables: las casas consistoriales de propiedad pública, los edificios destinados a la instrucción pública, bien por una u otra entidad de derecho público, sea el Municipio, el Departamento o el Estado; las Cárceles o establecimientos destinados al castigo de delincuentes; las oficinas públicas de los Departamentos y Municipios, vale decir, los elementos que constituyen su dotación para la prestación de los servicios que les estén señalados, relación que se hace en armonía con el espíritu del artículo en referencia (Arts. 295, 1004 y 1677 C. C.).

Son inembargables, además, las dos terceras partes de las rentas de las precitadas entidades, de donde se infiere que únicamente es embargable una tercera parte de las mismas. Ante el texto claro y perentorio del artículo es equivocado negar la embargabilidad de dicha tercera parte como lo han hecho algunos, tomando por base para ello principios meramente de orden doctrinal que en verdad nada valen ante un texto legal que no puede desatenderse a pretexto

de consultar su espíritu. Quizás esos principios valgan para la modificación legislativa del memorado artículo, pero antes de que ella se opere es obligatorio darle completa aplicación sin desconocerlo, para no incurrir en violación de la ley expresa.

Hase discutido sobre si lo embargable es la renta bruta o la líquida, discusión que generalmente se resuelve afirmando que es la última, tesis más razonable, ya que no es explicable que se embargue lo necesario para la producción de la renta, porque ello traería por resultado la verdadera paralización del servicio público, el que, por el interés que envuelve, prima sobre el que tenga el acreedor ejecutante. Es como cuando se secuestra un establecimiento industrial que no se embaraza su normal funcionamiento (Art. 1014). Sin exponer otras argumentaciones en pro de lo expuesto, bástenos decir que no puede sujetarse a la voluntad particular la paralización de los servicios estatales (Art. 1004, núm. 13).

ART. 1004. — No son embargables (Arts. 295, 1003 y 1677 C. C.): 1º Las pensiones remuneratorias, de jubilación, de retiro, o de gracia y las gratificaciones que pagan las entidades de derecho público, cuando no hayan sido válidamente enajenadas. De suerte que cuando por acto legalmente cumplido por el beneficiario de ellas han pasado a un tercero, la calidad de inembargables desaparece, por no tratarse ya del primitivo favorecido, a quien brinda la ley una protección especial. En el evento de que el citado beneficiario conserve el beneficio concedido y sea condenado en sentencia de mérito a pagar a otro alimentos (Arts. 831 y ss.), con la que se le ejecute, es embargable la tercera parte de las mencionadas pensiones, caso de excepción establecido en gracia de las poderosas razones que militan en pro de la efectividad de los derechos del alimentario.

2º Los jornales y salarios de los peones y criados, en atención a que por lo común son reducidos y para no colocarlos en situación precaria privándolos de ese medio de subsistencia. Es peón quien ejecuta una labor meramente física, subordinada directamente a un superior, que no tiene facultades en la dirección del trabajo que desempeñe, ni responsabilidad especial, que desarrolla un trabajo para el cual no se requiere aprendizaje previo ni preparación intelectual (Art. 295). De allí que, para conocer su calidad deba tenerse en consideración principalmente lo anotado y no la simple denominación que se haga particularmente. (G. J., Nos. 1908 y 1909).

3º Las pensiones alimenticias que se deban por disposición legal (Arts. 411 y ss. C. C.). En ello se comprende que las debidas por causa convencional o contractual no son las comprendidas por el numeral relacionado por tener un origen diverso y ser distintas a las legales de que habla el artículo.

4º Las prestaciones periódicas y sucesivas que el deudor ejecutado perciba de una fundación o por la liberalidad de un tercero, en lo que ellas sean absolutamente necesarias para subsistencia del ejecutado, de su cónyuge y de los hijos que vivan con él y a sus expensas.

Los términos del numeral dejan comprender que es embargable lo que no sea indispensable para dicha subsistencia y de allí que no tenga que considerarse si una parte de la renta embargada es precisa para el sostenimiento de una posición social más o menos saliente, etc.

5º Las sumas depositadas en la Caja de Ahorros de los establecimientos bancarios autorizados legalmente, hasta la cantidad de mil pesos. No se distingue para aplicar el numeral la calidad de la persona depositante, sus condiciones económicas, ni tampoco sobre el tiempo y oportunidad del depósito, como hacía la legislación anterior, de donde se viene en conclusión que las únicas condiciones de inembargabilidad es que el depósito esté en una Caja de Ahorros autorizada en debida forma y que no pase de mil pesos. Con ello tiende el legislador al fomento del ahorro como institución de marcado interés social.

6º Las pólizas de seguro de vida y las cantidades que por las mismas pague el asegurador al beneficiario, salvo las cantidades que se deban pagar al mismo asegurado. Por tanto, la inembargabilidad se orienta a proteger al beneficiario distinto al asegurado y no a éste, en relación con el valor que le corresponda por las pólizas mencionadas.

7º Las cantidades que se paguen a los empresarios y contratistas de obras públicas mientras penda la ejecución de ellas mismas, cosa dirigida a que no se perturben los intereses generales representados en ella con su paralización o mayores demoras. Esto tiene la excepción relativa a lo debido a los trabajadores que las construyan y a los proveedores de materiales, quienes no deben estar impedidos para asegurar el pago de sus derechos.

8º Los frutos no percibidos de los bienes del hijo de familia y de los de la mujer casada no divorciada ni separada de bienes. Esto último puede estimarse inoperante en mérito de la Ley 28 de 1932 que reconoció capacidad completa a la mujer unida en matrimonio para administrar sus bienes propios y de las normas del C. Civil que obligan a la sociedad conyugal a ciertos pagos (Art. 1796 y cds. C. C.). Por otra parte, lo primero del numeral está en armonía con lo dispuesto en el Código citado (Art. 2489, ib.).

9º Los sueldos de los maestros de las escuelas rurales sostenidas con fondos públicos o particulares, sin que proceda hacer distinciones sobre cuantía de ellos, categoría de las escuelas o cosas análogas, pues para la inembargabilidad basta la circunstancia de trabajar el maestro en escuela rural, vale decir, que funcione en el campo y no en las cabeceras de los distritos ni en sus Corregimientos.

10. Las condecoraciones, medallas, pergaminos, armas de honor recibidas en premio de méritos especiales y las armas y uniformes que el militar retirado conserve. Trátase de cosas que por lo común, por el valor de afección que sobre ellas se tiene, no deben ser objeto de persecución por los acreedores, especialmente por su origen que las distingue de las que en general están en el comercio como objeto

de convenciones ordinarias. Los elementos de origen militar conllevan el decoro de la patria, motivo para que sean inembargables.

11. Uno de los animales de carga de los proveedores de víveres y combustibles, a elección del deudor, para no privarlo por completo de sus medios de trabajo. Ello hace ver que debe requerírsele para tal elección, la que si no hace no impide el embargo de los que tenga, dejándole uno en todo caso, ya que de lo contrario estaría en su arbitrio hacer ilusorios los derechos de los acreedores.

12. Una vaca o tres cabezas de ganado menor, o diez aves de corral de los campesinos pobres que vivan de su trabajo personal, a elección del deudor. Iguales razones a las que obran en los otros casos basan la aludida inembargabilidad. Para ella es menester que aparezca demostrada la situación de pobreza del deudor y que satisface sus necesidades ordinarias con su trabajo personal. En cuanto a la elección que le corresponde hacer se procede análogamente con lo anotado sobre el numeral anterior.

13. Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin mengua del tránsito o de la higiene públicos, v. gr., los ferrocarriles, tranvías, acueductos, desagües de ciudades, etc. Empero, es embargable la renta líquida que produzcan, que es la que se obtiene de descontar de la producción total el valor de los gastos ocasionados en la explotación de la empresa de que se trate. Es fácil apreciar en ello el predominio del interés social sobre el particular.

14. Los lugares y edificaciones destinados a enterramientos. No se hace distinción alguna, por lo que resulta que son inembargables toda clase de cementerios, así pertenezcan o sean administrados por la Iglesia Católica, por el Estado o por otras religiones. Ello porque esos lugares se miran como sagrados y no sujetos como los otros inmuebles al comercio común.

15. Los vasos sagrados y demás objetos destinados al culto, por ejemplo: ornamentos, iglesias, capillas, imágenes, etc. En consideración a que es principio constitucional el de que en la República existe libertad de cultos, es de notoria juridicidad que no es fundado hacer diferencias en la aplicación del numeral.

16. Los demás bienes no embargables según las otras leyes. Vemos que no son embargables conforme al artículo 1677 del C. Civil.

1º Las dos terceras partes del sueldo, renta o pensión que por su empleo, oficio, profesión o por cualquier otro motivo goce el deudor. El artículo 13 de la Ley 34 de 1936 sustituyó lo anterior en términos de hacer inembargables las cuatro quintas partes de los sueldos y pensiones. Empero, ante las Cooperativas esos sueldos pueden ser materia del embargo total, según el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 128 de 1936.

2º El lecho del deudor, de su mujer, de sus hijos que vivan con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todos ellos. Por lecho se entiende en esos casos no sólo la cama o el catre, sino también lo necesario para su utilización, como colchones, sábanas, etc.,

según se desprende del espíritu equitativo y humanitario del artículo, el que busca que a los deudores no se les haga víctimas de los extremos caprichosos a que quieran someterlos los acreedores.

3º Los libros relativos a la profesión u oficio del ejecutado hasta por valor de doscientos pesos y a elección del mismo.

Así: Si es abogado serán libros relacionados con el derecho, si médico libros sobre medicina, etc., etc. En cuanto a la elección ha de observarse lo preanotado.

4º Los elementos que utilice el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta por valor de doscientos pesos, a su elección. Parece que es una suma bastante reducida en atención a los altos precios que tienen los instrumentos y herramientas.

5º Los uniformes y equipos de los militares según su arma y grado, sin limitación alguna.

6º Los utensilios necesarios a los obreros y trabajadores del campo para el desarrollo de sus labores. Por tanto, por trabajador del campo no se entiende en semejante caso al dedicado a asuntos agrícolas sino al que efectivamente lleva a cabo un trabajo material por sí y para atender a sus necesidades, interpretación que mejor cuadra con otras normas y con el espíritu del artículo.

7º Los artículos alimenticios y de combustible que existan en poder del deudor hasta lo que sea menester para el consumo normal suyo y de su familia por un término de un mes.

8º La propiedad de las cosas que el deudor posea fiduciariamente (Arts. 793 y ss. C. C.).

9º Los derechos cuyo uso es exclusivamente personal, como los de uso y habitación (Art. 2489 C. C.).

Fuera de lo que se deja relacionado, no son embargables los sueldos o salarios mensuales menores de cuarenta pesos (Art. 2º, Ley 165 de 1941), los auxilios de cesantía (ib.), de enfermedad y el monto de las indemnizaciones provenientes de accidentes de trabajo, las sumas devengadas en un lapso menor de un mes, cuando no pasen de cuarenta pesos (Art. 1º, Dto. Ejvo. Nº 524 de 1942), los inmuebles adquiridos en conformidad con la Ley 166 de 1941 (Arts. 12 y conc.) y el patrimonio familiar inembargable (Ley 70 de 1931).

En la inembargabilidad juega su papel en ciertos supuestos, el interés público, y de allí que en ellos no quepa la renuncia del favorecido con ella (Arts. 15 y 16, C. C.); por ejemplo, en el caso de los sueldos menores de cuarenta pesos, por tratarse de un precepto legal de orden imperativo, orientado a la protección de la familia y de los desposeídos y del mismo demandado.

ART. 1005. — Al ordenar el justiprecio de los bienes embargados es indicado disponer prevenir, si antes no se ha hecho (Art. 997, num. 3º), a las partes para que designe cada una el perito que le corresponde nombrar, dentro del lapso de tres días, siguientes a la notificación del auto que las prevenga, derecho que a ellas asiste, pero a falta del ejercicio de él en la oportunidad indicada, la desig-

nación la hace el Juez de la causa independientemente (Art 706). Las oportunidades del obrar de los interesados en relación con los actos procesales son precisas, en especial en cuanto a los términos, por lo que tiene apoyo lo expresado.

Distintos peritos pueden nombrarse para el avalúo de bienes ubicados en diferentes lugares o de naturaleza disímil (Ley 63 de 1936) a fin de dar mayores facilidades a la práctica de la pericia y mejores garantías de acierto. Por otra parte, en análogas circunstancias a las relacionadas procede el nombramiento de varios secuestres, cosa orientada a la mejor práctica del secuestro y que no pugna con ningún principio básico sobre la materia (Art. 901).

ART. 1006. — La valuación de las cosas embargadas es necesaria a fin de conocer su monto, para efectos del remate posterior de ellas que se hace en las ejecuciones y debe hacerse siempre que no sea dinero lo embargado, como es obvio, al tiempo de verificarse el secuestro suyo porque así se obra más de acuerdo con la unidad y orden del proceso. Empero, si por uno u otro motivo es omitido el justiprecio de lo secuestrado en el momento de serlo, el avalúo debe ser hecho en todo caso antes de procederse a la pública subasta por ser una formalidad previa e indispensable a ella. Es evidente que en ciertos casos no es posible que se haga el justiprecio al momento de secuestrar, especialmente cuando el secuestro es cumplido preventivamente y produce efectos en el procedimiento ejecutivo, de donde se infiere que, es elemental decirlo, el mentado avalúo verificado con posterioridad al depósito judicial tiene completo mérito.

ART. 1007. — Al hacer el secuestro ordenado sobre bienes muebles que integren el ajuar de la casa de habitación del deudor se le dejan en su poder en calidad de secuestre, sin quitarle la posesión de ellos, y previniéndole que se hace responsable de su conservación bajo las sanciones de la ley penal. Por bienes de tal índole han de entenderse los elementos necesarios para la normal habitación del interesado y su familia y en ningún caso objetos de lujo, que no sean necesarios para ella porque no suplan verdaderas necesidades; así, por ejemplo: los receptores de radio, cuadros y cosas semejantes, pues sobre ellos no existen las consideraciones de humanidad que hacen dejar los elementos del ajuar en manos del ejecutado. Ojalá esos bienes fueran inembargables. Ahora, es impropio comprender dentro del ajuar, para efectos de la disposición tratada, los bienes inembargables (Arts. 1677 C. C. y 1004 C. J.) (v. Arts. 412 y ss. C. P.). Por último, el secuestro termina cuando se disponga el desembargo en el proceso por una u otra causa, o cuando sean rematados los correspondientes bienes y se ordene la entrega al rematante, pues es de manifiesta claridad que no puede subsistir después del remate, por cuanto que de lo contrario éste sería ilusorio, lo que a todas luces es inaceptable.

ART. 1008. — El embargo de inmuebles (Art. 274) se cumple con la inscripción en el Registro (Art. 38, Ley 57 de 1887), la que debe hacerse por el respectivo Registrador tan pronto reciba la comuni-

cación del Juez de la causa, por medio de oficio, en que le dé cuenta de lo ordenado, con copia del auto de embargo, con indicación del proceso en que se haya decretado, del nombre de la propiedad y su situación y linderos, oficio que debe devolverse a la Oficina de origen con la correspondiente nota de inscripción (Art. 39, ib.). Esta inscripción es el verdadero cumplimiento del embargo dispuesto y sin ella se tiene por no hecho (Art. 41), no producido el efecto de colocar el bien a que se refiera fuera del comercio (Arts. 43, ib. y 1521 C. C.).

Al disponerse el embargo debe ordenarse al Registrador que expida, a costa del ejecutante, un certificado en los términos del artículo 635 del mismo Código, por treinta años si es posible, sobre la propiedad del inmueble, es decir, sobre el poseedor inscrito y los gravámenes que soporte, a fin de que en el proceso no se rematen bienes ajenos y de que se conozca a quiénes debe llamarse a él, conforme el C. C. Tal certificación es imprescindible para llevar a efecto el remate.

En el evento de que en dicho certificado aparezca que el poseedor inscrito es distinto del ejecutado, procede decretar oficiosamente el desembargo y la cancelación del embargo hecho, ya que no se justifica conservarlo por no aparecer base para ello y que es conveniente favorecer en esa forma a los terceros. Francamente, no se explica que se conserve un embargo sobre lo que visiblemente no es del ejecutado.

Por lo demás, lo anterior convence de que en los incidentes de oposición de terceros no se debate sobre propiedad (Art. 1021).

ART. 1009. — Fué visto al tratar del artículo 277 que al disponerse el embargo de un crédito debe comunicarse al deudor con el objeto de que produzca efectos y prevenirlo que en adelante se entienda con el secuestre designado, sobre el pago y actos semejantes, pues ese embargo lo retira, entretanto subsiste, por decirlo así, de la administración del acreedor y, en consecuencia, en caso de que se encuentre el documento material que lo acredite debe entregarse también al secuestre, por la bien clara razón de que no se justifica de ninguna manera la conservación suya en manos del acreedor ejecutado o de otra persona distinta al depositario judicial. Igual cosa se hace tratándose de derechos análogos al referido.

Por tanto, es evidente que si el deudor del crédito embargado lo soluciona sin conocimiento del embargo, ninguna responsabilidad contrae ante el ejecutante y terceros.

ART. 1010. — Es propio de la constitución de un censo garantizar las prestaciones a que queda obligado el deudor con la misma propiedad a que se refiera, y de allí que el acreedor o censualista sea titular de la acción real para la efectividad de sus derechos contra el censatario. Por tanto, el ejercicio de ella únicamente da ocasión al embargo de la finca gravada con el censo y no de otras que no sean gravadas con él, a menos que el citado acreedor proponga acción personal, pues entonces sí son embargables esas otras propiedades, ya que el acree-

dor no tiene en su favor sólo la acción real sino que goza de los derechos generales de los acreedores (Arts. 11 y 112, Ley 153 de 1887). Por eso está en el deber de concretar al proponer la acción suya de qué naturaleza es, esto es, si personal o real, o las dos cosas a la vez, porque de lo contrario falta certeza en el proceso, la definición clara del derecho que invoque.

ART. 1011. — Las diligencias de secuestro y avalúo deben ser predeterminadas al igual de las demás, como medio de garantizar los intereses de quienes sean partes en ellas, y de cumplir ordenadamente el impulso procesal. Si no lo son carecen de fuerza bastante para ligar a los litigantes, por el motivo de que la potestad-obligación que los jueces tienen en los procesos no produce plenos efectos sino cuando es desarrollada según un señalamiento legal anterior, en una palabra, con el lleno de las formalidades legales exigidas. En consecuencia, las diligencias de secuestro y avalúo deben hacerse en la fecha y hora señaladas previamente, porque si no lo son adolecen de vicio generante de su ineficacia. El acto procesal es llevado a cabo con normalidad después de ordenado.

A fin de que no se dilate el impulso regular del proceso el Juez de la causa, o el comisionado llegado el caso, tienen poder para proceder en el acto de la diligencia a reemplazar los peritos (Art. 706) y los secuestres que no concurran, lo mismo que para posesionarlos.

Los interesados gozan, en razón de sus derechos, de la potestad de tachar los peritos intervinientes en los juicios (Arts. 708, 709, 434 y ss., 440 y ss.), pero tratándose de designados al verificarse una diligencia, en consideración de que ella no puede postergarse sin mengua de la brevedad y de que no debe desconocerse la predicha facultad de las partes, la oportunidad de proposición de las tachas es dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto que ponga en conocimiento el justiprecio hecho (Art. 719), y en la hipótesis de que prosperen es obvio que lo propio es proceder a nuevo avalúo, porque el hecho en aquellas condiciones carece de eficacia.

ART. 1012. — Cuando se decreta el embargo de bienes cesa la responsabilidad de perjuicios provenientes del embargo y secuestro preventivos ordenados con base en otras disposiciones del Código (Arts. 273 y ss. y 291). Ello significa correctamente que desde el momento en que el preventivo surte sus efectos en el proceso ejecutivo, no se compromete más la responsabilidad del solicitante y su fiador, si es el caso, mejor dicho, que los citados sólo son responsables de los daños causados con la medida preventiva hasta que se tenga la existencia del embargo llamado ordinario y en manera alguna de los ulteriores. De suerte que no es que desaparezca por mera mecánica procesal la obligación ya generada por motivo de la medida preventiva sino que se defina su límite, hasta donde alcanza. Interpretación de manifiesto fundamento que no es posible desconocer sin mengua de elementales principios.

ART. 1013. — En forma similar al artículo 280, preceptúa el

presente que una misma cosa no es embargable varias veces a un mismo tiempo, por efecto del orden y unidad procesales, porque no se explica que ella pueda ser simultáneamente objeto de varias medidas conservatorias que tiendan a un mismo fin, por lo cual se impide al Registrador inscribir nuevo embargo sobre inmueble embargado en la actualidad, en lo que se aprecia una prelación por primacía en el tiempo.

Sin embargo de lo dicho, el principio no es absoluto en sí y en sus consecuencias, como lo prueba lo dispuesto en el artículo 1198. Según éste, verdadera excepción, prefiere el embargo posterior sobre los anteriores por causa del privilegio de que gozan los acreedores hipotecarios (v. C. C.) en frente de quienes los hayan obtenido en ejercicio de la acción personal.

Además, el embargo promovido por la cónyuge en el proceso de separación de bienes (Art. 801) suspéndese por el decretado en el juicio ejecutivo, mientras dura, "...cuando se trata de liquidar la sociedad, las acciones recíprocas de los cónyuges están supeditadas, limitadas por las acciones de los acreedores..." (Crón. J., Nº 271), quienes no deben perjudicarse con ellas, de donde resulta que ningún fundamento sólido tiene negar que el embargo producido entre los cónyuges se subordina al pedido por personas distintas, las que no deben colocarse en situación en extremo precaria en gracia de la cual los cónyuges puedan burlar con la mayor facilidad sus intereses. Lo dicho no se encuentra expresamente en el texto de la ley, pero es la interpretación más justa que quepa hacer aunque pugne con una interpretación puramente literal de ella, en aplicación del principio de justicia que domina la materia procesal.

Pasada la vigencia del embargo del tercero por desistimiento u otro fenómeno del mismo efecto, recobra su imperio el dispuesto entre los cónyuges, puesto que aquél apenas los suspende, racionalmente. Sería incurrir en evidente exageración negar tal cosa sentando la tesis contraria para colocar al cónyuge ante la necesidad de pedir nuevamente el embargo para lograr la protección de los intereses suyos.

En los procesos mortuorios disponen los asignatarios de la atribución de lograr el secuestro de los bienes integrantes de la masa herencial (Art. 904). Ahora, por idénticas razones a las que fueron expuestas, no perjudica a los acreedores hereditarios ese secuestro y el embargo pedido por ellos se practica sin embargo de aquél y produce suspensión de éste en los mismos términos vistos ya.

ART. 1014. — Esta norma hace aplicable al secuestro en el procedimiento ejecutivo lo dispuesto en el artículo 287 sobre el preventivo, en cuanto sea pertinente. Sin que sea demasiado necesaria en atención a la analogía dispuesta en el artículo 203. Por ello cabe dejar cuando se juzgue conveniente, en manos del ejecutado, el establecimiento industrial secuestrado, vender las cosas fungibles, etc.; el secuestre tendrá los deberes de mandatario remunerado y demás.

ART. 1015. — El ejecutante, o los ejecutantes cuando sean varios, disponen de la facultad de solicitar que se prescinda del secuestro de los inmuebles embargados, súplica que no requiere tramitación especial, sino que resuelve de plano por implicar una verdadera renuncia (Art. 15 C. C.) del sujeto inmediatamente interesado en favor de quien se autoriza el secuestro, la que puede ser definitiva, para el resto del proceso, o transitoria, vale decir, por determinado tiempo únicamente. Por eso, al presentarse por el actor el desistimiento del secuestro corresponde ver con detención de qué clase es, puesto que así se define mejor su posición en el proceso y se evitan ulteriores equivocaciones.

Es verdad inconcusa que si en el último intervienen terceristas sin su asentimiento, es impropio acceder al desistimiento del ejecutante principal, porque ellos tienen intereses independientes que no están subordinados al de aquél y ligados al secuestro, consideración bastante para hacer la afirmación que se hace, abstracción hecha de que de lo contrario quedarían sometidos a los entendimientos dolosos entre el ejecutante y el ejecutado.

PARÁGRAFO IV. Caución de saneamiento.

ART. 1016. — El ejecutado goza en justicia de protección de la ley para no quedar sometido a los excesos del ejecutante que embarga más bienes de los necesarios para garantizar el pago de su acreencia, y de allí que disponga de la facultad de prestar caución (Art. 65 C. C.) a fin de que no se embarguen bienes excesivamente, siempre que al hacérsele la correspondiente notificación del mandamiento de pago presente bienes para él, conforme se desprende del numeral 4º del artículo 999. Esa caución debe ofrecerse al momento de dicha notificación y es admisible bajo la condición de que el ejecutado presente bienes para la solución de la deuda y de las costas procesales, y cumple la finalidad de que no se le embarguen otros bienes distintos a los presentados, por ser éstos suficientes para el pago y propios del deudor. El Juez de la causa es quien califica la suficiencia de la caución, luego de admitir su presentación, porque lo sea debidamente, pues si es ofrecida fuera de la oportunidad predicha o sin presentación de bienes, es impropio aceptarla (Art. 999, núm. 5º).

ART. 1017. — El Juez, una vez ofrecida la caución, señala al ejecutado un término preciso (Art. 367) para constituirla, para hacer practicar la diligencia de secuestro y avalúo, para aportar el certificado previsto en el artículo 1008, en el evento de que haya presentado inmuebles, y para acreditar que lo presentado es bastante para la solución de lo debido, bajo la pena, digamos, de que si no se cumple lo anotado el derecho de denunciar bienes que asiste al acreedor, no se restringe entonces, pudiendo, en consecuencia, perseguir otros bienes distintos a los denunciados dentro del proceso por el ejecutado, los dados en caución (prenda, hipoteca) y los del fiador de sanea-

miento. Ello muestra que los demandados han de ser en extremo diligentes en el lleno de los requisitos previstos para que el derecho a otorgar la caución de saneamiento produzca todos sus efectos propios, para que su posición en el proceso no se haga más gravosa.

Con todo, no obstante el cumplimiento de las exigencias propias para gozar de la caución de saneamiento en cuanto impide el embargo de otros bienes del ejecutado, ante la intervención de terceristas es factible que él no goce en un todo de los beneficios derivados de la caución (Art. 1069).

ART. 1018. — El ejecutado, antes de que termine el proceso puede hacer cesar el embargo y secuestro de bienes practicados e impedir los futuros en el mismo, consignando una cantidad suficiente como caución garante de la obligación perseguida y las costas procesales. Hecha la consignación calificada por el Juez del conocimiento como suficiente en el lleno de su objeto, entonces dispone el desembargo, del embargado por cuanto que no obra ninguna razón para conservar éste, pues con el depósito de esa suma queda garantizado el derecho del ejecutante, que es lo que se persigue con la medida conservatoria.

La aludida cantidad se considera embargada y "se entrega al secuestre", expresa el artículo. Parece inaceptable esta parte de él en gracia de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo Nº 1115 de 1940, reglamentario del artículo 7º de la Ley 53 de 1917, que norma la materia de depósitos de dineros por causa de las actuaciones judiciales. No se ve el motivo para que en la actualidad deba entregarse el monto de la caución a un secuestre en lugar de depositarlo en el Banco de la República, en la Caja Agraria, etc., siendo que con el depósito en uno de estos establecimientos se evita la ocurrencia diaria de dolosos entendimientos entre el ejecutado o el ejecutante y el secuestre, que no se generan perjuicios especiales a las partes, que con ello se les da mayor seguridad en sus intereses propios.

Además, nada vale argumentar en contrario de lo expuesto que la disposición del artículo tratado es perentoria, por la clara razón de que expresamente no lo contraría la reglamentación ejecutiva, que tiene suficiente apoyo en las atribuciones generales del Órgano Ejecutivo y en la Ley precitada. Bien estaría aplicarlo antes de existir la mentada reglamentación, pero no ahora, cuando ella existe y es de necesaria aplicación. Por último, no sobra expresar que el depósito en el Banco, en la Caja Agraria o en las Administraciones de Hacienda, se adecúa mejor al principio de economía procesal, porque evita el pago de honorarios del secuestre y con ello mayores gastos en los procesos.

PARÁGRAFO V. Desembargos.

ART. 1019. — El ejecutado en un procedimiento ejecutivo goza de la facultad de pedir el levantamiento del embargo y secuestro que sean indebidos, facultad condicionada a que sea ejercitada por él antes de que sea pronunciada la sentencia de pregón y remate (Art. 1029). De allí que quepa pedir desembargo después de hecha

la citación para sentencia (Art. 394), no obstante las normas generales. Está bien que al ejecutado se provea de medios de lograr la efectividad de los derechos que le concede la legislación, por ejemplo, a que no se le embarguen ciertos bienes (Arts. 295, 1003, 1004; y 1677 C. C.), y por ello se ha mirado el artículo como bastante rigorista al limitar expresamente el tiempo para pedir el desembargo de lo embargado sin fundamento.

Con todo, la jurisprudencia, con un criterio de equidad y justicia ha aceptado que procede pedir el levantamiento del embargo aún después de la sentencia de pregón y remate, pero a condición de que los respectivos bienes hayan sido embargados también después de ella, puesto que si no fuese así se lesionarían visiblemente los intereses del ejecutado, ya que luego de la predicha sentencia el ejecutante puede denunciar bienes y lograr su embargo. Tesis acorde con una correcta actuación y con la igualdad procesal de las partes.

Fuera de toda discusión se ha sentado que no es discutible el derecho del ejecutado para pedir el levantamiento del embargo y secuestro indebidos de sus bienes propios, pero se discute si tiene facultad para pedir el levantamiento de los ajenos. Al respecto, algunos sostienen la afirmativa diciendo que el artículo no hace distinción alguna, que con ello se favorece a los terceros cuyos bienes hayan sido embargados sin su conocimiento y que al ejecutado interesa que el proceso se adelante correctamente.

Empero, parece que la negativa tiene razón de ser por cuanto que si el ejecutado dispone del derecho de pedir la finalización del embargo de bienes ajenos, es factible que entonces recaigan dos actuaciones y dos providencias sobre un mismo asunto, cosa inadmisible. En efecto, la negativa dada a la súplica del ejecutado no impide la posterior petición del dueño sobre levantamiento y de allí que sea claro lo observado. El demandado no representa al tercer dueño y por tanto no se aprecia que tenga interés legítimo el mentado ejecutado para pedir sobre cosa que no es suya. Al tercero no se perjudica con el embargo, en puro derecho, lo que deja concluir que no hay una verdadera base para sostener la afirmativa indicada en el párrafo anterior. El ejecutado tiene interés en el correcto impulso procesal, para que no sea nulo, etc., pero insuficiente para promover la decisión de algo en que no concurra principalmente sino el interés de otro. El funcionario judicial debe tomar las medidas conducentes a que el tercero poseedor se apersone en la actuación (Arts. 1022 y conc.), de donde se infiere que al ejecutado no debe oírse en representación de sus intereses (de aquél), (Art. 1028).

Art. 1020. — Conforme esta norma, idéntica en el fondo al artículo 279, en caso de que al momento del secuestro lo que constituya el objeto suyo se encuentre en poder de sujeto distinto al ejecutado, pero con título derivado de él como el de arrendatario (Arts. 1973

y ss. C. C.), de comodatario (Arts. 2200 ss. ib.), etc., no por ello se impide la práctica de la diligencia, la que entonces se hace simbólicamente, sin despojar al tenedor de su tenencia y previniéndole que continúe entendiéndose sobre lo secuestrado con el secuestre, que entonces viene a reemplazar al ejecutado en cuanto a la restitución y a vedar la intervención del mismo en la administración de lo secuestrado. De forma que el ocupante de la cosa debe tener una relación con el ejecutado, un título precario, como dice el artículo, porque si tiene una situación de derecho independiente en sí, un derecho real sobre el bien de que se trate, ella encaja dentro del siguiente artículo y no en el analizado.

Art. 1021. — Cuando al tiempo de verificarse un secuestro los bienes a que se refiera se encuentren en poder de persona distinta al ejecutado, que no obre en su nombre y que manifiesta tenerlos a nombre propio, no se le despoja de la situación suya sino que se le dejan en su posesión embargados y secuestrados, excepción hecha de que el ejecutante desista de perseguirlos para la efectividad de su derecho, porque entonces no se hace el secuestro dicho, como es obvio. Esto muestra la conveniencia de que el ejecutante concurra a la diligencia, personalmente o por medio de su representante legítimo, a fin de que no se dilate mucho la definición de la situación que se presenta y pueda definirse con brevedad por el conocimiento inmediato de la voluntad suya, de desistir o de insistir en la práctica de la diligencia.

En la práctica de la aludida diligencia, el juez actuante tiene facultad de examinar los documentos que le presenten los interesados, examinar testigos y aun interrogar a dichos interesados, bajo juramento, sobre los asuntos atañederos a definir quién tiene la posesión, facultad contra cuyo ejercicio son improcedentes los recursos comunes, pues trátase de una atribución judicial de actualización sólo dependiente del funcionario actuante. Fuera de lo que resulte de esos exámenes, en el acta que ha de extenderse han de hacerse constar todas las demás circunstancias que se presenten en la aludida diligencia y en especial las concurrentes a definir quién es el verdadero poseedor de las cosas sobre que se practica el secuestro en referencia.

En el evento de que sin embargo de la oposición del poseedor el ejecutante insista expresamente en la verificación del secuestro dispuesto antes, se abre el incidente a pruebas por el término de las articulaciones (Art. 395), conforme a las cuales se tramita después de tal apertura. En él se controvierte principalmente si el opositor es legítimo poseedor cuya posesión deba respetarse.

El régimen imperante en la legislación somete la propiedad inmueble a la inscripción en el Registro, inscripción que acredita el dominio de los bienes de esa clase, que representa la posesión llamada inscrita, en sí diferente a la material que es precisamente la que importa en la calificación de una oposición a una diligencia de

depósito judicial, puesto que la actuación que por ella se surte no puede tener, en buena técnica, otro objeto diferente. De allí que al encontrar existente la posesión material ello basta para resolver en favor del opositor que la tenga, sin que se precise el estudio de la inscrita, pues a nadie se oculta que son distintas.

Por tanto, el fenómeno de la posesión material no desaparece dentro de actuaciones incidentales, por la adución en contrario de títulos escriturarios simplemente ya que aquél es lo que importa en la oposición a un secuestro, para no dar lugar a verdaderos actos de despojo y para no menoscabar la situación del poseedor que la ley quiere proteger. Ciertamente, el artículo en estudio habla de la oposición del poseedor, lo cual deja comprender que dentro de la tramitación que acarrea no se cuestiona sobre dominio, el que escapa a los estrechos límites de los incidentes.

Dicho incidente tiene por finalidad calificar la posesión en sí, como simple fenómeno de consecuencias jurídicas, si el poseedor que hace oposición lo es sin vicio de violencia o clandestinidad en la actualidad, esto es, el momento de irse a verificar el correspondiente secuestro, lo cual debe ser así para no dar ocasión a que por medio de una simple ordenación del depósito judicial quepa suplir caprichosamente las acciones especiales y las ordinarias, que en realidad corresponda ejercitar contra el poseedor que haga oposición y para finalizar su situación. Si la decisión del incidente es desfavorable a los intereses del tercer opositor se ordena verificar el secuestro de que se trate con la entrega del respectivo bien al secuestre designado (Arts. 883-552), se le imponen las costas del incidente en la hipótesis de que su actuación sea temeraria, requisito este indispensable para condenarlo a ellas (Art. 575) y una multa de diez a mil pesos, de acuerdo con la importancia del negocio. No dice la disposición tratada en favor de quién es impuesta esa multa, pero es fundado sentar que lo es en pro del ejecutante, quien es perjudicado con la oposición infundada, afirmación que está en armonía con lo dispuesto en otra parte del artículo comentado.

Si la calificación de la oposición es favorable a quien la haya hecho se finaliza el secuestro, se condena al demandante a las costas, si es temerario, y se le impone una multa en favor del opositor, en las mismas condiciones preindicadas.

No obstante lo último, el ejecutante dispone de la facultad de insistir en la persecución del derecho que tenga el ejecutado en lo poseído por el tercero, para que en relación con el mismo subsista el embargo, otorgando previamente caución garante de los perjuicios que con ello cause, en la forma y plazo que señale el juez de la causa, pues aunque el artículo no hable expresamente de ese señalamiento es claro que la cuestión no puede dejarse sujeta a una indeterminación completa. Prestada la caución exigida se hace el avalúo del derecho que tenga el ejecutado y luego se procede al remate correspondiente, sin perjuicio del tercero y de allí que él directamente no

lo perjudique. El rematante podrá entonces accionar contra el tercero en razón de los derechos del ejecutado, en acción ordinaria o en otra que sea apropiada, con lo que se busca por la legislación poner vallas a actuaciones maliciosas de falsos poseedores y que a la posesión se dé el verdadero alcance que tenga, en relación con los derechos de los poseedores.

ART. 1022. — Dispone el artículo que si los bienes materia del secuestro se encuentran en manos de sujeto distinto del ejecutado y que manifieste tenerlos a nombre de otra persona y no en el propio, el funcionario actuante está en el deber de tomar las medidas conducentes para que esa otra persona se apersone en el juicio y de demorar la apertura a pruebas del incidente por el lapso de diez días hábiles más el de la distancia (Art. 373), en caso de que la diligencia sea practicada por medio de comisionado (Arts. 133 y ss.). Entre esas medidas está la de noticiar a la mentada persona, por medio de notificación personal (Art. 312), la diligencia, no propiamente para que intervenga ampliamente en el proceso sino para que lo haga en el incidente que motiva el secuestro, pues no resulta que a ella la asista un interés que autorice una intervención que cabe llamar general. En consecuencia, tal intervención se concretará a formular o no oposición a la práctica del secuestro, porque no resulta que deba comprender asuntos distintos, que tenga otro objeto.

Omite el artículo tratado decir qué se hace en cuanto al secuestro mismo, pero este vacío se llena teniendo en cuenta lo dispuesto en el 278, de donde se desprende que entre tanto interviene la persona extraña y se define su intervención, al tenedor del bien debe dejársele en calidad de secuestre, forma que mejor consulta los principios reguladores de la materia cuestionada. Ahora, en la definición de esa intervención se obra análogamente a lo visto en los artículos anteriores.

ART. 1023. — Establece este artículo que toda persona distinta del ejecutante dispone de la facultad de demandar el levantamiento del secuestro de bienes que se haya practicado, antes de verificarse el remate de ellos, otorgando caución (Art. 65 C. C.) garante de los perjuicios que cause al ejecutante y a los terceristas con su actuación y alegando que tenía la posesión (Arts. 762 ib.) de ellos al momento de ser verificado aquél. Empero, el uso del vocablo "alegando" por el artículo en estudio, está lejos de significar que bastan las meras aseveraciones que haga el peticionario del levantamiento y el lleno de los otros requisitos relacionados, para que logre éxito en su pretensión, por cuanto que el artículo referido no debe aplicarse literalmente sino en armonía con los principios comunes, para no dar ocasión a las mayores arbitrariedades y abusos, en conformidad con la doctrina sentada por los autores que se han ocupado del asunto y por la jurisprudencia.

Busca la legislación no lesionar con los secuestros los intereses y

derechos de quienes tengan la calidad jurídica de terceros y que tengan también la posesión de los bienes materia de ellos, o aun la sola tenencia material acompañada de la pretensión de derechos a conservarla (Arts. 278, 279, 1020, 1021, 1022 C. J.), lo que en sí constituye un sistema de aplicación general que no debe quebrarse interpretando y aplicando la disposición precitada con criterio meramente exegético y sin armonizarla con otras de la ley procedimental. Precisamente, el artículo 293 del C. Judicial, que habla del levantamiento de secuestro, en su numeral 5º al tratar del pedido por terceros exige perentoriamente que sean poseedores, de donde se infiere que para que un sujeto pueda invocar con éxito la aplicación del artículo 1023, ya mencionado, es preciso que acredite el carácter de poseedor del bien de que se trate.

En verdad, no existe ninguna razón de peso para admitir que para levantar un secuestro dado baste la simple aserción de ser poseedor al tiempo de practicar dicho secuestro. En sana lógica, no es posible hacer diferencias esenciales entre las dos normas aludidas y a fin de sentar una tesis contraria a la que exponemos, porque falta base eficaz para ello.

Por otra parte, si se aceptase que únicamente con la petición de levantamiento antes del remate de bienes y con el otorgamiento de la caución exigida basta para acceder a él, la eficacia de los derechos de los acreedores ejecutantes y terceristas sería mera ilusión en la práctica, lo que pugna con los principios básicos del procedimiento. Es sabido que en las actuaciones particulares ante el Órgano Judicial lo que importa primariamente es la existencia de un interés jurídico de que sea titular quien las promueva, el que las legitima y sustenta y, en realidad, tratándose de secuestros, el interés de los terceros surge de la calidad de poseedores de lo secuestrado a la época de serlo, causa eficaz para que proceda sentar que es insuficiente la mera alegación de posesión para obtener la finalización del secuestro.

Además, el artículo acotado ordena la tramitación de articulación, luego de otorgarse la caución requerida, para resolver sobre el levantamiento suplicado, lo cual también obra en apoyo de la interpretación que aquí se hace, puesto que si no fuese preciso acreditar en forma satisfactoria la posesión, sobraría por carencia de verdadero objeto esa tramitación dispuesta, sin que valga argumentar en contrario, que entonces la constitución de la caución mencionada es inútil, puesto que fuera de asegurar los perjuicios que se causen por la suspensión del remate que lógicamente acarrea la súplica del levantamiento, etc., tiende a garantizar la seriedad de dicha súplica y a hacer viable la actuación necesaria para decidirla.

Finalmente, se anota que una vez presentada la petición de levantamiento, en tiempo oportuno, ya que si no lo es debe desecharse de plano (Art. 394), el juez del conocimiento dispone que se preste la caución, señalando al efecto término para ello y la cuantía, acto

que debe cumplirse antes de la tramitación de la articulación respectiva, pero cuya omisión no entraña nulidad y que puede cumplirse en todo caso antes de proceder al levantamiento que se haya suplicado.

La aludida articulación, que se tramita con audiencia del ejecutante, de los terceristas y del ejecutado, es desde luego un medio eficaz de los terceros proteger sus intereses y reemplaza a las llamadas tercerías excluyentes que contenía la anterior legislación.

ART. 1024. — Según el artículo, los bienes desembargados por no pertenecer al ejecutado o por estar la posesión de ellos en manos de otras personas, pueden embargarse y secuestrarse de nuevo, por adquisición posterior de su dominio que haga dicho ejecutado por cesación de la posesión de las personas distintas y en favor del mismo, pues en esos supuestos cesa la causa que impide que sean embargados y secuestrados, y no hay ninguna razón para que se vede a los acreedores perseguir en ellos sus acreencias. Cesando la causa cesa el efecto. Por tanto, al denunciarse bienes desembargados con anterioridad debe aparecer de autos el acaecimiento de lo anotado antes, por cuanto que de lo contrario es impropio acceder a lo que pida el denunciante, ya que antes se tiene en el proceso un estado definido que no debe desconocerse en sí ni en sus consecuencias y de allí la base para que deba exigirse la aludida prueba.

PARÁGRAFO VI. — Excepciones y apelaciones.

ART. 1025. — Desde que se notifica el mandamiento ejecutivo hasta que se ejecutorie el auto de citación para sentencia (Art. 1029), el ejecutado dispone de la facultad de aducir sus medios de defensa, conocidos comúnmente con el nombre de excepciones, las que ya fueron vistas (Arts. 328 ss.). Ese derecho únicamente puede ejercitarse una vez, por lo que no se hace diferencia especial en cuanto a la proposición de las dilatorias y de las perentorias, o sea, las primeras no se proponen en el término de contestación de la demanda como se hace en los procesos ordinarios y separadas de las perentorias; todas ellas deciden en la sentencia que se dicta, de donde se desprende que su estudio es único y no previo al desarrollo de la *litis contestatio*.

A diferencia de la legislación anterior, la vigente no hace enumeración taxativa de las excepciones que son viables en el proceso ejecutivo, evitándose así equivocadas e infundadas exclusiones que privaban a los ejecutados de justos medios de defensa. De suerte que en la actualidad todas las excepciones son viables bajo condición que sean propuestas dentro del período preindicado, pues si lo son fuera de él han de desecharse de plano por improcedentes (Art. 394). El ejercicio de los derechos del litigante en un proceso cualquiera está subordinado a que lo sea en las oportunidades preindicadas en la legislación normativa de la actuación judicial por el orden preclusivo que domina el procedimiento.

Lo importante en la proposición de excepciones no es la denominación que de ellas haga el proponente sino la indicación clara de los hechos y actos jurídicos que las apoyen, a fin de que haya certeza en el asunto materia de la decisión posterior, pues la clasificación de derecho de las mismas es función propia del fallador, que no tiene por qué acogerse a la que haga el litigante que las formule. Por eso en el evento de que la proposición suya adolezca de vaguedad o falta de certeza es lo mejor que el funcionario actuante devuelva al proponente el correspondiente escrito para que concrete mejor sus pretensiones. A propósito de lo cuestionado ha sentado la H. Corte "...cuando se declara una excepción debe claramente nominarse o señalarse el hecho que la constituye, pero no puede deducirse en abstracto y sin limitación alguna. La excepción perentoria es cierto que la constituye todo hecho en virtud del cual la ley desconozca la existencia de la obligación o la declara extinguida si alguna vez existió, pero que una defensa de esa naturaleza pueda deducirse cuando está probada, debe para determinarse, o con su nombre o con el hecho que la constituye, porque de otro modo quedarían las partes en una situación indefinida o ambigua" (G. J. Nº 1943, pág. 617).

La proposición de las excepciones es esencial para que puedan ser declaradas, porque el artículo 343 del C. Judicial es inaplicable en el incidente de excepciones del juicio ejecutivo, que tiene una reglamentación especial. El deudor, según el artículo 1025 del mismo Código, sólo puede proponer en el juicio ejecutivo excepciones por una sola vez, y éstas han de consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. De manera que el ejecutado debe proponer de una vez en el memorial de excepciones, todos los hechos exceptivos que crea tener a su favor; más tarde serán extemporáneas y por ende inadmisibles (G. J. Nos. 1957 y 1958 pág. 687, 1917, pág. 381.)

Con todo, tratándose de ciertas ejecuciones, el ejecutado únicamente puede proponer las excepciones de nulidad de la obligación, falsedad del instrumento en todo o en parte, pago o error de cuenta, en relación con la prenda comercial (Ley 26 de 1922, Art. 15); o las de pago efectivo y error de cuenta tratándose de ejecuciones de los bancos hipotecarios (Art. 14 núm. 2º ordinal d) Ley 57 de 1931), y la de falsedad del título ejecutivo en un todo o en la parte sustancial, pago o error de cuenta en las ejecuciones relacionadas con la prenda agraria (Art. 19, Ley 24 de 1921.)

El incidente ocasionado por la formulación de excepciones no suspende el curso regular del procedimiento en que es hecha y, por tanto, no impide la práctica de los embargos, los secuestros, avalúos y demás (Art. 1189.)

ART. 1026. — Admitido el escrito de excepciones por ser presenciado oportuna y correctamente, se corre en traslado al ejecutante

por el lapso de tres días. La notificación del auto que lo ordena no tiene que ser personal y basta que lo sea por medio de anotación en estados (Art. 310.) Corrido el traslado, en el evento de que las excepciones no impliquen un asunto de mero derecho, dispónese la recepción a pruebas del incidente por un período de quince días hábiles (Art. 366), prorrogable por súplica del ejecutado, cuando el ejecutante no haya absuelto las posiciones que se hayan ordenado, hasta tanto las absuelva o sea declarado confeso (Art. 372.) En materia de las pruebas del incidente toca al excepcionante aportar las que acrediten las excepciones suyas y al ejecutante las que las infirmen, ya que sobre el particular operan en toda su plenitud los principios sobre la carga probatoria (Arts. 210, 593 ss. C. J. y 1757 ss. C. C.) sin que haya motivo para negarlo.

Pasado el término del traslado o el probatorio en su caso, el Secretario debe poner el negocio al despacho del juez (Art. 356) para que pronuncie la correspondiente sentencia dentro de los ocho días siguientes (Art. 375), la que es en derecho y con base en los elementos de convicción aportados por las partes y sus alegaciones escritas.

En el evento de que ella sea favorable al excepcionante dispone la cesación del procedimiento, el desembargo y levantamiento del secuestro practicado e impone el pago de las costas al ejecutante. Trátase de una condena debida al hecho objetivo de fracasar en el proceso, que no requiere apoyo en la estimación de temeridad que sí se requiere en otros casos (Art. 575). En el caso contrario al relacionado, corresponde ordenar que se lleve adelante la ejecución e imponer las costas del excepcionante.

Es factible que las excepciones propuestas sólo prosperen parcialmente, v. g., si se reconoce un pago parcial y en esa hipótesis siempre procede resolver que se lleve adelante la respectiva ejecución, pero en aplicación de la doctrina del artículo 210, es propio condenar al ejecutante a la solución de lo invertido útilmente por el ejecutado en la demostración del pago suyo, lo que pone coto a la corruptela común de demandantes inescrupulosos que ejecutan por más de lo debido realmente.

Art. 1027. — Por razones de equidad y en atención a ciertos vínculos que ligan a los ejecutantes y a los ejecutados, aquéllos son obligados a conceder a éstos el llamado beneficio de competencia, que consiste en que no son obligados a cubrir sus obligaciones con aquellos bienes precisos para una subsistencia decorosa y de acuerdo con su posición social (Arts. 1684 ss. C. C. y 14, Ley 95 de 1890.) Ese beneficio debe reconocerse en la sentencia que disponga llevar adelante la ejecución, por la proposición oportuna de la excepción a que da lugar. Una vez reconocido en ella, se ordena la intervención pericial (Arts. 705 ss.) a efecto de señalar lo que deba dejarse en manos del ejecutado por motivo del aludido beneficio.

Él es una limitación del derecho del ejecutante quien ante su

existencia no tiene facultad de perseguir los bienes necesarios para la efectividad del ya mencionado beneficio, el que de suyo es transitorio en sí y en sus consecuencias, de duración hasta tanto el ejecutado mejore de situación económica que permita el pago de lo debido con sus bienes, sin lesionar lo requerido para una subsistencia congrua.

Por ser condicionado ese beneficio, la adquisición posterior por el ejecutado de bienes más que suficientes con qué atender a su subsistencia y de su familia, o por la variación de las circunstancias que hagan posible atender a dicha subsistencia con los bienes dejados por aquél y que por vengan a sobrar, o sean excesivos, surge en favor del ejecutante la facultad de perseguir ese exceso denunciándole para que sea embargado y secuestrado para la efectividad de su acreencia, siempre que no sea inembargable por ese concepto.

Por lo demás, el beneficio de competencia es por sí incompatible con el derecho a alimentos (Arts. 1686, 411 ss. C. C.), de donde se infiere que quien demanda alimentos no puede pedir al mismo tiempo al otro beneficio ni a la inversa.

ART. 1028. — Si el ejecutado propone la excepción derivada del beneficio de inventario (Art. 935 C. J., Art. 1304 ss., 1411 inc. 3º C. C.) es indicado ordenar, si se reconoce su existencia en la sentencia que se pronuncia, la cesación de la ejecución con respecto a los bienes suyos y que no pertenezcan al causante, el desembargo, el levantamiento del secuestro y la entrega con relación a los mismos, lo que integra la consecuencia propia del mentado beneficio, siempre que aparezca de los autos cuales son tales bienes, pues si ello no aparece, el medio propio del beneficiario promover la defensa de sus intereses con el reconocimiento del beneficio de inventario es el de proponer el incidente previsto en el artículo 1019, en el que para lograr su propósito lleva la carga de establecer que realmente lo embargado es suyo con independencia del causante. Es notorio que la omisión de tal demostración implica su fracaso ya que el ejecutante no carga con el deber de aducir la prueba contraria, máxime si se toma en cuenta la forma como se obtiene el embargo en las ejecuciones y antes.

ART. 1029. — Una vez cumplidas a cabalidad las diligencias de embargo, secuestro y avalúo de bienes, si no han sido propuestas excepciones o si las propuestas no prosperan en la sentencia dictada sobre ellas, es el momento propicio para dictar el auto de sustanciación (Art. 463, núm. 3º) por medio del cual se hace la citación para sentencia de pregón y remate, cuya ejecutoria hace improcedentes las excepciones que sean formuladas ulteriormente, las que en todo caso pueden formularse antes. Verificada esa ejecutoria, sin proposición de excepciones, se dicta sentencia dentro de los tres días siguientes ordenando el remate de los bienes embargados (a condición de que no sea dinero lo embargado (Art. 1033) ni sueldo, renta

o pensión (Art. 1034) porque si lo es, lo apropiado es ordenar simplemente que siga la ejecución adelante), que con su producto se cubra la acreencia perseguida y condenando al ejecutado a las costas del procedimiento si antes no se ha hecho esa condena (Art. 1026), en pro del ejecutante, de viabilidad que no requiere la demostración especial y cierta de temeridad (Art. 575.)

Trátase de una verdadera sentencia, en el sentido y alcance que da la legislación procesal al vocablo, motivo bastante para que en su contra únicamente proceda el recurso de apelación, y para que tenga que ser motivada con argumentaciones de derecho aún cuando no sea el resultado de un proceso amplio como lo es el ordinario.

ART. 1030. — La sentencia de excepciones y de pregón y remate (Art. 1029) no funda entre las partes la excepción de cosa juzgada (Art. 474), y de allí que quepa su revisión por la vía ordinaria (Art. 734 ss.), análogamente a la que se dicta en procesos especiales sobre servidumbres (Art. 876). Entre tanto no sea hecha la revisión y revocación de ella mediante el proceso ordinario es evidente que define una situación de derecho, cuyo reconocimiento se impone por sí y que por su naturaleza no debe desconocerse sin operarse la revisión aludida, de donde viene en conclusión que es erróneo negar a tal sentencia completos efectos por ser pronunciada en proceso especial simplemente. La revisión de ella es posible, como no lo es de otras, por el modo bastante estrecho como es adelantado el procedimiento ejecutivo, en el que se ejercita propiamente la jurisdicción llamada de ejecución o coacción por oposición a la apellidada de conocimiento.

No sobra expresar que así como es revisable en vía ordinaria la sentencia citada, lo es también el auto interlocutorio que declara válido el pago, según los sólidos argumentos expuestos por la jurisprudencia (G. J. Nos. 1909 y 1910, pág. 685.)

La sentencia en estudio lo es en realidad (Art. 466 núm. 1º), de donde se infiere que por ser revisable no es lógico considerarla similar a un auto interlocutorio y sostener contra ella el recurso de reposición, porque decide sobre el fondo real del proceso ejecutivo, calidad que basta para considerarla como tal (G. J. Nº 1928, pág. 680.) Su objeto más propio es el de acelerar el proceso a fin de que con el remate de bienes posterior se satisfaga al acreedor, autorizando tal remate.

La posibilidad de revisión se debe también, fuera de lo ya anotado, a que el deudor disponga de una oportunidad más amplia de acreditar la extinción de la deuda, tanto más cuanto que ya no se permite incidente sobre pago antes de hacerse dentro del procedimiento ejecutivo, sino con la proposición de la excepción antes de la citación para sentencia, incidente que sí se permitía en la legislación anterior.

ART. 1031. — Los autos interlocutorios (Art. 466, núm. 2º) dictados en los procedimientos ejecutivos son recurribles por el ejecu-

tante en el efecto que quiera, en el suspensivo o en el devolutivo (Arts. 490 ss.), motivo para que al interponerlos se le exija que concrete su voluntad al respecto, por cuanto que en esa forma se consigue una certeza procesal necesaria, y las apelaciones de autos interlocutorios que proponga el ejecutado únicamente en el efecto devolutivo, lo que a primera vista parece desconocer la igualdad procesal suya, parecer que desaparece analizando la naturaleza propia del proceso de que se viene hablando, pues parte de la base de un derecho propio del primero, que se reputa existente, y la razón que hay en no permitir al segundo dilaciones opuestas a la brevedad que inspira tal proceso.

Al contrario de lo anotado, las providencias interlocutorias dictadas sobre desembargos y oposiciones a los secuestros, previstas en los artículos 1019 a 1023 inclusive, son apelables por los interesados en el efecto suspensivo, por referirse a incidentes que no suspenden directamente el curso del proceso. De igual modo son apelables las sentencias de excepciones (Art. 1026) y de pregón y remate (Art. 1029.)

A propósito de las apelaciones, es de lugar expresar que es impropio conceder y conocer de la interpuesta por uno solo de los litigantes antes de que los otros hayan dejado pasar la oportunidad de interponerlas, porque no consulta la unidad y orden de la actuación procesal que sobre un mismo asunto recaigan varias providencias y que se dé margen a que sean contradictorias, con menguas de su autoridad. Por ello, si una providencia de importancia para varios de los interesados es apelada por uno de ellos antes de que transcurra el tiempo para hacerlo los otros y concedido el recurso, el superior debe abstenerse del conocimiento del fondo de él hasta que pase la oportunidad del ejercicio del derecho de los otros nombrados (Arts. 350 y 502.)

ART. 1032. — Empero de lo preceptuado en el artículo anterior si el mandamiento ejecutivo se libra para el cumplimiento de una obligación de hacer, de entregar un cuerpo o especies indeterminadas de un género, el término para cumplir ese mandamiento se considera suspendido por la interposición oportuna del recurso de apelación en su contra. Por otra parte, no se debe proceder en ningún caso al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté en firme el auto de pago (Art. 499), en consideración de que ésos son actos que por sí causan gravamen irreparable o una situación poco menos que imposible de modificar, volviendo las cosas al estado anterior suyo. La posible revocación del mandamiento hace por sí carente de completa estabilidad la orden de pago, consideración bastante para que no sean cumplidos sin ella los actos que son su consecuencia normal, etc.

PARÁGRAFO I. **Remate de bienes y pago al acreedor.**

ART. 1033. — Una vez que reciba el sello de la ejecutoria la sentencia ordenadora de que se lleve adelante la ejecución (Arts. 1026 ss.), corresponde hacer la liquidación del crédito demandado, junto con sus accesorios y costas, la que es hecha de acuerdo con los artículos 577 y siguientes, a la mayor brevedad posible, sin dar ocasión a dilaciones inconvenientes por todo aspecto y que contrarían la celeridad inspiradora del procedimiento ejecutivo. Ésa es la oportunidad propicia de verificar la aludida liquidación, ya que el hacerla antes sería impropio por no contemplar un estado procesal que la sustente dándole certeza. En efecto, antes de esa sentencia no se conocen bien las costas causadas por agencias en derecho y otros conceptos, consideración que relieva la base de lo expuesto, pues no se justifica en manera alguna el hacer una liquidación que lleve en sí serias causales de deficiencia.

En firme la correspondiente liquidación es cuando es indicado ordenar la entrega del dinero embargado, al acreedor, hasta concurrencia de lo debido. A nadie se oculta que antes de lo dicho es marcadamente impropio hacer entregas al último no obstante la oposición del demandado, por cuanto que dicha liquidación es la clave que prácticamente viene a determinar el monto de su acreencia y para no generar situaciones insólitas, como la de que el acreedor mentado reciba más de lo que realmente se le deba en perjuicio del deudor, etc.

En el caso de que haya terceristas resalta con mayor claridad que es impropia la entrega del dinero embargado a cualquiera de ellos antes de la liquidación de sus créditos, porque ella los define en su alcance. Aparece más sólido lo dicho si se tiene en cuenta que los acreedores pueden hacer posturas por cuenta de sus créditos, los que deben ser determinados antes para descartar situaciones equívocas y perjudiciales. Esas posturas se dirigen a obtener el pago por medio del remate, y de allí que sea menester la previa determinación de lo debido, para la solución de la acreencia en forma correcta (art. 1048).

ART. 1034. — Si lo embargado es sueldo, renta o pensión, el funcionario de la causa está en el deber de librar el correspondiente oficio para que se entregue al acreedor lo retenido, y en adelante se le continúe entregando lo que se retenga hasta cubrir el monto de la suma a que haya sido condenado el ejecutado. En el evento de que se haya retenido por error y otra causa más de lo que legalmente es embargable (art. 1004), es de completa razón que no se entregue al acreedor sino el total de lo que puede embargarse, pues así se evita la fácil burla de disposiciones legales de marcado interés social y se obra con todo fundamento para no reconocer consecuencias jurídicas a una situación ilegal por sí y contraria a las normas de equidad y justicia. Por idénticos motivos, en el futuro no debe

retenerse por concepto del embargo una cantidad mayor que la autorizada por la legislación.

Con relación al artículo tratado es de lugar anotar que él no se cumple, en el caso de tercerías, sino una vez en firme la sentencia de graduación de créditos (art. 1068), ya que si no fuese así uno de los acreedores podría recibir más de lo que en realidad le corresponde.

Tampoco cabe entregar las sumas retenidas al acreedor cuyo derecho ha sido embargado (art. 282) antes de que sea levantado el embargo, pues si subsiste lo propio es noticiar al Juez que lo decretó que existe dinero depositado para que resuelva lo conducente.

ART. 1035. — Cuando lo embargado es una cosa determinada por ser ella la debida al acreedor lo indicado es ordenar su entrega. Si ha sido secuestrada, lo lógico es comunicar al secuestre la correspondiente orden a fin de que la lleve a efecto, pues es una de las obligaciones naturales del cargo y a la que no puede sustraerse arbitrariamente, sino en los casos en que esté autorizado para ejercitar el derecho de retención (arts. 2274, 2253 y conc. C. C.). Con todo, puede hacerse la entrega directamente por el Juez, sin que procedan contra ella oposiciones de presuntos poseedores (arts. 552, 882 y ss.) porque el secuestro real coloca la respectiva cosa bajo su dependencia, digamos, y es excluyente de la posesión de terceros. Empero, sobre la entrega no debe olvidarse lo anotado al final del comentario del artículo precedente.

Fuera de la orden de entregar debe ordenarse, si es el caso, que se rematen bienes para la solución de las prestaciones en dinero y las costas que se causen, pues en el proceso ejecutivo por la entrega de la cosa principalmente debida no desaparecen las otras obligaciones, como la de intereses y costas, cuya solución también se persiga sobre otros bienes del ejecutado.

ART. 1036. — Vimos al estudiar el artículo 1008 que en los ejecutivos debe ordenarse la expedición de un certificado sobre el poseedor inscrito del inmueble embargado y los gravámenes que soporte. Ahora, si de él resulta que ese inmueble carga con hipotecas debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2452 del C. Civil, que ordena que se cite personalmente a los acreedores hipotecarios, a fin de que hagan valer sus derechos y de que contra el rematante no pesen ya las hipotecas suyas, mejor dicho, para que se opere su extensión. No fija la norma procesal en qué momento y forma pueden presentarse los acreedores hipotecarios a reclamar la efectividad de sus derechos, pero es lógico pensar que es medio procedente de hacerlo introduciendo demanda de tercería (arts. 1062 y ss.) o promoviendo directamente proceso de venta o adjudicación del bien hipotecado (arts. 1189 y ss.) en el que el embargo y secuestro ponen fin a los dispuestos en el juicio ejecutivo con acción personal (art. 1198).

No parece que la omisión del artículo estudiado sea subsanable

fijando por el Juez un término preciso para que se presenten los mencionados acreedores, fórmula que proponen algunos, por cuanto que lo esencial es que sean notificados en la forma ya dicha, pues así se llenan los fines de la disposición. Esa notificación no suspende el curso de la actuación que se adelante y en que es hecha, circunstancia que permite concluir que no es preciso el señalamiento sugerido, máxime que el Juez no tiene atribuciones para hacerlo. Los acreedores saben cuándo conviene más a sus intereses la intervención suya, la que no es esencial en los procesos propuestos por otros, de donde cabe inferir que no hay por qué señalar plazo de comparecencia, tanto más que el remate apenas extingue la hipoteca y no el crédito mismo a que acceda (v. C. C.).

ART. 1037. — Ante la ocurrencia de que el embargo y secuestro dispuestos hayan recaído sobre bienes distintos a los debidos directamente al acreedor (art. 1035), se anuncia al público la fecha y hora del remate, que no puede ser hecho antes de diez días, incluídos los inhábiles, tratándose de bienes muebles, o veinte si lo que ha de rematarse son inmuebles. El plazo primeramente indicado es susceptible de reducción prudencial por el Juez si las cosas muebles son corruptibles o que pueden mermar, por uno u otro motivo, en lo que armoniza el artículo con el inciso tercero del artículo 287 y el artículo 1014. Empero, parece poco aplicable en la práctica la referida reducción por la bien clara razón de que cuando ocurre la oportunidad normal de remate las cosas corruptibles ya deben estar vendidas.

Los plazos mencionados son distintos, al parecer debido a las distintas clases de bienes, y un poco más amplios que los de la legislación anterior. Ellos comprenden los días de vacancia judicial (arts. 181, 369), es decir, éstos no se descuentan de los primeros como en los otros negocios, para no embarazar con dilaciones el pago perseguido en la respectiva ejecución.

Propónese el interrogante de si en estas publicaciones entra en juego únicamente el interés particular de los litigantes y si son susceptibles de renuncia por ellos (Art. 15 C. C.), o si entra también en forma directa el interés público por lo que no pueden renunciarse (art. 16 *ib.*). El asunto ha recibido soluciones en uno y otro sentido, aun en la Jurisprudencia de la Corte no ha sido estable sino contradictoria (G. J. Nº 1943, 1957 y 1958.) En nuestro modesto sentir consideramos que sí son renunciables, por todos los interesados capaces, las aludidas formalidades, pues se apoyan en el fin de proteger de manera inmediata los intereses del ejecutado y del ejecutante, creando la posibilidad de que concurra a la subasta mayor número de postores y se realice en mejores condiciones para aquéllos el remate. Trátase de una renuncia similar a la que se hace de los términos, de los recursos y demás, por sí viable y efectiva.

En principio, en la observancia general de las ritualidades pro-

cesales hay un interés público que se actualiza con la nulidad (arts. 448 y ss.) de los procedimientos cuando no son llenados debidamente, en especial porque no se da las suficientes garantías a las partes y de allí que ellas dispongan de la facultad de renunciar lo que las favorezca, puesto que expresa y concretamente no lo veda la ley, como veda la enajenación de bienes embargados, la transacción sobre el estado civil de las personas, etc.

El interés público o social se actualiza en cada caso de modo que en éste se comprometa aquello que importa en general a la Sociedad y al Estado como personificación de ella, verbigracia: la competencia funcional que no puede ser variada por simple voluntad de las personas particulares, la satisfacción de una necesidad imperiosa de utilidad a la respectiva sociedad, el cumplimiento de las normas que prohiben la sujeción en el Estado al imperio de la jurisdicción de otro distinto, etc. Estos ejemplos muestran que en nada es análoga a ellos la renuncia de que se viene hablando, argumentación que hace valedera la tesis expuesta.

En verdad que es bien difícil de precisar un concepto de interés social porque él es bastante vago, pero sin embargo, de allí no cabe la deducción de que el mismo impide la acotada renuncia. Absurdo sería negar que el ejecutado tiene el derecho de transar con el ejecutante y en gracia de ello hacerle una dación en pago de lo embargado, con el desistimiento del procedimiento, acto de más significación jurídico-procesal que la renuncia comentada, en lo que se relieva que aquel interés no tiene cristalización en cuanto a ella. Es errado negar la viabilidad de un acto de menor importancia que otro de mayor que sí lo sea y a que estén vinculadas las mismas personas.

El interés público se manifiesta en la protección que la legislación brinda a los terceros (art. 476), pero esa protección o su necesidad no aparece en manera alguna con la publicación y fijación de carteles, porque los que deben ser llamados al proceso lo son personalmente (art. 1036). Mejor dicho, con la omisión de ellos no se les genera perjuicio a los terceros, que es lo importante, por ser extraños, de donde se infiere que es fundado sostener la procedencia de la renuncia ya varias veces mencionada. La publicación aludida es distinta a la prevista en el artículo 1065 que sí es un verdadero llamamiento a los terceros (art. 1066), en la que sí puede estimarse comprometido el interés público, y de allí lo razonable de nuestro aserto.

Por último, anotamos que presentada la renuncia por todos los interesados en el procedimiento, de manera unánime, debe admitirse por el Juez de la causa, salvo que algunos interesados no la hagan, porque entonces no son ligados por ella y de allí que no deba reconocérsele completo efecto en el litigio.

ART. 1038. — El anuncio de la licitación es hecho por medio de carteles indicativos de la fecha y la hora en que ha de principiar,

de los bienes materia de ella y del avalúo que le sirva de base, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo que con relación a las naves estatuye el artículo 35 del Código de Comercio Marítimo, o sea, el anuncio del remate durante dieciocho días, por carteles y en periódicos, pregones por espacio mínimo de tres horas en los días primero, sexto, doceavo y décimooctavo, fijación de los carteles en los lugares acostumbrados en donde se siga el procedimiento, en donde se encuentre la nave si es distinto al anterior y en la puerta principal de la capitanía de puerto, constancias en los autos de las fijaciones y los pregones bajo sanción de nulidad y del pago de daños y perjuicios.

Los carteles enumerados al principio se fijan en el Despacho del conocimiento y en tres de los parajes o puntos más concurridos del Municipio en donde se actúe y se publican en periódicos de la localidad, en el supuesto de que los haya. De todo ello debe asentar el Secretario las constancias en el expediente y agregarle al mismo un ejemplar del periódico en que se publique el aviso.

Al respecto tenemos la siguiente jurisprudencia: "La ley no exige precisamente como comprobante de que los carteles para el remate duraron fijados cierto tiempo el que haya la constancia de las notas de fijación y desfijación firmadas por el Secretario. Lo que exige es la duración misma, de la cual no hay, pues, motivo para dejar de oír otras pruebas. Generalmente se ponen esas notas... Pero de no haber firmado la segunda no puede deducirse como conclusión obligada que la desfijación fuera anterior a la fecha de la nota..." (G. J. Nº 1943, pág. 472.)

"Para que sea válido el remate de bienes raíces, es indispensable que en los anuncios respectivos se detallen por su situación, linderos y demás circunstancias que los den a conocer con precisión, de acuerdo con los artículos 1038 y 1041 del Código Judicial. Si carecen de esas circunstancias los avisos, el remate es nulo según el número 2º del artículo 451 del mismo Código." (G. J. Nº 1943, pág. 474.)

"...No tiene el carácter de irregularidad procedimental la fijación de los carteles o avisos de anuncio al público antes de la notificación del auto en que se señaló fecha para el remate, como tuvo ocurrencia en el caso en estudio... Pero esta circunstancia no debe ser en realidad punto de consideración, porque cualquier vicio en que haya incurrido el procedimiento en este particular, no constituye motivo legal de nulidad del remate. La irregularidad a que la ley ha dado esta categoría es la omisión de anuncio o el anuncio mal hecho por no haber permanecido fijados los carteles correspondientes por el término que señala la ley.

El punto inicial para la computación de los veinte días es distinto e independiente de la notificación del auto en que se señala día para el remate, y no es otro que la fecha del anuncio, según el texto expreso del artículo 1037 del Código Judicial. En este

término se incluyen los días de vacancia y se entiende formado de días judiciales que se cuentan de la misma manera que para los edictos y estados, sobre la duración de las horas de despacho u horas de trabajo'' (arts. 180 y 310 C. J.'') (G. J. Nº 1929, pág. 732.)

ART. 1039. — Ante la circunstancia de que los bienes sujetos a la traba ejecutiva estén ubicados en Municipios distintos al de la residencia del Juez de la causa, es formalidad imperiosa la de enviar despacho comisorio al Juez Municipal de ellos a fin de que se fijen los cuatro carteles de que se habló antes, en los mismos lugares y bajo las otras condiciones, y se haga dar un pregón anunciativo de la fecha y hora predeterminadas para llevar a efecto la venta en pública subasta. Ello es indispensable desde todo punto de vista, a menos de renuncia legítima (art. 1037), porque el texto claro del artículo prohibe hacer el remate sin que se hayan recibido por el funcionario comitente las diligencias contentivas del lleno de la comisión. Como en otros eventos, contémplase una formalidad cuya omisión injustificada acarrea nulidad (art. 451). Claro es que por la renuncia hecha debidamente de la fijación y publicación de carteles desaparece dicha nulidad, lo mismo que por el allanamiento unánime que hagan los interesados que tengan capacidad.

ART. 1040. — El funcionario de la causa tiene facultad para comisionar (arts. 133 y ss.) para la práctica del remate a un Juez del lugar en donde estén situados los bienes materia de aquél, siempre que así sea solicitado por parte legítima, pues por voluntad propia solamente no tiene atribuciones de conferir la comisión, de modo oficioso, según se desprende del texto claro del artículo. Ante el comisionado deben, pues, presentarse los postores a hacer sus ofertas, etc., pero la comisión normalmente no comprende la aprobación del remate y los actos posteriores, porque para lo último no concurren motivos en cuyo mérito el comisionado tenga facultad de hacerlo, fuera de que no es justificado ya que con facilidad se sustraería del conocimiento del Juez *a quo* lo que en realidad le corresponde. La comisión se autoriza para actos de difícil cumplimiento por el comitente, cuando surge la verdadera necesidad suya, pero es impropio conferirla para un conjunto de actos no sustraídos al alcance del funcionario del conocimiento y que pueda ejecutarlos en el desarrollo normal de sus atribuciones y deberes.

Por otra parte, en el despacho comisorio deben insertarse los elementos necesarios para el correcto desempeño de la comisión si no es posible el envío del expediente original.

ART. 1041. — Los bienes inmuebles cuyo remate deba hacerse son determinados por su situación y linderos y demás elementos concurrentes a su exacta identificación, en lo que son seguidas las normas de la legislación sustantiva sobre la materia (arts. 2594 y conc. C. C.), determinación necesaria como garantía de las partes

y de los rematadores, y conveniente por ser evidente que los actos judiciales no deben adolecer de vaguedad e incertidumbres contrarias a los intereses generales y a su misma autoridad. La omisión de lo anotado implica nulidad ante el texto expreso del artículo 451 y conforme lo ha resuelto la jurisprudencia mencionada en el comentario del artículo 1038.

Los postores tienen facultad de exigir los informes que deseen sobre los bienes mandados vender y que aparezcan de las constancias de autos, pues ése es el alcance de la obligación de los funcionarios judiciales, ya que no puede ser más amplio a fin de no obligarlos a informar sobre asuntos que no sean de su incumbencia, como si el remate trae ganancia al rematador, etc., o sobre aquellos que la misma ley les impone reserva antes de resolverlos (arts. 183, 130). Los informes podrán ser también sobre las partes y su residencia a fin de que ellas enteren en forma más completa a los postores.

ART. 1042. — Por súplicas de parte, esto es, no oficiosamente, el Juez puede disponer, al practicarse el avalúo de bienes o antes de iniciarse el remate, por una sola vez, la formación de lotes a fin de facilitar la venta o de obtener apreciables ventajas en ella, atendiendo en especial a las indicaciones del ejecutado. La petición debe ser hecha en todo caso antes de la mencionada iniciación, si lo es por el demandado, y a ella se accede si el Juez la estima conveniente a los intereses de las partes, en lo que se aprecia una facultad discrecional en realidad, puesto que el uso del vocablo "puede" por el artículo está lejos de indicar otra cosa. Aquélla se resuelve de plano, por medio de auto interlocutorio que es apelable en el efecto devolutivo por el ejecutado (art. 1031).

Por varios se ha tachado el artículo diciendo que no hace otra cosa que ofrecer ocasión a demandados inescrupulosos para paralizar los remates en perjuicio de los acreedores, cuando se accede a la súplica que presenten, lo que tiene bastante de cierto aunque sea un asunto sometido al buen criterio del Juez, puesto que por lo menos el señalamiento para el remate corre el riesgo de hacerse inefectivo con los consiguientes inconvenientes. Sería mejor que se dispusiese que antes de la publicación de los carteles es viable pedir la formación de lotes y que al respecto debe recibirse dictamen pericial, ya que en tal forma se evitarían los inconvenientes y perjuicios anotados y se procedería con verdaderas bases.

Por petición de todos los interesados, débese ordenar la formación de lotes, aun con suspensión del remate comenzado, porque los intereses suyos son los que priman en el asunto sobre los de los postores, extraños que vienen a estar, lógicamente, subordinados a los primeros.

La formación de los mentados lotes, en especial cuando es pedida por el ejecutado, bajo ningún concepto debe ser propicia a la paralización indefinida del remate de bienes a fin de que no

se dilate el pago de lo debido en perjuicio de los acreedores, consideración de la cual se deduce que el artículo adolece de un vacío al no prever cuándo ha de hacerse la formación de lotes, pero que se llena aplicando por analogía (art. 203) lo previsto con relación a la caución de saneamiento (art. 1016 y ss.). Así como ésta, la formación dicha es primordialmente un beneficio del ejecutado, por lo que en sí no debe ser incondicionado ya que si lo fuera los ejecutantes serían colocados en situación en extremo precaria con la paralización completa de los remates y esto no es de recibo, por lo que es fundado concluir que el Juez debe fijar un término para la formación de lotes de que se habla, so pena de que el ejecutado no goce del beneficio derivado de ella, lo cual cobra mayor fuerza teniendo en cuenta que el funcionario judicial dispone en el asunto de verdadera potestad discrecional y que así se consultan mejor los intereses de la justicia, norma suprema del procedimiento.

ART. 1043. — El remate se lleva a cabo en las horas de despacho (art. 160) dando principio al acto en la forma preindicada antes, el que no puede tener en ningún caso, no obstante que los interesados pretendan lo contrario, una duración menor, de tres horas, pues trátase de una disposición de carácter imperativo cuya aplicación no está subordinada a la voluntad de los particulares. Por eso en la correspondiente acta debe dejarse constancia expresa de la hora de principio y de finalización. No limita el artículo el tiempo de duración máxima, motivo para que sea propio prorrogar las tres horas dichas cuando así lo exijan las circunstancias por concurrencia de diversos postores; aun es procedente prorrogarlo para el día siguiente si en el señalado no hay tiempo de oír todas las propuestas en el término del despacho, considerando que lo que la ley busca es la obtención de precio más favorable para los intervinientes en el procedimiento ejecutivo, cosa que se logra con la prórroga y que no contraría ningún interés legítimo, sino que por el contrario en la práctica impide que con hábiles maniobras no se dé oportunidad de ofrecer a otros licitadores.

ART. 1044. — En las horas de la mañana del día señalado para el remate y que sean las de despacho, han de darse dos pregones llamados preparatorios que son hechos con la lectura, en la puerta de la respectiva Oficina, en alta voz y con intervalo de una hora entre uno y otro, del cartel que debe fijarse en cumplimiento del artículo 1038, exigencia orientada a enterar al público interesado en rematar. También debe darse un pregón al momento de la iniciación de la diligencia, el que es indicativo de la apertura de ella y que abre por decirlo así campo a las ofertas, a las pujas y repujas de los postores. Esos pregones son requisito formal de la licitación cuya importancia se valora teniendo en cuenta que su falta acarrea nulidad (art. 451). Los honorarios del pregonero se determinan de acuerdo con el numeral 3º del artículo 566 y con el 567.

ART. 1045. — Prescindiendo de consignar aquí lo que dispusieron la Ley 37 de 1932 y la 46 de 1936 sobre remates, expresamos que de acuerdo con la Ley 176 de 1936, en su artículo primero, en la actualidad y en los juicios ejecutivos y de venta o adjudicación de la cosa hipotecada o dada en prenda, la base de las ofertas es el setenta por ciento del avalúo que se le haya dado en el proceso, exigencia de ineludible aplicación y en razón de la cual no es posible admitir posturas que no cubran ese porcentaje. Otra de las condiciones de las ofertas es la de que el postor consigne el veinte por ciento del predicho avalúo, previamente en el Banco de la República, en la Administración de Hacienda (Dto. Ejvo. Nº 1115 de 1940) y presente al Juzgado el respectivo comprobante, o en el Juzgado mismo, en casos especiales, condición que tiende a la seriedad de la oferta para que maliciosamente no se perjudique a los acreedores o al ejecutado.

La suma consignada se devuelve inmediatamente al licitador consignante vencido y se imputa al precio del remate la del rematante, en el supuesto de que la licitación no sea declarada desierta porque si lo es, la cantidad consignada se destina: una mitad para la solución de lo debido, una cuarta parte para Tesoro Nacional y la otra cuarta parte para los acreedores a título de indemnización u proporcionalmente a sus acreencias, si fuere el caso. La referida destinación es medio efectivo de remediar las situaciones que se presentaban antes, para que los postores no intervengan maliciosamente dilatando sin consecuencias en su contra la práctica de los remates con perjuicios de las partes.

Es evidente que el mismo ejecutado por sí o por medio de apoderado no puede ser postor por la bien elemental razón de que nadie puede, jurídicamente hablando, comprar lo que sea suyo y de que si no fuese así se llegaría a la consecuencia inaceptable de la solución de una deuda por un precio menor al suyo, con mengua de los acreedores y contra su voluntad. La cuestión es clara, consideración que releva de hacer otras argumentaciones sobre el particular.

No fué modificada por la precitada Ley 176 la parte final del artículo 1047 del Código, que autoriza a los interesados legítimos en un proceso, y capaces por sí mismos, para acordar eficazmente una base de remate menor del setenta por ciento fijado en el artículo 1º de esa Ley. Para que tal acuerdo sea reconocido por el Juez, además de esa capacidad se requiere que él sea unánime entre la parte ejecutante, la ejecutada y los terceristas, ya que unos litigantes no quedan ligados por los actos de otros, siempre que tengan intereses independientes. La *litis consorcio*, estudiada antes, no subordina por sí el interés de una *litis consorte* a la voluntad de los otros.

Es de lugar transcribir aquí el artículo 2º de la Ley 176. "En los remates que se lleven a cabo en juicios divisorios de bienes

comunes o dentro de los juicios de sucesión y, en general, siempre que haya lugar a efectuar remates voluntarios, no se admiten posturas que no cubran el valor total del avalúo y sin que, además, se consigne el veinte por ciento del mismo, porcentaje que, según el caso, se devuelve inmediatamente a los licitadores vencidos, o se imputa al valor del remate, o si la subasta queda desierta por no cumplir el rematante la obligación de pagar el precio dentro del término que se fija en esta Ley, se destina: la mitad para el Fisco Nacional, y la otra mitad se entrega a los interesados a prorrata de sus respectivos derechos."

Finalmente, para la verificación de los remates ha de exigirse el certificado de pago del impuesto predial de que tratan la Ley 33 de 1896 y el Decreto Ejecutivo Nº 1237 de 1908, para dar cumplida aplicación al Decreto Ejecutivo Nº 2088 de 1941.

ART. 1046. — Las ofertas de precio de compra que hagan los postores deben ser anunciadas en alta voz por quien actúe de pregonero y de modo que sean oídas por todos los concurrentes al acto de licitación, formalidad tendiente a evitar las sorpresas contrarias a los intereses del ejecutante, del ejecutado o de ambos, de los terceristas y de los mismos interesados en la compra de lo puesto en almoneda. A primera vista parece que se tratara de una formalidad bastante adjetiva, pero ese parecer desaparece en atención a que el artículo 451 en su numeral 2º señala como causal de nulidad la omisión de formalidades exigidas para llevar a término el remate de bienes y que el anuncio de la propuesta de un postor es lo que hace oportunas las pujas y repujas de los licitadores, de innegable importancia en los remates judiciales, que si se quiere los caracterizan.

ART. 1047. — Disponía este artículo, que fué derogado por el 5º de la Ley 176 de 1936, que el pago del remate debía hacerse en el lugar del juicio al día siguiente del remate, o dentro del término de la distancia y tres días más, si era hecho por medio de comisionado y que las partes podían conceder término para el pago de dicho precio; al presente y en su lugar rige el artículo tercero de la citada ley por el cual el pago en cuestión debe hacerse en donde se adelante el respectivo proceso, dentro de los tres días hábiles siguientes a la subasta o dentro de los cinco siguientes a ella y el término de la distancia, si la licitación es verificada por medio de comisionado, términos de mayor amplitud que los antes vigentes y que consulta mejor los intereses de los intervinientes, no sometiéndolos a que el pago sea hecho dentro de un período estrecho, con lo que se dificultaba en realidad la efectividad del remate.

La segunda parte del artículo imperante, faculta a las partes hacer la concesión de plazo al rematante por lo que les corresponda en el remate, presentando personalmente el escrito en que así lo hagan (art. 359) y antes del vencimiento del término fijado en

la ley para ese pago. Ante esa ocurrencia y la solicitud de ellas de que se apruebe el remate, a ello debe accederse por el Juez. Ninguna dificultad surge cuando liquidado antes el juicio (art. 1033) es concedido el plazo unánimemente por las partes, pero sí cuando no están determinados los derechos de ellas por no haberse dictado aún sentencia de graduación de créditos (arts. 1067 y 1048). En este último caso es impropio admitir la concesión de plazo que hagan unos de los ejecutantes y terceristas, aunque se consigne lo que se calcule corresponder a los otros, por cuanto que se presenta una verdadera falta de certeza ocasionante de actuaciones infundadas y complejas que debe evitarse a toda costa.

ART. 1048. — El ejecutante o cualquier tercerista tiene derecho de rematar por cuenta de su crédito y hasta concurrencia de éste, los bienes sujetos a la licitación, en calidad de acreedor de mejor derecho y sin el deber de hacer consignación alguna para la admisibilidad de su postura. Esa facultad por sí no excluye ni podría excluir las posturas de valor superior de postores extraños, que sobrepasen a la oferta del acreedor, por cuanto que es claro que él no goza de ese privilegio. El deudor no debe ser sacrificado en sus intereses impidiendo remates más ventajosos a ellos. Además, la oferta del acreedor ejecutante o tercerista no puede ser inferior en caso alguno al porcentaje señalado en la legislación, porque de lo contrario se tendría en la práctica que es posible rematar por menos de aquél, lo que de suyo es inaceptable por la razón sencilla de que serían dejadas sin aplicación las normas de la ley. De allí que si el crédito no cubre el total de ese porcentaje debe el mentado completarlo con dinero suyo.

Para la aprobación del remate es necesario que el rematante caucione (art. 65) el pago de lo que resulte corresponderles a los otros acreedores en la sentencia de graduación de créditos (Art. 1067), lo que se ha censurado diciendo que con ello es bien fácil perjudicar dolosamente a los últimos con créditos simulados y por la relatividad de lo efectivo de las cauciones. Si al tiempo del remate ya está dictada la aludida sentencia lo propio no es la caución sino el pago de lo que corresponda a los otros acreedores.

En el evento de que el inmueble esté hipotecado el consentimiento de los acreedores hipotecarios se requiere para que se haga el remate por cuenta de créditos (arts. 2499 y ss. C. C.) y sin él no es factible admitir ofertas con base en éstos.

ART. 1049. — Este artículo, modificado transitoriamente por la Ley 37 de 1932 y por la 46 de 1936, fué subrogado por el artículo 4º de la Ley 176 de 1936, que se estudia en seguida. Cuando en los juicios ejecutivos o de venta o de adjudicación del respectivo bien gravado no se presentare quién haga propuesta por el setenta por ciento del avalúo, débese señalar otra fecha para el remate, de la que se da conocimiento al público de la misma manera que para la primera licitación, esto es, con la fijación de carteles por el

tiempo y forma previstos en las disposiciones antes vistas (arts. 1037 y 1038) so pena de nulidad (art. 451). En esta segunda licitación es admisible la oferta que cubra el sesenta por ciento del avalúo a diferencia de lo que sucedía antes, pues era admisible la del cincuenta por ciento, sin perjuicio de que se haga la adjudicación del respectivo bien al acreedor o acreedores hipotecarios o prendarios en los casos previstos en la ley (art. 1195).

La ausencia de postores por el monto del sesenta por ciento en la segunda licitación indica que debe disponerse una tercera, en la que son admisibles las ofertas que alcancen a un cincuenta por ciento de aquél, valor mínimo por el que es posible hacer los remates, a diferencia de la anterior legislación que los autorizaba por cualquier suma. Para esa tercera diligencia se requieren iguales formalidades que para las anteriores, y en relación con ella puede pedir el ejecutado que no se verifique antes de los tres meses siguientes a la segunda, ya que es lógico concluir que la última parte del artículo 1049 está vigente.

Por la circunstancia de quedar desierta la tercera subasta, nace para el acreedor o los acreedores el derecho de solicitar que se hagan otras con la misma base del cincuenta por ciento o que se practique nuevo avalúo con peritos designados por el Juez (arts. 705 y ss.), hecho lo cual se verifica la subasta del modo que quedó indicado antes. Nótese que expresamente no autoriza la legislación al ejecutado para pedir la repetición de las subastas con el cincuenta por ciento ni para pedir nuevo justiprecio.

ART. 1050. — Como de toda actuación judicial, de la diligencia de remate se extiende acta en que se constate su verificación, pues sin ella se tiene por inexistente por falta del testimonio autorizado de él, acta que debe contener: 1º La fecha del remate, con la denominación del Juzgado actuante y señalamiénto de las horas de principio y finalización, cosa necesaria para que haya certeza de que fueron satisfechas las exigencias procesales con una actuación correcta, que despeje dudas sobre nulidades y demás;

2º La designación de las partes en el proceso y del rematante, cuestión dirigida a dar mayor exactitud al acto del remate. Francamente, es elemental que es de marcada evidencia que es erróneo omitir lo que se dirija a la individualización o identificación de los actos jurídicos;

3º La indicación de las cosas rematadas, con su nombre, ubicación, linderos, título de adquisición del ejecutado, tratándose de bienes raíces. La alinderación y ubicación son menester de acuerdo con la ley sustantiva en las enajenaciones de inmuebles bajo sanción de nulidad por su omisión (v. C. C.). —Art. 451 C. J.—.

4º El precio del remate, por ser esencial en las ventas, sean de uno u otro género, una cantidad que se da como valor del objeto vendido (art. 1857 y ss., 1864 y ss. C. C.).

5º Lo demás que las partes unánime y legítimamente acuerden.

Además de lo relacionado, conviene que el acta de la diligencia contenga la relación de todas las ocurrencias de ella, como las posturas admitidas, las desechadas, la orden de entregar sus consignaciones a los postores vencidos, no obstante que lo esencial de ella esté integrado por lo relacionado en los anteriores numerales, ya que así queda más completa y ofrece un testimonio cierto y mejor de notoria utilidad por cualquier aspecto que se le valore.

ART. 1051. — Cumplidas las ritualidades del remate debidamente y satisfechas las obligaciones del rematador con el otorgamiento de caución, si es acreedor (art. 1048), con la verificación del pago u obtención de plazo para hacerlo (art. 1047) si es un extraño, es deber del Juez, siempre que conste lo anterior en los autos, dictar oficiosamente, sin que se precise petición particular (art. 348), auto interlocutorio (art. 466 núm. 2º) en que disponga:

1º La aprobación del remate hecho;

2º La inscripción de éste y del auto en la Oficina de Registro correspondiente y en armonía con el artículo siguiente;

3º La cancelación del auto de embargo dictado e inscrito antes, porque con el remate desaparece la justificación de su conservación;

4º La cancelación en las Notarías respectivas de las escrituras de hipotecas constituídas sobre el inmueble o los inmuebles rematados (arts. 2452, 2610 y ss. C. C.).

5º La entrega de la cosa rematada por el secuestre al rematante, ya que el remate es una verdadera venta que hace nacer la obligación de entregar al comprador lo vendido (art. 1880 C. C.). Esa entrega se hará por el secuestre, sin que ello obste para que sea hecha directamente por el Juez si fuere necesario, en la cual no es posible oír oposiciones de terceros en gracia del secuestro. Si la cosa no ha sido secuestrada, entonces la entrega se hará directamente por el ejecutado o por el Juez, según convenga, y con observancia del artículo 551; pero si hay oposiciones de terceros se procederá aplicando los artículos 552 y 882 a 884;

6º La expedición de copias (arts. 361 y ss.) del remate y del auto en mención que necesiten el rematante y las partes en el procedimiento;

7º La orden de que el ejecutado entregue al rematante, dentro de los tres días siguientes, los títulos de lo rematado.

A no dudarlo, la omisión de lo que se indica en cualquiera de los cinco últimos numerales es subsanable con posterioridad al cuestionado auto y por petición legítima, por cuanto que no aparece que con ello se viole ningún principio legal sino que se acatan las normas de la legislación con su completa aplicación.

ART. 1052. — La diligencia de remate y el auto de su aprobación se equiparan a escritura pública (arts. 1758 y conc. C. C.), esto es, tienen similar mérito, y de allí que si se refieren a bienes inmuebles u otros derechos cuya tradición requiera registro, deben ser inscritos en la respectiva Oficina de Registro (art. 2652 C. C.)

con vista del mismo expediente, a menos que el lugar indicado para la inscripción sea distinto al del seguimiento del proceso, caso en el que puede ser verificada con vista de la copia auténtica que expidan bajo su firma el Juez y el Secretario. Por tanto, por mandato expreso de la ley una sola de estas firmas no basta para hacer auténtica la copia y completamente eficaz la inscripción que se haga con vista en la expedida y autorizada por una sola firma. Por quedar el original del remate y su aprobación en el Juzgado del conocimiento, las copias que ulteriormente sean necesitadas deben pedirse a ese despacho (art. 632).

Opinan algunos que convendría que se ordenara la protocolización del remate y del auto aprobatorio, para que fuesen conservados por los Notarios y se facilitara más la consulta de ellos y la expedición de copias.

ART. 1053. — Cuando sea rematado un inmueble para la solución de parte de una obligación exigible a plazos, en varios contados, en seguridad de la cual haya sido hipotecado, el sobrante de lo necesario para el pago exigido no se entrega al deudor, sin el asentimiento del acreedor o sin que asegure a satisfacción del mismo lo que quede a debérsele; de suerte que la voluntad de éste es lo que condiciona directamente dicha entrega y de ella viene a depender primariamente. Si no se lleva a efecto entonces corresponde depositar el sobrante en el Banco de la República y en su defecto en la Caja Agraria, en la Administración Nacional de Hacienda, etc. (D. E. Nº 1115 de 1940), sobrante sobre el que tiene preferencia el acreedor hipotecario según las reglas sobre la materia (arts. 2488 y ss. C. C. y 1º Ley 165 de 1941). Lo dicho es sin perjuicio de la preferencia entre acreedores hipotecarios y del depósito que se ordena en determinados casos (art. 2452 C. C.).

ART. 1054. — Los derechos que con relación al ejecutado tengan la calidad de litigiosos son susceptibles de persecución por los acreedores (art. 282), y se entiende litigioso un derecho desde que se notifica regularmente la demanda (arts. 1969 y ss. C. C.) hasta que termine el correspondiente proceso. El rematante de él viene entonces a considerarse como cesionario, con los propios efectos de esa calidad (arts. 1970 y ss. *ib.*) y, por tanto, tiene derecho de pedir que se le declare subrogado en los derechos del demandado ante el Juez que conozca de ese litigio, pues por el remate adquiere verdadera personería para actuar en el mismo, la que no puede desconocerse siempre que a la petición que presente adjunte copia de la diligencia de remate y de la aprobación, expedida como debe serlo.

Por la subrogación del ejecutado en el proceso en que sea interesado ocurre una verdadera sustitución de persona, puesto que el rematante viene entonces a suplantarlo ocupando su lugar y a excluir la intervención suya en el carácter que tuvo antes. Es condición de esa subrogación que el rematante preste juramento de

que en realidad es dueño del derecho por adquisición justa y legítima, conforme el artículo 18 de la Ley 21 de 1931, reglamentaria del ejercicio de la Abogacía.

ART. 1055. — A efecto de evitar la comisión de actos dolosos en las diligencias de remate y con perjuicio de los ejecutados, se prohiben las donaciones, gratificaciones u ofertas encaminadas a lograr el retiro de postores para obtener el remate en condiciones menos gravosas a los presuntos rematantes, etc. Esa prohibición hace incurrir a quien la infrinja en la sanción de multa equivalente al duplo de lo prometido o entregado aplicable por el Juez de la causa, previa información sumaria del hecho y en favor del ejecutado. Con ello se quiere rodear los remates de la máxima corrección, vedando las colusiones que por lo común operan desfavorablemente a los ejecutados, mirados como parte más débil en los procesos ejecutivos.

El artículo 196 del C. Penal sanciona la colusión de los apoderados y consultores con la pena de prisión, y el artículo 282 del mismo castiga con prisión y con multa a quien con donativos, ofertas, violencias y otros medios fraudulentos, alejare los postores de las licitaciones o perturbe las pujas y repujas. Por tanto, fuera de la sanción de multa que aplica el Juez civil, incurre el que procede dolosamente en los remates en responsabilidad de carácter penal.

CAPÍTULO III

EJECUCIÓN DE MENOR (Y MÍNIMA) CUANTÍA

ART. 1056. — Dice el artículo que "los juicios ejecutivos de "menor" cuantía de que conocen los Jueces Municipales verbalmente en una sola instancia, se siguen formando proceso, en el que se asientan las diligencias del juicio y al que se agregan los documentos que presenten las partes, o los terceros con quienes deben surtirse, en su caso". Contiene el artículo una expresión impropia, por cuanto que en verdad se refiere es a los procesos de mínima cuantía (art. 735) y no a los llamados de menor, como se infiere de su mismo texto, del artículo siguiente y de los artículos 119 y 120. Al decir que en lo referido conocen los Jueces en una sola instancia, resalta que contra las providencias dictadas no proceden los recursos de apelación sino el de reposición contra los autos de sustanciación e interlocutorios, únicamente.

Es manifiesta una dificultad sobre la aplicación del artículo, por la sencilla razón de que en el fondo se remite al 774 y siguientes, con los que no armoniza bien, de donde se desprende que lo propio es resolverla sin perder de vista que el proceso ejecutivo no debe desnaturalizarse y siguiendo los lineamientos generales de tal proceso, pero con reducción de los términos a la mitad, lo

que corresponde hacer conforme el artículo 780 y en aplicación de un recto criterio de interpretación.

ART. 1057. — Los procedimientos ejecutivos de menor cuantía, que son los que pasan de veinte pesos, salvo las excepciones legales (arts. 119 y 120) sin sobrepasar de trescientos, reciben igual tramitación a los de mayor, la que fué estudiada, luego huelga hacer de nuevo su estudio, como también del concepto de cuantía ya tratado (arts. 154, 196 y 735).

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO POR JURISDICCIÓN COACTIVA

ART. 1058. — Las entidades estatales —Estado, Departamento, Municipio— gozan de verdadero privilegio para la percepción de ciertas obligaciones que en su favor hayan nacido, en contra de las personas particulares, sean naturales o jurídicas, privilegio que se concreta en la llamada jurisdicción coactiva (art. 142) en razón de la cual la persona pública por medio de funcionarios, propiamente administrativos, promueve proceso para la efectividad de sus derechos, reuniéndose entonces en esos funcionarios dos calidades que en principio son incompatibles. En efecto: los mencionados tienen a su cargo la guarda de los intereses de la persona que representan, por lo que en los procesos que promueven vienen a tener la calidad de parte y a la vez la de juez.

Ello se explica, fuera de que tal reunión de calidades no se opera en forma absoluta que sustraiga al Órgano Judicial el conocimiento de los respectivos negocios, como se ve más adelante (art. 1060), por la necesidad imperiosa de una rápida percepción de los ingresos propios de las personas de derecho público para su normal funcionamiento, para el desempeño adecuado de la misión que les corresponde, pues a nombre de la separación de los órganos del Poder Público y de los derechos individuales no puede desatenderse la realidad social, que requiere que se eviten trastornos de uno y otro género en el funcionamiento de la administración pública.

La persona pública no debe equipararse en un todo a la privada para hacerla titular únicamente de iguales derechos que ésta, aun por la forma como ellas actúan en la vida jurídica, pese a las críticas que a ese principio se hacen con el criterio de las escuelas individualistas y argumentando que la reunión de funciones ejecutivas y judiciales, propicia los mayores abusos lesivos de los derechos de los sujetos particulares. En la época moderna no puede exagerarse el concepto de que la persona pública en las relaciones de derecho obra al igual que las privadas y bajo iguales normas.

En ejercicio de la jurisdicción coactiva el representante de la entidad pública ejerce ante sí mismo la acción de que ella es titular sin recurrir directamente al Órgano Judicial, en lo que se aprecia

una distinción esencial entre ella y la jurisdicción ordinaria propiamente dicha, pues el individuo contra quien se actúe entonces debe presentarse inicialmente a la defensa de sus derechos ante un funcionario administrativo, caso de por sí excepcional.

La jurisdicción coactiva entre nosotros se ejerce aún con observancia de los trámites judiciales de las acciones ejecutivas, en lo que se ha observado algo impropio, por tratarse de una materia de especialidad marcada y dicho por los autores que es una verdadera deficiencia de la organización de derecho vigente. Por tanto, los títulos sobre que se apoya la ejecución por jurisdicción coactiva han de ser de idéntica calidad a los que según el articulado referente a la ejecución ordinaria presten mérito ejecutivo, aquélla se subordina a las mismas finalidades en cuanto a la tramitación, etc., y los ejecutados gozan del derecho de aducir los mismos medios de defensa de que disponen cuando los ejecuta una persona particular, como, por ejemplo la excepción de pago, compensación, etc., por cuanto que la legislación vigente no los limita en forma expresa como lo hacía la anterior, colocando con ello a los deudores en condiciones bastante precarias.

La jurisdicción coactiva no tiene una aplicación demasiado generalizada, esto es, con relación a todas las obligaciones que nazcan en favor de las entidades públicas, puesto que únicamente son exigibles por medio de ella las obligaciones que consten en documento que preste mérito ejecutivo, las que determinan el artículo siguiente y las leyes especiales que luego se verán.

Por los trámites de los juicios ejecutivos comunes se ejercita la jurisdicción en cuestión por lo que en relación con las acumulaciones, el denuncio de bienes, los embargos y secuestros, su levantamiento, etc., conocen los respectivos funcionarios inicialmente, como en reiterada jurisprudencia lo ha dicho la Corte Suprema y como se desprende del texto del artículo 1060, el que contiene únicamente concretas limitaciones a las funciones de los empleados investidos de jurisdicción coactiva en las que no se comprende lo referente a acumulaciones de varios procedimientos coactivos, a desembargos, etc.

Es del caso hacer en seguida una breve relación de las disposiciones que tratan de la jurisdicción en referencia.

Dispuso la Ley 56 de 1914 en sus artículos 4º y 5º: "Los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocerán, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, no sólo de los negocios a que se refiere el artículo 407 del C. Fiscal, sino de cualesquiera otros en interés de la Nación, que les encarguen la Tesorería General de la República u otra entidad de Hacienda Nacional, ya proceda el crédito de convenios o contratos celebrados por el Gobierno o sus Agentes con los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, o ya de otra causa legal, durante la existencia de la República, siempre

que el contrato o convenio respectivo no establezca prohibición determinada en el particular, o no fije una jurisdicción exclusiva."

"Las apelaciones y consultas de los autos que dicten los expresados Jueces Fiscales, se surtirán ante la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, o ante los Tribunales Superiores, según que a ella o a éstos corresponda la jurisdicción del negocio por la vía ordinaria, en única o en primera instancia..." (Arts. 37, núm. 2º; 76, núm. 3º; 109, núm. 4º).

El Art. 213 de la Ley 4ª de 1913, invistió a los Tesoreros y Recaudadores de Rentas Municipales de la referida jurisdicción para hacer efectivo el pago de los impuestos del respectivo Municipio.

El art. 4º de la Ley 84 de 1915 confirió la jurisdicción coactiva a los empleados encargados de la percepción de las rentas departamentales para hacer efectivo su pago.

El Art. 15 de la Ley 39 de 1921 preceptuó que en las ejecuciones por jurisdicción coactiva se propongan excepciones o algún incidente de que conozcan los Jueces Comunes, el empleado ejecutante debe abstenerse de remitir el proceso hasta tanto el interesado entregue dos sellos de papel, momento en el cual se estimará propuesto el incidente.

El Art. 20 de la Ley 81 de 1931 dispuso que los Administradores de Hacienda Nacional deben hacer uso de la jurisdicción coactiva si pasados sesenta días del momento de su exigibilidad el respectivo deudor de impuestos de renta no los satisface, lo mismo que sus recargos y multas, para lo cual puede autorizar a un empleado subordinado.

El Art. 62 de la Ley 63 de 1936 inviste de jurisdicción coactiva a los Síndicos Recaudadores, Recaudadores o Inspectores de Rentas Nacionales, Jueces Nacionales de Ejecuciones Fiscales, Jueces de Rentas Nacionales y demás funcionarios nacionales que la tengan, para perseguir el pago de los impuestos, recargos y multas causados por las sucesiones y donaciones. El Decreto Ejecutivo 1020 de 1936 es reglamentario a aquel artículo (Arts. 66 ss. ib.)

El Decreto Ejecutivo Nº 1135 de 1936, dictado con apoyo en las normas generales y en la Ley 102 del mismo año, atribuye al Jefe de Rentas Nacionales el ejercicio de la jurisdicción coactiva para el recaudo de impuestos y multas al igual que los demás funcionarios investidos de ella (Ord. *e*, Art. 2º), el que puede delegar en los Subordinados (Ord. *f* ib), a los Jueces Nacionales de Ejecuciones Fiscales en la Capital de la República y en las Capitales de los Departamentos (Art. 6º ib.).

ART. 1059. — Fuera de los instrumentos especificados en el artículo 982 del Código, prestan mérito para librar ejecución por la vía coactiva: 1º Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de Cuentas Nacionales, departamenta-

les o municipales. A propósito, conviene trascribir jurisprudencia de la Corte, de más utilidad y mérito que los conceptos particulares: "Los alcances líquidos definitivos deducidos contra los responsables del Erario, prestan mérito ejecutivo conforme el Artículo 1059 del Código Judicial; pero las leyes que reglamentan la materia han señalado procedimientos especiales para declarar tales alcances, y los responsables tienen términos para dar sus descargos y presentar después sus pruebas. Si no se cumplen esas formalidades se arrebata un derecho siendo —por tanto— el fenecimiento ilegal, y no puede éste aceptarse para fundar un auto ejecutivo (G. J. Nº 1900, pág. 444 y 1927, pág. 529).

2º Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos. Esos alcances deben ser formados en todo caso por aquellos funcionarios y no por los empleados subordinados, ya que no tienen facultad para delegarles esa atribución y que así lo exige el texto del numeral trascrito, sin que se precisen las firmas de los Secretarios. Por tanto, si el título base de la ejecución no aparece con la mencionada firma no presta mérito ejecutivo y tampoco deja de prestarlo por la circunstancia de que no esté suscrito por el Secretario (G. J. Nº 1923, págs. 76 y 77).

3º Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal. Esas copias para que presten mérito ejecutivo requieren la reunión de varios requisitos como es claro, a saber: que el acto de imposición de la multa sea cumplido por Funcionario competente y en ejercicio de sus funciones; que la copia sea auténtica (Arts. 630 ss.); que la correspondiente providencia sea definitiva y ejecutoriada. Ahora, la ejecutoria se logra una vez que se notifica en debida forma (Arts. 307 ss.) lo resuelto al interesado y trascurre el término de proponer los recursos de que disponga sin hacerlo, o una vez que el Superior confirma lo resuelto por el inferior, vuelve a su Oficina y se presenta la ocasión de cumplirlo. Por lo demás, la omisión de cualquiera de las formalidades relacionadas hace equivocado librar mandamiento ejecutivo.

Por otro aspecto, es incuestionable que sin la determinación de una cantidad líquida y exigible, en la actualidad es errado librar ejecución, como también lo es con base en una simple acta de visita, lo que no define de modo definitivo la situación del empleado visitado, porque con posterioridad debe seguirse una actuación en que se califique su mérito, después de darle oportunidad al mencionado de hacer su defensa (G. J. Nº 1893, pág. 238).

ART. 1060. — Dispone el artículo que de las excepciones, de las tercerías, de las apelaciones y de las consultas que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva conoce la Justicia Ordinaria, esto es, el Órgano Judicial, pues la jurisdicción de que se trata no comprende la definición de los derechos entre particulares como

cuando éstos introducen tercerías. Según el texto del artículo, lógicamente se desprende que los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva únicamente conocen del recurso de reposición y que en general están inhibidos para el conocimiento de los otros, puesto que el legislador ha querido que esos empleados no tengan el conocimiento absoluto de lo que les está atribuído, como medio de actualizar mejor la división de funciones de los Órganos del Poder Público, sin mengua de los principios que informan la jurisdicción en mención y de las garantías debidas a los derechos particulares.

La proposición de los recursos y las tercerías se hace ante el funcionario investido de jurisdicción coactiva quien los concede en el evento de que sean propuestos en oportunidad y por parte legítima y envía los autos oportunamente a la justicia ordinaria, después de las formalidades de rigor. Análogamente, propuesta una tercería debe también remitirla con lo actuado a la Oficina Judicial correspondiente.

ART. 1061. — Las comisiones que sea necesario conferir en las actuaciones que deben llevarse a término en los procedimientos de jurisdicción coactiva han de encomendarse de preferencia a funcionarios de la misma calidad que los actuantes o comitentes, o en último caso a los Jueces de las respectivas localidades, es decir, donde la correspondiente diligencia debe llevarse a término; todo para conseguir si se quiere mejor armonía y unidad en los procesos. En lo apuntado se observa que los funcionarios administrativos tienen facultad de imponer comisiones a los del Órgano Judicial. Por otra parte, en el lleno de ellas deben observarse las normas sentadas en los artículos 133 y siguientes.

Para finalizar aquí el ligero estudio que se hace de la jurisdicción coactiva, anotaremos que la jurisprudencia de la Corte debe consultarse sobre el particular porque ella agota la materia.

Estudiamos antes el artículo 1060 del Código, acogiéndonos a su texto, pero antes de seguir adelante cumple exponer que en razón de los artículos 3, 4, 5 y 8 de la Ley 67 de 1943, ese artículo quedó derogado, puesto que los citados atribuyeron el conocimiento de las apelaciones, excepciones, tercerías y consultas, que se presenten en los negocios seguidos en ejercicio de la jurisdicción coactiva a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de donde resulta que con ello se obviaron los diversos inconvenientes de orden técnico y procesal que la norma derogada ocasionaba.

CAPÍTULO V

TERCERÍAS

ART. 1062. — Define el artículo que es tercería la petición que hace un tercero para que, con el producto de los bienes embargados

en una ejecución se le pague preferentemente, o a prorrata, un crédito contra el ejecutado cuyo título preste mérito ejecutivo. De la definición anterior se desprende que las tercerías presuponen forzosamente la existencia actual de un procedimiento ejecutivo (Art. 981), en el que únicamente son viables y que tienen por objeto lograr una preferencia del acreedor para obtener el pago de lo debido por el ejecutado —en razón de un privilegio (Arts. 2488 ss. C. C.), o el pago proporcional con los otros créditos— existentes contra dicho ejecutado.

Lo anterior enseña que ya no existen las llamadas tercerías excluyentes, consagradas por la legislación anteriormente vigente (Ley 105 de 1890) en favor de los terceros que querían excluir de la traba ejecutiva determinados bienes, puesto que al presente esas tercerías han dejado de ser necesarias en atención a que la ley protege a los terceros con el desembargo que oficiosamente se dispone cuando del certificado que expide el Registrador de Instrumentos Públicos (Art. 1008) aparece que el poseedor inscripto del inmueble embargado no es el ejecutado, con el que pueden solicitar los terceros poseedores (Art. 1023) y con la oposición que los mismos pueden hacer a los secuestros (Art. 1021), supuestos en los que ellos logran el objeto de la exclusión dicha. Por otra parte, si el derecho de los terceros en mención no es reconocido en la forma preindicada, por cualquier causa, entonces podrán hacerlo valer por la vía ordinaria por cuanto que los actos en que no intervienen no les perjudican (Art. 473 y 476).

La definición trascrita antes ha ocasionado interpretaciones contradictorias en cuanto a la persona que tiene derecho a incoar demanda de tercería, pues por algunos se sostiene que únicamente lo tienen los terceros y no los ejecutantes, y por otros que sí disponen de él los últimos. La primera interpretación se sustenta primordialmente en el texto del artículo comentado. La segunda, en los principios generales de la doctrina sobre las tercerías coadyuvantes, en que es justo que no se vede al ejecutante reclamar en tercería otros créditos exigibles contra el mismo ejecutado, en que con ello se aplican los principios de unidad, economía y celeridad, evitando proposición de otras demandas y la súplica de posterior acumulación, en que se auspicie la mejor defensa del ejecutante contra las tercerías simuladas y, por último, en que no se procede con un criterio rígido de interpretación exegética que pugna con la científica que debe primar en la materia. Por ello, tal vez esta segunda interpretación aparezca con mejores fundamentos que la primera.

No limita el artículo los documentos que sirven de apoyo a la proposición y admisibilidad de las tercerías con la legislación anterior, la que hacía inadmisibles las propuestas con apoyo en título fechado con posterioridad al mandamiento ejecutivo (Arts. 226, Ley 105 de 1890). En principio, en todas las ejecuciones es admisible

la tercería propuesta con las formalidades legales, menos en las relacionadas con la prenda agraria (Art. 18, Ley 24 de 1921).

Es claro que el Juez competente para el conocimiento de la ejecución principal lo es a la vez para conocer de la tercería, salvo que ésta sea de mayor cuantía (Art. 196) y aquélla de menor, porque si así ocurre el Juez de Circuito será el competente, en aplicación de la doctrina del artículo 410 y concordantes y en lugar del Municipal.

La tercería tiene que apoyarse en un título que tenga la calidad de ejecutivo, según el artículo 981, que constituya plena prueba de una obligación del ejecutado, actualmente exigible, etc., en armonía con lo visto al estudiarlo. En la hipótesis de que sea presentada una con un título que reúna esa calidad, es obvio que de plano debe negarse su admisión.

ART. 1063. — La de tercería es técnicamente una verdadera demanda y de allí que para ser admisible sea preciso que reúna en sí las condiciones generales de las demandas, en aplicación del artículo 205, es decir, requiérese que indique el Juez a quien se presenta, los sujetos contra quien lo sea, su vecindad, lo que se demande, los fundamentos de derecho, la cuantía, etc. Además, a ella debe adjuntarse el título que preste mérito ejecutivo, según fué visto en el estudio del artículo 982. La falta de cualquiera de esos requisitos la hace inadmisible como es obvio.

Es práctica bastante generalizada la de no notificar personalmente la demanda de tercería a la parte ejecutada y a la ejecutante, con la argumentación de que la actuación anterior suya las coloca en condiciones de conocerla, que es lo importante, que lo dispuesto en el artículo 1065 la hace innecesaria y dada a dilaciones, que como de ella no se concede traslado deja de ser indispensable la aludida notificación personal, práctica sancionada aún por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín (auto fechado el 11 de marzo de 1943).

A pesar de lo relacionado, en nuestro modesto sentir, consideramos que es indispensable la notificación personal de la admisión de las tercerías por lo siguiente.

Es norma general de derecho procedimental que la primera providencia que se dicta en todo asunto judicial debe notificarse personalmente a la persona o a las personas contra quienes se dirija la acción en la cual se dicta, lo que no tiene otro alcance que el de que puedan en situación propicia de defender los intereses suyos ante las autoridades competentes (Art. 312). Por ello no existe razón para que la demanda de tercería que se presente en un juicio ejecutivo, no tenga que ser notificada en la forma preapuntada, puesto que, sin embargo de que la ley al reglamentarla no diga expresamente que ha de notificarse de manera personal la admisión de ella, es preciso tomar en cuenta que falta una causa suficiente que permita omitir la aplicación del justo principio general que da oportunidad directa a los interesados de conocer la nueva acción

incoada con relación a las suyas. El edicto ordenado por el artículo 1065 carece del mérito de equivaler a la notificación personal de las partes, porque el efecto propio que él tiene es el de llamar a los terceros acreedores y de determinar el período dentro del cual cabe la introducción de otras tercerías. De suerte que dicho edicto carece de eficacia para suplir la notificación personal de que se habla. Parece que aceptar lo contrario es quebrantar uno de los principios que rigen el procedimiento judicial.

Es cierto que en el capítulo tratado no se habla en forma expresa de la notificación personal en cuestión, pero hay que tener muy presente que él no excluye la aplicación de las normas generales, las que son de aplicación necesaria para que no se incida en irregularidades viciantes de la actuación en el procedimiento, necesidad que no cabe negar con la afirmación de que así se propician dilaciones inconvenientes, pues ésta, como se dice en frase común, prueba mucho y no prueba nada, máxime si se tiene en cuenta que las notificaciones no dejan de ser indispensables porque sean difíciles y ocasionen dilaciones.

Es la práctica de ocurrencia común la que hace fundada nuestra tesis. Especialmente cuando los ejecutados no tienen otros bienes que perseguirles sino sueldos o ciertas rentas, los ejecutantes suelen esperar que se reúnan cantidades apreciables por motivo del embargo para presentarse a reclamarlas y no actuar antes sin objeto apreciable, o ausentarse, o dejar de actuar en el proceso hasta tanto tengan oportunidad de perseguir bienes por adquisiciones posteriores del ejecutado, y ante esos casos, se ve que es de equidad la notificación personal de la tercería para no hacerlos víctimas de sorpresas y aun de las confabulaciones del ejecutado. Lo importante en las actuaciones judiciales es que las partes las conozcan en oportunidad y en lo expuesto se comprende que la sola intervención en un proceso no lleva forzosamente al conocimiento oportuno de lo que en él hagan terceros.

En verdad, es el mejor orden y celeridad del proceso lo que concurre a que deba notificarse personalmente la admisión de una tercería, porque con ello se determina con incuestionable certeza hasta cuándo es procedente, por ejemplo, recurrir en reposición contra tal admisión y se evita que las publicaciones del edicto lleguen a hacerse inoficiosas.

El contenido de las anteriores líneas convence, pues, de la razón de nuestro aserto y que la notificación no puede omitirse sin incurrir en causal de nulidad.

ART. 1064. — La tercería no se concreta únicamente a obligaciones de pagar determinadas sumas de dinero, mejor dicho, el derecho del tercerista puede recaer sobre obligaciones de hacer, de entregar un cuerpo cierto o una especie indeterminada de cierto género, y en estos supuestos al incoar su acción debe estimarla en

dinero a fin de que pueda encajarla dentro de la ejecución que se agite. Contémplase una facultad análoga a la reconocida a los ejecutantes en los artículos 991, 987, 988 y 990 y que tiene idénticos fundamentos. Es claro que la estimación debe hacerse bajo juramento, en aplicación del artículo 995, por ser el tercerista un verdadero ejecutante.

La regulación de dicha estimación es propia dentro del término probatorio del incidente de tercería (Art. 1067) únicamente, según se desprende con toda lógica del texto del artículo y de que es necesaria para tenerse en cuenta en la sentencia de graduación de créditos, pues no armoniza con ningún principio que después de la última, en sí sólida, sea posible hacer regulaciones de lo debido, siendo que ella las presupone. Por lo anterior, concluímos que en los casos de tercería no hay la amplitud concedida por el artículo 993 en las solas ejecuciones para la regulación cierta de la cantidad estimada por el ejecutante.

ART. 1065. — Admitida la primera tercería cumple ordenar la fijación de un edicto en la Secretaría, por el término de un mes, del que no se descuentan los días de vacaciones y de falta de Despacho, en que se anuncie su admisión, con indicación del proceso en que ha sido y de los nombres de las partes (Arts. 309 y 310). Copia de él debe publicarse tres veces en un periódico del lugar en donde se siga el juicio, y en su defecto, en el Oficial del Departamento, Intendencia o Comisaría y, en último caso, en el Diario Oficial.

Es una publicación en sí diferente a la prevista en los artículos 1037 y 1038, irrenunciable por los interesados, por ser un emplazamiento necesario dirigido a los terceros acreedores. Es un llamamiento a quienes posean derechos concretos que reclamar contra el ejecutado del que es errado prescindir por simple renuncia de éste, del ejecutante y de los terceristas, pues ellos no pueden disponer arbitrariamente de los derechos de esos terceros con un acto que en la práctica les cierra la oportunidad que la ley les brinda para incoar sus tercerías. Es el verdadero interés público concretado en esa norma imperativa y comprometido en la protección de los nombrados, el que veda la aceptación de esa renuncia. Además, ella es inadmisible por la bien clara razón que la aceptación de la tesis contraria llevaría en sí una indeterminación o vaguedad en el procedimiento, desechable desde todo punto de vista.

Por último la omisión de la publicación acotada o su verificación irregular, produce nulidad al tenor de los artículos 448 y siguientes.

El auto admisorio de las tercerías es interlocutorio (Art. 466, núm. 2º) por idénticas razones —ya vistas— que el de mandamiento de pago (Art. 996), pues él reconoce una obligación contra el ejecutado y en favor del ejecutante, causa el gravamen que caracteriza los interlocutorios. En consecuencia, es apelable como éste en el efecto devolutivo (Arts. 1031 y 490).

Las publicaciones del edicto en los periódicos deben ser hechas dentro de la fijación suya, para una actuación más ordenada. Se ha presentado al respecto la dificultad de que el tercerista, de cuyo cargo inmediato son (sin perjuicio de que las hagan el ejecutado o el ejecutante por tener interés legítimo en ellas) no las haga verificar, paralizando con ello la actuación. No obstante que al respecto nada diga el artículo, consideramos que el vacío se llena señalando por el Juez un término dentro del cual deben ser hechas, so pena de tenerse por desistido al tercerista, solución que proponen algunos y que guarda armonía con otras disposiciones del Código, que sancionan la falta de los deberes procesales teniendo pór desistido al que no las satisface (Arts. 461 ss., 844, 845, 879, etc.).

ART. 1066. — Durante el lapso de fijación del edicto dispuesto en el artículo anterior y quince días hábiles más —contados desde el día en que deba hacerse la correspondiente desfijación, pues el que sea hecha posteriormente a ese día por omisiones Secretariales está lejos de generar consecuencias sustanciales en el proceso ya que lo que importa es que esté fijado el edicto durante el término previsto— todo el que tenga derecho a introducir tercería puede hacerlo. La oportunidad de introducción corre, pues, desde la fijación del aludido edicto hasta el vencimiento de los quince días mencionados y fuera de ella no es posible admitir la demanda de tercería que se presente. Los términos procesales para el ejercicio de derecho son perentorios, dado el carácter preclusivo del procedimiento, consideración que lleva a concluir que si de hecho se presenta una fuera del tiempo preindicado lo propio es desecharla de plano, por ser equivocado admitirla.

ART. 1067. — Tan pronto como trascurra el término fijado en el artículo 1066, recíbese a pruebas el incidente de tercerías, por un período de quince días hábiles, común a los interesados (ejecutante, ejecutado y terceristas) y después de pasado éste se ordena conferirles traslado de los autos por seis días para que confeccionen y presenten sus alegaciones escritas, traslado que por ser común a todos ellos no se surte entregándoles el expediente sino poniéndolo a su disposición en la Secretaría del Juzgado a efecto de que hagan su estudio (Art. 199).

Durante el término probatorio cada interviniente dispone de la facultad de suplicar la práctica de pruebas encaminadas a demostrar su derecho y a combatir el pretendido por los otros: así el ejecutado para acreditar la inexistencia de las obligaciones demandadas; el ejecutante para establecer la existencia de su crédito, la prelación que merece o la carencia de base de la tercería, y el tercerista para demostrar su derecho, la primacía de él sobre los alegados por el ejecutante y otros terceristas, o su existencia. En síntesis, cada interesado tiene una posición propia que puede oponer a los otros.

A primera vista puede parecer equivocado que el ejecutante

controvierta el derecho del tercerista, o éste el de aquél, no obstante que el ejecutado no lo haga o reconozca expresamente su existencia, pero ello se justifica por todo aspecto ya que es consecuencia natural del derecho de aquél el que no puede sujetarse a acuerdos dolosos de los otros, el que en principio excluye otros derechos contra el ejecutado, hasta tanto sean demostrados plenamente. Ese derecho lleva en sí una limitación a la libertad de que disponen las partes en los procesos, por cuanto que el ejecutado en ejercicio de ella no puede reconocer con eficacia por su consentimiento simple, deudas que menoscaben la efectividad de las reales en el proceso. El ejecutante, o el tercerista, tienen, pues, interés legítimo en controvertir los créditos de otro sin la voluntad del deudor y contra ella, para que la sentencia de graduación de créditos los desconozcan o no les dé la primacía pretendida en desfavor de sus intereses propios (del ejecutante o del tercerista).

Pasado el término probatorio y el del traslado, el Juez *a quo* dicta, dentro de los quince días siguientes (Art. 375), la sentencia llamada de graduación de créditos, teniendo en cuenta las normas de la ley (Arts. 470 C. J., 2488 ss. C. C. y 1º Ley 165 de 1936), la que es apelable por los interesados en el efecto suspensivo (Art. 490) ante el Superior, quien dicta la que le corresponde como tratándose de un auto interlocutorio (Art. 502) y si es un Tribunal en Sala de Decisión (Art. 504).

En caso de que no se haya dictado antes sentencia ordenadora de que se lleve adelante la ejecución y si es de oportunidad hacerlo (Art. 1026), la de graduación lo ordena.

ART. 1068. — Acorde con la doctrina general (Art. 393), las tercerías como incidente que son no suspenden el curso regular del proceso ejecutivo en que se introduzcan y de allí que los embargos, secuestros, incidentes sobre levantamiento de ellos promovidos por los terceros, por el ejecutado que ofrece caución de saneamiento, los autos de citación para sentencia, etc., sean procedentes sin embargo de adelantarse actuación sobre tercerías. La única suspensión de la actuación que producen éstas es la relativa al pago, pues no puede verificarse antes de que esté en firme el fallo sobre graduación de créditos que debe dictarse (Art. 1067), lo que es de completa lógica por cuanto que antes de la graduación no es sabido qué corresponde a cada acreedor (Art. 1048). Quizás el único caso de excepción a lo apuntado es aquel en que la parte ejecutante, la ejecutada y los terceristas acuerden unánimemente que se haga dicho pago, al que ha de acceder el Juez de la causa, siempre que sean capaces, por no contemplarse en tal supuesto causas que lo impidan y ya que así se procede en conformidad con los intereses y facultades propios de los intervinientes, que son los que priman en la materia.

ART. 1069. — La admisión de la primera tercería (Art. 1065) hace renacer, en principio, en favor del ejecutante la facultad de

denunciar (Art. 999, núm. 6º) otros bienes del ejecutado que haya presentado para el pago algunos y otorgado caución de saneamiento (Arts. 1016 ss.), porque aquélla implica la posibilidad de insuficiencia de las garantías existentes en favor del acreedor por los actos verificados antes. Esa facultad está condicionada o es dependiente en su eficacia: *a*) de qué el Juez estime suficiente la caución para cubrir la totalidad de los créditos perseguidos con la ejecución y la tercería, y *b*) de que el ejecutado mejore en oportunidad y forma satisfactoria la caución otorgada antes, esto es, de manera que garantice todos los créditos.

Los terceristas a la vez, ocupan idéntica posición al ejecutante en cuanto al denuncio de bienes, pues tienen derecho de hacerlo en las mismas condiciones que él, en lo que se comprende que la situación del tercerista en los procesos es en esencia distinta a la de los intervinientes adhesivos (Art. 233).

ART. 1070. — La tercería tiene su configuración definida dentro del procedimiento ejecutivo en el cual se introduzca y en ella no obstante de que no inviste al tercerista del carácter de verdadera parte, tiene éste un interés en sí independiente e insubordinado en gracia del que la terminación del ejecutivo, por una u otra causa, como la sentencia que ordene cesar la ejecución (Art. 1026, inc. 3º y 981), no termina por sí la acción del mencionado. Por ello, en atención a que la terminación de aquél retira por sí del proceso al ejecutante, el tercerista único viene a ocupar su lugar y se proseguirá la actuación hasta la obtención del pago del crédito suyo. Si son varios, el primero que haya introducido tercería vendrá a ser considerado como ejecutante y los otros continuarán en su misma calidad anterior.

Aun cuando expresamente no lo diga el artículo, ante la existencia de tercerías, la sentencia ordenadora de la cesación de la ejecución no contendrá al igual que en los casos comunes la orden de levantamiento de los embargos y secuestros dispuestos y practicados antes, por cuanto que ellas justifican su permanencia. El derecho cuya efectividad persigan basa lo apuntado, pues es de buena lógica jurídica que no se auspicie la lesión de él por ese levantamiento. Los bienes embargados quedan sujetos a que sobre ellos sea hecha efectiva la tercería, principio que refuerza lo anotado, máxime que no hay verdaderos fundamentos para que se terminen los embargos por la sola circunstancia de la cesación de la ejecución principal. Formalmente la tercería considérase como accesoria de una ejecución, pero no sustancialmente, en el fondo.

ART. 1071. — Si se acumulan dos juicios ejecutivos seguidos contra un mismo ejecutado, lo que no puede hacerse sino dentro del término fijado en el artículo 1066, en el caso de que haya tercería introducida, y con observancia de las reglas sentadas en los artículos 396 a 412, continúa en el carácter de ejecutante el que lo era en el juicio en que primero se haya decretado el embargo de bienes y los otros siguen en la calidad de terceristas.

ART. 1072. — Dice el artículo que si por el número y cuantía de las tercerías y el monto de los bienes embargados, el Juez llega a la conclusión de que el pasivo del ejecutado es mayor que su activo, a petición de cualquiera de las partes, declara abierto concurso de acreedores al deudor, y de ahí en adelante el juicio sigue la tramitación correspondiente, o sea la contenida en los artículos 1084 y siguientes que luego se estudian. Apréciase en ello que de ningún modo la declaratoria de apertura de concurso de acreedores es oficiosa sino provocada por interesado legítimo y que no es atribución discrecional del Juez, porque debe tener la convicción de que lo debido por el ejecutado es inferior al monto de sus bienes, para lo que se requiere que hayan sido justipreciados antes, considerar la calidad de las obligaciones, su origen, las excepciones propuestas en la ejecución, los medios de defensa aducidos contra las tercerías, la conducta de los acreedores con respecto a ellas y a la ejecución, etc., pues todo ello es importante para formar una convicción fundada. En consecuencia, antes de hacerse el avalúo de bienes o de admitirse la demanda de tercería es impropio hacer la aludida declaratoria, por carecer manifiestamente de apoyo cierto.

TÍTULO XXXIV

CESIÓN DE BIENES

CAPÍTULO I

CESIÓN A UN SOLO ACREEDOR

ART. 1073. — Reglamenta este título la cesión de bienes, que "es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos al acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas" (Arts. 1672 ss. C. C.), lo que por sí no les trasmite el derecho de propiedad sobre ellos sino la facultad de disponer de los mismos o de sus frutos y productos hasta cubrirse todos sus créditos (Art. 1678 ib.) y que tampoco comprende los bienes inembargables (Arts. 1677 ib., 1003 y 1004 C. J.).

Reconoce el artículo el derecho de quien conforme la ley sustantiva puede hacer cesión de bienes al acreedor, la que tiene por objeto lograr el pago de lo debido, por iniciativa y voluntad propios del deudor, sin que por ello sea posible ordenarla judicialmente por acción que incoe el acreedor, puesto que de ella únicamente es titular el obligado a una o varias prestaciones en beneficio de otro sujeto, quien dispone de otras acciones para lograr la efectividad de sus derechos, v. g., de la ejecutiva y de la ordinaria.

La cesión por su propia virtud no crea un estado de derecho definitivo e inmodificable, antes de que sean rematados los bienes

cedidos, pues el deudor goza de la facultad de arrepentirse de ella mediante el pago a sus acreedores (Art. 1679 C. C.), por lo que la relación procesal formada viene a depender en gran parte en su estabilidad y finalización del querer del deudor cedente, lo que se debe a la naturaleza y objeto de la cesión referida. En consecuencia, ejercitada por éste la facultad en mención en la forma debida, el acreedor no puede oponerse a ella y el Juez debe resolver en conformidad.

ART. 1074. — La demanda de cesión, además de las exigencias generales, que deben reunir las demandas (Art. 205), debe presentarse por el deudor ante el Juez competente, que lo es el del domicilio de aquél en los sesenta días anteriores a la suspensión de pagos (Art. 152, núm. 9º) de acuerdo con la cuantía (Art. 154) y ser acompañada: de una relación jurada de todos los bienes que el deudor pretenda ceder, especificados en forma que no quede duda sobre su identidad, sean muebles o inmuebles; de sus respectivos valores; de lo debido al acreedor, con indicación de capital e intereses, pues al hablar el texto legal de dicha indicación, es lógico que ella debe ser precisa y de allí que deba hacerse esa diferenciación para mayor certeza; de la residencia del acreedor, vale decir, de su domicilio; de la causa del crédito, esto es, del motivo o de los motivos jurídicos generantes de sus obligaciones.

Además de lo preanotado, el deudor debe adjuntar a su demanda una exposición descriptiva y verídica del estado actual de sus negocios, es decir, una indicación pormenorizada de sus diversas relaciones jurídicas y de la situación de hecho que tenga al incoar su acción, y la exposición de las causas de uno u otro orden que de modo inmediato y directo influyan en la suspensión y mora en la solución de sus obligaciones.

La omisión de cualquiera de las exigencias mencionadas antes coloca al funcionario judicial en el deber de no admitir la demanda presentada, hasta tanto el actor satisfaga todas esas exigencias, pues ellas se dirigen a establecer que en realidad el actor tiene derecho a apoyar el conocimiento de causa con que debe proceder el funcionario judicial (Art. 1673 C. C.).

ART. 1075. — Admitida la demanda de cesión de bienes, por la competencia del Juez ante quien sea presentada y porque reúna a satisfacción los requisitos preenumerados, se notifica personalmente al acreedor (Art. 312) y se le confiere traslado de ella por tres días hábiles, a fin de que defina su conducta sobre admisión o rechazo de la cesión que pretenda su deudor, pues como ocurre con todas las acciones que se instauran ante el Órgano Judicial, el llamamiento del demandado es de carácter esencial para el correcto impulso procedimental. El traslado se hace entregándole los autos por el Secretario y bajo recibo, ya que ninguna razón hay para que se surta poniéndolos a disposición en la Secretaría (Art. 199).

ART. 1076. — Pasado el traslado ordenado en el artículo anterior, si el acreedor demandado no acepta la cesión que pretenda hacér-

sele, se recibe a pruebas el proceso por el lapso de nueve días. A no dudarlo, la no aceptación del acreedor debe ser expresa ya que así procede el funcionario de la causa sobre mejores bases. Son las mismas formalidades exigidas en las normas anteriores para la admisibilidad de la respectiva demanda las que sustentan lo dicho, pues con relación a ella no ocurre lo mismo que con las demandas ordinarias (Arts. 734 ss.), por cuanto que en los litigios que ocasionan, el silencio del demandado no es óbice para la apertura a pruebas cuando haya hechos y actos que demostrar. Por tanto, la apertura a pruebas en los procedimientos de cesión no será menester cuando no se dé oposición expresa del demandado, pues en ellos su silencio debe tener la consecuencia de una verdadera aceptación de la demanda, máxime que ésa es la más propia y generalizada interpretación de él.

En realidad, ello es de mejor lógica ya que el omitir en los procedimientos judiciales la ejecución de un acto de oposición importa para quien la hace —y en lo tratado— una aceptación tácita, porque no es presumible que quien tenga interés o voluntad en desechar una cesión, guarde silencio al respecto. Además, procediendo en la forma anotada se evita que se ordene término probatorio sin voluntad de las partes. Por otra parte, lo precedente está en armonía con lo dispuesto en la ley sustantiva (Art. 1674 C. C.) que dispone que el deudor debe probar su derecho a la cesión si el acreedor lo exige, y no es posible que esa exigencia no sea concreta y que quepa presumirla sin embargo de no oposición expresa.

Ahora, corrido el traslado sin oposición o el término probatorio en su caso, el Juez decide si admite la cesión —admisión diferente a la de la demanda— o la deniega. La denegación deberá basarse en una de las causales previstas en los artículos 1675 y 1676 de la ley civil, pero en ningún caso en la renuncia anterior del deudor al derecho de hacerla por no ser renunciable (Art. 1673 ib.).

Art. 1077. — Admitida la cesión, con o contra la voluntad del acreedor, en providencia que es una verdadera sentencia (Art. 466), la actuación sigue su curso en forma similar a la del proceso ejecutivo en que se haya ordenado seguir adelante la ejecución (Arts. 1026 ss.), y de consiguiente las apelaciones contra los autos interlocutorios que se dicten se conceden de igual manera que en este juicio, el remate de bienes se hace como en el mismo, en igual forma se tramitan las tercerías, etc. Claro está sí que la misma voluntariedad de la cesión descarta la proposición de excepciones (Arts. 1026 ss.), aun por equivaler la admisión suya a sentencia ordenadora de que se lleve adelante la ejecución de la cual no son proponibles.

La cesión presenta la característica bien típica de que el deudor es el secuestre, lo que no sucede en los otros casos en los que ante todo importa separarlo de la conservación y administración de los que se secuestren (Arts. 278 y 279). No define el artículo en qué momento se dispone el secuestro, pero ese vacío se llena con lo que

dispone el Código en otros (Arts. 1080, 203). Por tanto, el embargo y secuestro se decretan en la providencia de mérito que califica la cesión de procedente.

Capítulo II

CESIÓN A VARIOS ACREEDORES

Art. 1078. — El deudor de varios acreedores y que conforme los principios de la ley sustantiva goza de la facultad de hacerles cesión de sus bienes (Arts. 1672 ss. C. C.), que no sean inembargables (Art. 1004 C. J. y 1677 C. C.), para solucionar sus deudas, cuando quiera hacer uso de ella, debe presentar demanda al Juez del domicilio suyo en los sesenta días anteriores a la suspensión de pagos, que es el competente, según la cuantía (Arts. 152, núm. 9º y 154), para conocer de la respectiva acción, demanda que además de reunir los requisitos generales (Arts. 205 y ss.) debe ser acompañada de una relación jurada y especificada por el demandante sobre cada uno de los bienes integrantes de su activo y su valor, todas las deudas que graven su patrimonio, su monto y causas, y de una memoria explicativa de los motivos que lo hacen ocurrir al pago por cesión a los acreedores, en la cual deberá indicar, en consecuencia, los motivos determinantes del estado de suspensión de pagos.

Lo anotado muestra que la demanda de cesión ofrece modalidades bien diversas de las de las comunes que debe llenar el demandante y sin las cuales no es admisible para darle curso procesal, pues en este supuesto es deber del Juez ante quien se presente ordenar que sea corregida, mejor dicho, que el deudor demandante satisfaga antes las prementadas exigencias.

Art. 1079. — La demanda presentada se notifica personalmente a cada uno de los acreedores (Art. 308), quienes desde ese momento pueden responderla y porque dentro del término de traslado alguno de ellos no la acepte, se recibe el proceso a pruebas por el lapso de nueve días. No dice el artículo cuál es la duración del traslado, pero el vacío se llena considerando que, como el traslado es personal, a cada acreedor es fundado aplicar analógicamente (Art. 203) lo establecido en el artículo 1075, que trata materia similar. Por otra parte, es claro que la recepción a pruebas se hace después que hayan pasado los traslados a todos, a fin de que no se incurra en repeticiones en la actuación y se falte a su unidad, en armonía con lo ordenado en el artículo 350.

En el período de pruebas indicado es deber del demandante aducir la demostración de su inculpabilidad en el mal estado de los negocios suyos, si algún acreedor lo exige, ya que sobre él pesa tal cosa, según la ley sustantiva (Art. 1674 C. C.). En ello resalta que con la demanda no es preciso que se aporten las pruebas sobre la procedencia de la cesión por ser necesarias únicamente ante la exigencia de parte acreedora. Ahora, presentadas por el demandante

a quien se exigen es de cargo de la parte opositora desvirtuar su mérito en conformidad con las reglas comunes (Arts. 593 y ss. y 1757 y ss. C. C.).

ART. 1080. — Porque en el auto interlocutorio que califique la cesión se la encuentre fundada, el Juez del conocimiento ordena el embargo y secuestro de los bienes del deudor y de allí arranca la segunda etapa del proceso de cesión, en la que se continúa actuando como cuando se trata del proceso ejecutivo (Arts. 981 y ss.), salvo en cuanto a las excepciones, pues por ordenación expresa de la disposición no son admisibles tratándose de cesiones, y en cuanto a la designación de secuestre que corresponde hacerla a los acreedores y porque ellos no la hagan en el lapso que al efecto se les fije, la hace el Juez.

La improcedencia de la cesión será declarada cuando, exigida la prueba prealudida al demandante, no la aporte en forma satisfactoria, cuando resulte que ha obtenido antes rebajas de los acreedores o ampliaciones del plazo, en concreto, la existencia de una cualquiera de las causales establecidas en el artículo 1675 del C. Civil, pero en ningún caso la estipulación de no hacer cesión de bienes porque la acción es irrenunciable (Art. 1673, ib.).

El auto por medio del cual se declare admisible la cesión constituye la base cierta sobre la cual se asienta el procedimiento ulterior, sin la que carece de solidez y eficacia. Por otra parte, si en gracia de él es denegada, tal auto tiene la fuerza de sentencia por terminar la instancia y hacer infundado el procedimiento posterior (Art. 467).

ART. 1081. — Ejecutoriado el auto admisorio de la cesión, debe disponerse que se ponga esa ocurrencia en conocimiento del público de igual manera a la dispuesta en el artículo 1065, o sea, con fijación de edicto en la Secretaría por un período de un mes y con publicación en un periódico por tres veces, lo que tiene por objeto hacer el llamamiento de los otros acreedores del cedente, para que en el término que el artículo citado señala comparezcan a hacer valer sus derechos. Porque se presente alguno distinto a los demandados iniciales y aunque no, después se adelanta el procedimiento como tratándose de incidentes de tercerías (Arts. 1063 y ss.) para poderse dictar sentencia de graduación de créditos, pero el término probatorio es de veinte días y ella se considera como dictada en juicio ordinario.

Obsérvase que esto último tiene notorio interés aun cuando ha solido desconocérsele, por cuanto que descarta la revisión del fallo por la vía ordinaria, que sí es propia de los ejecutivos (Arts. 1030, 473 y 474).

Porque se presente algún acreedor distinto a los designados por el demandante parece que sí cabe la proposición de excepciones en su contra, no obstante lo dispuesto en la primera parte del artículo 1080, por ser lógico no admitir excepciones de quien ha reconocido en demanda créditos en su contra, pero no cuando no los haya reconocido, como son los del acreedor no demandado, para no colocar al

cedente en situación en extremo precaria que pugna con los principios capitales del derecho procesal, privándolo de medios de defensa. Si hay fundamento innegable en la negativa a la admisión de la proposición de excepciones contra los acreedores demandados, no lo hay para desechar las que se propongan contra quien no fué demandado. Fenómenos de naturaleza distinta no caen bajo el imperio de una misma norma de derecho. Son los principios de justicia los sostenes de lo afirmado, con los que armonizan las normas científicas de interpretación correcta de la ley.

Por tanto, es acertado concluir que la prohibición del artículo 1080 carece de un alcance absoluto y que el mejor criterio de aplicación de ella es el expuesto. No sobra advertir que las excepciones ya varias veces mencionadas no requieren tramitación de incidente especial, que las pruebas sobre ellas cabe aportarlas en el lapso probatorio del proceso y que son decidibles en la misma sentencia de graduación de créditos.

El recurso de apelación (Arts. 490 y ss.) que se interponga contra el fallo de graduación de créditos, lo mismo que el de casación contra el de segunda instancia (Arts. 519 y ss.), no privan al Juez *a quo* de la jurisdicción para continuar impulsando el procedimiento hasta ponerlo en estado de que se haga el pago a los acreedores con el producto de los bienes rematados, excepción manifiesta a lo que en otros lugares dispone de manera general el Código, acerca de la suspensión de la competencia (Arts. 147, 501, 524 y 525), pero fundado en la conveniencia de que el procedimiento de cesión sea breve y no grandemente demorada la eficacia de los derechos de los acreedores.

Por tanto, para la actuación que a pesar de los recursos se continúa ante el Juez *a quo*, han de tomarse las copias necesarias, para practicar los secuestros y avalúos que no se hayan hecho antes por uno y otro motivo, etc. Al respecto, téngase presente que de acuerdo con el texto claro del artículo, antes de resolverse esos recursos no puede hacerse el pago, contra la voluntad del deudor, tesis armónica con la doctrina del artículo 1032.

ART. 1082. — Porque en el auto interlocutorio (Art. 466) calificador del mérito de la cesión se resuelva que no es procedente, nace la posibilidad de declarar abierto proceso de concurso de acreedores contra el demandante, lo que se hace siempre a petición de acreedor, pues el texto del artículo así lo dispone, descartando toda razón para declarar abierto el concurso dicho en forma oficiosa. Además, es elemental que el citado auto da ocasión a la apertura de concurso cuando está ejecutoriado, siguiendo las normas generales, según las cuales ninguna providencia judicial es ejecutable antes de que esté en firma. Por otra parte, no está por demás aseverar que el artículo cuestionado es innecesario en atención a que en el fondo dispone igual cosa que el artículo 1184 en su primera parte. Por ello, se ve una repetición inútil del Código, el que no es escaso en ellas.

ART. 1083. — Autoriza la disposición prescindir de la sentencia sobre graduación de los créditos que se dicta regularmente en los procesos de cesión de bienes a varios acreedores, si todos ellos poseen capacidad de disponer de lo suyo y así lo solicitan en forma unánime al Juez de la causa, pidiendo a la vez que se les entregue el producto de los bienes para repartírselo entre ellos o en la forma que hayan acordado. Claro es que entonces el Juez de la causa debe acceder a lo pedido, siempre que se reúnan las condiciones anotadas y que no pese sobre el derecho de los acreedores algún embargo. Nótese que el texto del artículo está indicando que la viabilidad de la entrega exige que se hayan rematado bienes anteriormente.

Porque uno de los acreedores no sea capaz, la prescindencia de la sentencia y la entrega dichas no se imposibilitan, aunque se suele sostener lo contrario, a condición de que su representante obtenga autorización judicial para ello (Arts. 465 y *conc.*).

TÍTULO XXXV

CONCURSO DE ACREEDORES

ART. 1084. — Reglamentó el código bajo este Título el concurso de acreedores en forma que por lo menos descarta muchos de los inconvenientes de que adolecía la legislación antigua, con indefinidas demoras y vacíos en materia de tanta entidad en la cual juegan papel los intereses generales de la sociedad. El juicio de concurso es distinto por esencia al de cesión de bienes reglado en el Título precedente, pues no se origina por voluntad del deudor como éste, el que en ocasiones da lugar al primero, sino a petición de acreedor, es forzoso para el demandado, quien en él carece del beneficio llamado de competencia, etc.

El juicio en referencia se declara abierto por funcionario competente mediante auto y súplica de parte, acompañada de la prueba suficiente con la cual se acredite la ocurrencia de lo que da lugar a él, puesto que sin ella es manifiestamente equivocado abrirlo, ya que, por otra parte, falta lo que constituye su verdadera base y también su objeto, que es el pago de las deudas que esté obligado a solucionar el deudor. Dentro de una sana lógica jurídica no es comprensible someter al último a soportar la situación desfavorable de un concurso sin elementos de convicción que lo apoyen.

Dice el artículo que el concurso se declara abierto contra el deudor:

1º Cuando ha pretendido hacer cesión de bienes y que judicialmente no se le haya admitido, lo que dispone el artículo 1082. La prueba que en ese supuesto debe presentarse consistirá en copias auténticas de la providencia por medio de la cual se le hayan denegado las peticiones de la demanda suya y de las constancias de ejecutoria, ordenadas por el respectivo Juez, o certificación expedida

por el mismo, en que asevere la denegación y su ejecutoria, pues esos elementos bastan en orden a dar por demostrado que existe base para la apertura prementada.

2º Cuando se le sigan dos o más ejecuciones, o una con tercería admitida y aparezca que los bienes embargados no son suficientes para el pago, análogamente a lo establecido en el artículo 1072, de todo lo cual se requiere la prueba, por la sencilla y clara razón de que la actuación jurisdiccional está lejos de ser caprichosa y de obedecer a situaciones inciertas. Además, las ejecuciones o la tercería han de estar en curso, por no haberse presentado desistimiento expreso (Arts. 461 y ss.) o por no haberse operado caducidad que paralice la acción o las acciones (Arts. 364 y ss.), pues por algo habla el numeral de que "se le sigan", lo cual correctamente no significa otra cosa que exigir que las ejecuciones o la tercería estén recibiendo en la actualidad su normal impulso procesal.

3º Cuando sea del caso declarar quebrado a un comerciante. Sobre este particular anotamos que al final del título transcribimos el Decreto-Ley 750 de 1940 que regla la quiebra y su exposición de motivos, con lo cual pueden adquirirse ideas definidas sobre el asunto, que de suyo requiere un estudio que escapa de los escasos límites de esta obra, causa para que adoptemos esa línea de conducta.

ART. 1085. — Al disponerse la apertura del concurso, el Juez decreta:

1º La quiebra del comerciante, si el deudor lo es, conforme y según las normas del Código de Comercio. En la actualidad son aplicables sobre la materia de quiebras las reglas sentadas en el Decreto-Ley 750 de 1940, que se transcribe al final del título, como ya se dijo, el que constituye un positivo avance en la legislación patria porque hace efectivos en la práctica los procesos de quiebra y los derechos ligados a ellos, sin que sean cosa meramente ilusoria.

2º El embargo y secuestro de los bienes del concursado, los que no necesitan petición anterior de parte demandante por ser consecuencia natural de la apertura de concurso y tender a garantizar los derechos de los acreedores. Sin duda alguna ellos recaen sobre los bienes embargables (Arts. 1004 C. J. y 1677 C. C.) y se practican con aplicación de los principios comunes sobre la materia (Arts. 1019 y ss. y 276 y ss.).

3º La ocupación inmediata de los libros de cuentas del concursado, papeles y documentos relacionados con el giro de sus negocios y los allanamientos que sea necesario hacer para llevar a efecto lo que se ordene (Arts. 428 y ss.). Lo primero es conforme con el artículo 19 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936, que sienta la inviolabilidad de las cartas y papeles privados, pero que autoriza su registro con orden de autoridad competente y para el efecto de buscar pruebas judiciales. Es de claridad meridiana que por los fines del concurso se requiere tomar los libros del concursado para así determinar bien su situación de derecho y de hecho y garantizar eficientemente los

derechos de los acreedores, sin someterlos a la actividad maliciosa del deudor inescrupuloso.

4º La detención de la correspondencia del concursado relativa a sus negocios, lo cual tiene idéntico apoyo que lo dispuesto en el anterior numeral. Por tanto, no se detendrá la correspondencia familiar, en la que trate de asuntos diversos a negocios de carácter económico, de cuestiones desligadas en un todo de actos jurídicos que importen en el concurso.

5º La guarda de los bienes y la postura de sellos y demás seguridades propias a fin de que no sean distraídos u ocultados aquéllos, antes de la práctica del secuestro. Es una medida preventiva similar a la que se practica en relación con las sucesiones (Arts. 894 y ss.). En consecuencia, cabe ordenar la vigilancia de tales bienes por las autoridades policivas, las que, por tanto, han de cumplir las órdenes judiciales.

6º La separación del concursado de la administración de sus bienes, lo que tal vez no sea absolutamente necesario, por la sencilla razón de que por el embargo y el secuestro en realidad se hace la separación ordenada por el numeral y también por el desempeño de las funciones del Síndico, pero que tampoco sobra para evitar en lo posible distracción de bienes, como tradicional y generalmente se ha hecho.

7º La fijación de edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el juicio, que se fija en la Secretaría por un mes; se publica en uno o más periódicos de los indicados en el artículo 1065 por tres veces y también en carteles que se fijan en lugares públicos y de preferencia en los establecimientos del concursado. En el mismo se inserta el correspondiente auto y hace nacer para los acreedores no intervinientes antes la posibilidad de intervenir en busca de la efectividad de sus créditos, incoando sus acciones en el mismo proceso.

8º La prevención de que, vencido el término de fijación del edicto, se entiende notificado el correspondiente auto al concursado, a los acreedores y al público en general. En eso se consagra una excepción al principio de que se notifica personalmente al demandado la primera providencia que se dicta en los asuntos judiciales (Art. 312), lo cual se justifica en consideración a que el proceso de concurso ha de ser lo más breve que sea posible sin someterse a dilaciones por dificultades en las notificaciones personales, en atención a que las fijaciones del edicto son medio bastante para que el demandado tenga oportunidad de conocer el proceso que se adelante contra él y teniendo en cuenta que la actividad anterior al concurso hace conocer al deudor el proceso a que se verá ligado como sujeto pasivo.

9º La prevención a los acreedores que pueden hacerse parte en el procedimiento durante la fijación del edicto y un mes más, con la prueba que acredite sus derechos, de donde se infiere que el acreedor que quiera hacerse parte para que se le reconozca lleva la carga de aportar la prueba satisfactoria del derecho que pretenda, sin la

cual es equivocado a todas luces reconocerlo en ese carácter. Además, es incuestionable que al hacerse parte toma el proceso en el estado en que se halle. Por otra parte, ésa no es la única oportunidad que disfrutan los acreedores para hacer valer sus derechos, como lo indica el segundo inciso del artículo 1089.

10º El nombramiento de un Síndico, quien puede tener la calidad de acreedor, el que tiene entonces las funciones propias de los curadores de bienes (Arts. 561 y ss. C. C.), fuera de las que se relacionan en el artículo siguiente. Ese nombramiento, es hecho independientemente por el Juez y en interinidad, como se desprende del texto del artículo 1087.

11º La designación del secuestre o los secuestres que sean necesarios y de los peritos avaluadores, quienes tienen sobre sí las obligaciones generales propias del cargo y las que indican los otros artículos del Título de referencia. Se ve en ello que se abandonan las reglas comunes que atribuyen facultad de nombrar secuestre a la parte demandada (Art. 285) y peritos a ambas partes (Art. 706), pero es un abandono que garantiza mayor celeridad de la actuación y la imparcialidad de los nombrados.

12º La declaración de que las deudas a plazo no vencidas aún se entienden actualmente exigibles, para el efecto de que figuren en el concurso, causa bastante para que los acreedores a plazo del concursado no se vean ante la necesidad de adelantar previamente el procedimiento especial sobre extinción de tal plazo (Arts. 1201 y 1202), sino que puedan promover directamente sus acciones; y

13º La intimación a los deudores del concursado y a todos los que tengan negocios con él, inclusive juicios pendientes, que deben entenderse con el Síndico, lo que asegura en mejor forma la eficacia de las medidas de que se ha hablado y los intereses de las personas distintas al demandado.

Art. 1086. — Son deberes de los Síndicos que actúan en los concursos, sin perjuicio de los derechos que a los concursantes asisten en tal carácter, los siguientes:

1º Vigilar la conducta de los secuestres y pedir su remoción, cuando no cumplan con sus deberes propios en la guarda de los bienes secuestrados, no obren con imparcialidad, sean inexpertos, etc., de acuerdo con las causales comunes de remoción (Arts. 289 y conc.).

2º Representar al concursado y defender la masa del concurso, en beneficio de aquél y de los acreedores en el juicio y fuera de él, respetando las atribuciones de los secuestres. En ello se destaca que el Síndico debe obrar con suma imparcialidad por no ser representante en una sola de las partes sino de ambas, por depositar en él la ley una función que así lo exige. Desde que tiene la personería del concursado y en relación con los intereses del concurso se comprende mejor la razón de lo dicho, por lo que ha de llenar sus funciones con suma imparcialidad sin menoscabar en lo más mínimo los derechos que en realidad quedan a su cuidado.

3º Pedir al Juez de la causa, una vez ejecutoriado el auto declaratorio de la apertura del concurso, el remate de los bienes perseguidos. Por tanto, el ejercicio de esa facultad no depende de la voluntad particular de un acreedor, pero se sujeta a que se haya verificado la ejecutoria dicha (Art. 1033) y a que todos ellos, en forma unánime, no prescindan del remate por arreglos con el deudor, por ejemplo, pues se trata de un acto que directamente les beneficia y de allí que puedan renunciarlo si son capaces.

4º Promover el incidente sobre calificación de la quiebra cuando se trate de deudor comerciante. Al respecto téngase en cuenta que el Decreto 750 ordena al Juez de la causa proceder oficiosamente en la instrucción de sumario para determinar la responsabilidad penal del comerciante y que precisa las funciones de los Síndicos en las quiebras.

5º Exigir y recibir a los secuestres el dinero que recauden en el desempeño de sus funciones y ponerlo a orden del Juez de la causa. Ese dinero, al presente, deberá depositarse en el Banco de la República, etc. (Dto. Ejvo. Nº 1115 de 1940) y su entrega será hecha apenas se ejecutoría la sentencia de prelación, a menos que se prescinda de ella, conforme a los artículos 1091 y 1093, pues en este evento se entregará el dinero a los acreedores, conforme su voluntad unánime, hasta concurrencia de las acreencias suyas.

6º Formar el balance del concursado y la relación de que trata el artículo 185 del Código de Comercio si aquél no la presenta, esto es, una exposición de las causas influyentes en la quiebra. Al presente, por el Decreto 750 se regla el asunto en mención.

7º Rendir las cuentas comprobadas del desempeño de su cargo al finalizarlo y entregar también al Juez el saldo que resulte en su contra. Es precisamente la rendición de cuentas que tienen obligación de hacer quienes administran bienes ajenos (Arts. 1120 y ss.), análoga a la del secuestre (Art. 296), a fin de conocer la situación patrimonial que se presente, pues sin ello los intereses puestos al cuidado del Síndico dependerían de su mera voluntad.

8º Servir o entregar al concursado la pensión alimenticia que el Juez determine, en la cuantía y formas señaladas por él, a petición de aquél y previa audiencia de los acreedores. Ciertamente, por razones de humanidad quiere la ley no privar al concursado por completo de bienes necesarios a la subsistencia suya y de la familia. Distínguese esto del beneficio de competencia, según el cual se deja en poder del demandado lo que necesite para vivir sin desposeerlo de ello (Arts. 1684 y ss. C.C.).

Art. 1087. — Vencido el término de un mes de fijación del edicto, establecido en el ordinal 7º del artículo 1085, el Juez de la causa está en el deber de declarar, dentro de los tres días siguientes, cuáles de las personas comparecientes a hacer efectivos sus derechos de acreedores tienen efectivamente esta condición, mediante providencia interlocutoria (Art. 466), recurrible según las formas comunes (Arts.

487 y ss. y 490 y ss.), ya que la ley expresamente no lo veda, y que tampoco implica definición definitiva de tales derechos, lo que es posterior, en la sentencia de graduación de créditos.

En dicho auto se previene a los acreedores reconocidos, porque hayan aportado la prueba eficaz de sus derechos, que dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria suya nombren un Síndico definitivo que reemplace al nombrado interinamente, en aplicación del numeral 10º del artículo 1085, sea o no acreedor, pero prefiriendo al último. Ese nombramiento ha de ser unánime, porque si no lo es surge la facultad del Juez para hacerlo con independencia de la voluntad de las partes, prefiriendo sí al sujeto que sea acreedor y residente en el lugar donde se adelante el proceso. En ello resalta que los acreedores que primeros concurren a hacer valer sus derechos gozan de cierta posición mejor que quienes lo hacen únicamente en el término del artículo 1089, por cuanto los últimos entonces no vienen a tener intervención en el nombramiento de Síndico, el que de suyo es importante.

ART. 1088. — Dispuso el artículo que en los casos de quiebra se aplican las reglas consagradas en el Código de Comercio sobre la materia, y se siguen en cuaderno separado las diligencias que el mismo previene y que la demanda respectiva no se sujeta a repartimiento. En los artículos 121 a 182 inclusive reglamentaba el Código de Comercio las quiebras, pero ellos fueron derogados expresamente por el artículo 51 del Decreto-Ley 750 de 1940, que las reglamentó. Según el artículo 6º del mismo, la demanda que se presente no está sujeta a la formalidad previa del repartimiento y debe calificarse por el Juez ante quien lo sea al día siguiente de su presentación. En relación con este asunto, debe consultarse al final del Título el texto del aludido Decreto y la exposición de motivos hecha por la Comisión que lo elaboró, para una mejor comprensión de la materia.

ART. 1089. — Ejecutoriada la providencia declaratoria de quienes son los acreedores del concursado, debe hacerse la recepción del proceso a pruebas por un término máximo de cuarenta días hábiles, el que señala el Juez atendiendo a la naturaleza propia del juicio por el número de acreedores, el monto de sus créditos, la extensión de los negocios del concursado, el monto de sus bienes, en síntesis, prudencialmente y en armonía con los derechos de las partes (Art. 367).

En el transcurso de ese período los acreedores que no hayan sido reconocidos con anterioridad, y los que no hayan representado en el procedimiento seguido, disponen de la facultad de constituirse en parte, a fin de aportar las pruebas de sus derechos para que les sean reconocidos en la sentencia de prelación, en lo que se comprende que la no intervención inicial de ellos no demerita sus acciones y que tampoco las menoscaba la circunstancia de no haberles sido reconocido el carácter suyo en la providencia que se dicta en cumplimiento del artículo 1087.

Pasado el término probatorio ha de ordenarse un traslado común

a las partes por diez días, el que se surte en la Secretaría del Juzgado del conocimiento (Art. 199), para que hagan y presenten sus alegaciones de bien probado y después se pronuncia sentencia de graduación dentro de los treinta días siguientes (Art. 375), contra la que procede el recurso de apelación (Art. 490) y el de casación (Art. 519) y que es dictada en derecho.

ART. 1090. — En la sentencia de graduación de créditos es propio disponer que si hay obligaciones condicionales (Art. 1530 y ss. C. C.) e insolutas que en principio pesen sobre el deudor concursado se deje bajo secuestro la cantidad que corresponda, sin desconocer la prelación que ella contenga, con el objeto de favorecer a los respectivos acreedores, lo que ha de cumplirse forzosamente, salvo que ellos renuncien de algún modo esa garantía o que el concursado, sin perjuicio de los demás acreedores, asienta en que se les pague, pues en ese supuesto entonces no se requiere el secuestro. En mérito del D. L. 1115 de 1940, no será necesaria la intervención de secuestre en relación con aquella cantidad sino que bastará depositarla como él ordena.

Ordena la segunda parte de la disposición acotada que respecto a aquellos bienes que se encuentren en los casos de los artículos 165 del Código de Comercio, 2489 del Código Civil y 22 de la Ley 51 de 1918, el Juez hace las declaraciones a que haya lugar, si los favorecidos en gracia de esos artículos presentan las correspondientes demandas. Ellos tratan de los bienes en poder del concursado en los que tengan derechos otras personas y que no entran en el concurso, mas como el Decreto-Ley 750 de 1940, en su artículo 51 derogó el artículo 22 y el 165 prementados, en la actualidad rige en su lugar el artículo 40 de dicho decreto.

ART. 1091. — El Juez se abstiene de dictar la sentencia de prelación de créditos si así solicitan por unanimidad, después de vencido el término probatorio, los acreedores, asunto completamente similar al previsto en el artículo 1083 y de iguales fundamentos. Esa sentencia interesa principal y directamente a los mentados acreedores por entrar en ella en juego sus intereses, motivo bastante para que no haya razón en impedirles solicitar que se prescinda de la misma. Ahora, podrá accederse a la petición que formulen siempre que entre ellos no haya oposición y que el Síndico, por parte del deudor y en cumplimiento de sus obligaciones (Art. 1086, num. 2º), no haya propuesto oposición a las pretensiones de alguno de ellos, puesto que en este evento no cabe dentro de ninguna lógica prescindir del fallo de graduación, porque ello significaría despojar al deudor de todo medio de defensa y sería propicio a los mayores abusos ante la situación precaria en que se le colocaría. Precisamente, los principios normativos del procedimiento judicial y en especial los del proceso de concurso, muestran que es de fundamento evidente la interpretación que se hace del artículo en estudio.

ART. 1092. — La sentencia dc prelación es recurrible en apelación

en el efecto suspensivo (Arts. 490 y ss.) como las dictadas en un procedimiento ordinario (Arts. 734 y ss.) y también en casación (Arts. 519 y ss.), a condición que reúna las condiciones especiales para la viabilidad de este recurso, pero en el período de tramitación y decisión de la apelación o de la casación, el Juez de la primera instancia conserva su competencia en lo referente a la administración de los bienes del concursado y a las diligencias que sean menester hasta colocar el proceso en estado de hacer el pago a los acreedores, cuestión idéntica en sustancia a la prevista en el segundo inciso del artículo 1081. Compréndese que la no suspensión de la jurisdicción del inferior tiene alcance relativo por no recaer sobre el fondo del proceso mismo sino sobre algo propio para impedir la paralización y descartar en lo posible demoras contrarias a la eficacia de los derechos de los acreedores, sobre algo que es consecuencia normal de los derechos ya reconocidos, pero que por sí no implica gravamen irreparable para las partes.

ART. 1093. — Ejecutoriada la sentencia de prelación, cuando se dicta, los acreedores por sí gozan de la atribución de acordar la distribución de todo el dinero que exista en poder del secuestre o consignado en el Banco de la República o en la Administración Nacional de Hacienda (D. E. Nº 1115 de 1940), siempre que lo hagan unánimemente, análogamente a lo establecido en el artículo 1083. Ahora, ante el ejercicio de esa facultad, el Juez está en la obligación de acceder al pedimento que sobre el particular sea formulado, con el lleno de las correspondientes formalidades, dejando las constancias del caso en los autos. Lo relacionado tiene por base el reconocimiento de la libre voluntad particular de quienes sean capaces, a la que no debe imponerse la sentencia de graduación, por obvias razones. Por lo demás, es elemental que la facultad de los acreedores abarca únicamente la suma que corresponda a sus derechos y no una mayor, y que se ejerce independientemente por los concursantes generales sobre la masa común y por los especiales en iguales condiciones, pero sin lesionar los derechos de unos y otros, conforme los otros artículos del Título.

ART. 1094. — A los acreedores hipotecarios confiere la legislación derecho para incoar acción de venta o adjudicación de los inmuebles hipotecados (Arts. 1189 y ss.), la que establece su llamamiento cuando otro la incoe (Art. 1036) y no están sujetos en un todo a la espera de las consecuencias del concurso general que se adelante contra el deudor, pues pueden promover concurso especial de ellos sobre lo hipotecado, con la carga, sí, de consignar la cantidad que se estime necesaria para el pago de los créditos de la primera clase y de devolver al concurso lo que sobre después de cubrirse el monto de sus acreencias (Arts. 2499, 2501 y conc. C. C.). De forma que en ese concurso particular no tienen intervención directa los que sean acreedores generales y es tramitado con cierta independencia del concurso común.

Claro es que el monto de lo que debe consignarse por los acree-

dores hipotecarios es determinado por el Juez de la causa, atendiendo a los intereses que con la consignación se busca amparar y satisfecha es cuando procede impulsar el concurso particular y hacerles el pago de sus créditos, el que es infundado antes de cumplirse aquélla satisfactoriamente para que la exigencia de la legislación no sea burlada fácilmente con menoscabo de la efectividad de los derechos de los acreedores comunes o generales.

Por otra parte, por el concurso especial no se crea para los acreedores hipotecarios una situación definitiva puesto que ella está condicionada a las resultas del concurso general, a que los bienes afectos a él sean suficientes para cubrir el monto de las acreencias que en él figuren y que tengan prelación sobre las de los acreedores con hipoteca. Por consiguiente, cuando los últimos no están en el deber de integrar al concurso general determinadas sumas es cuando cabe decir con propiedad que son titulares legítimos y definitivos de las situaciones creadas en el concurso especial suyo.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS AL PROYECTO DE LEY SOBRE QUIEBRAS

(Hoy Decreto 750 de 1940)

Señor Ministro:

El proyecto de ley sobre *Quiebras* que tenemos el honor de someter a su consideración, persigue naturalmente los mismos fines de las más modernas legislaciones sobre la materia, porque la psicología del comerciante, las necesidades del comercio, las causas que llevan a la quiebra y entre ellas el humano intento de defraudar a los acreedores por procedimientos conocidos *ab-initio* con el nombre de fraudes paulianos, sustrayendo del conjunto de bienes un patrimonio que queda a salvo a favor del comerciante y su familia después de la quiebra, y hasta la aguda y notoria tendencia actual a hacer de la quiebra el mejor de los negocios mercantiles al amparo de una legislación imprevisiva y débil, y también, ¿por qué no decirlo?, contando con jueces indolentes o poco versados en la organización jurídica del comercio, son todos fenómenos universales que se presentan lo mismo aquí, en Colombia, que en los demás países; es por tanto posible que el proyecto refleje medidas y características de otras legislaciones, pero ello no quiere decir que la Comisión se haya propuesto adaptar para Colombia alguna o algunas de aquéllas; no; es que a unos mismos hechos económicos corresponden concepciones jurídicas similares; el proyecto no se ha propuesto ajustarse a determinado patrón; precisamente la Comisión ha tenido el cuidado de observar el hecho económico colombiano, no sólo por experiencia personal de sus miembros, sino por el contacto con cámaras de comercio y especialmente con el último congreso de comerciantes reunido en Bogotá; a lo cual se agrega que la experiencia de los abogados que integran la comisión

ha sido asesorada por el conocimiento directo que del comercio han tenido los miembros representantes inmediatos de los comerciantes en el seno de la Comisión, que no pocas veces determinaron orientaciones traducidas en el articulado del proyecto por normas jurídicas; y, finalmente, la Comisión ha tenido en cuenta los resultados que la ley actual colombiana (parte del código civil en sus capítulos sobre cesión de bienes y prelación de créditos, del judicial en su título sobre concurso de acreedores y del mercantil mismo sobre quiebras del comerciante), ha producido en los últimos años en Colombia, siendo lo cierto que es notoria y evidente la desmoralización de ciertos sectores del gremio de comerciantes, como lo pone de presente el clamor general de las cámaras de comercio, la desconfianza de los industriales y comerciantes de otros países para la provisión a crédito de mercancías y valores en Colombia, y el estado ya intolerable de burla y de sarcasmo que pregonan ciertas colonias de comercio minoritario, pero muy extendido, respecto de la ineficacia de nuestra ley para sancionar la connivencia, el dolo y el fraude organizado en beneficio familiar o de las mismas colonias, todo lo cual consta en evidencia la necesidad de reaccionar con una legislación más eficaz, previsiva y drástica que ejemplarice y moralice, y que no sirva de escudo para que la ley sea letra muerta y amparo y negocio de los deshonestos.

El actual código penal, como que fué dictado ya en estos últimos tiempos de notoria desmoralización del comercio, le ha prestado notable apoyo al proyecto, porque aquél sanciona el delito de quiebra en todos los casos en que ésta se produzca fuera de una notoria prudencia y diligencia del comerciante en la administración de sus negocios, siendo los demás casos sancionados penalmente, que típicamente corresponden al delito comercial de quiebra. Pero esta magnífica previsión penal no armoniza con los códigos de 1887 y resulta como dictada al vacío. El proyecto pone en concordancia el acto mercantil y su ilicitud penal.

Empero, como lo notará el señor ministro, el proyecto no es de reacción. La Comisión ha tenido muy en cuenta que la economía del mundo, con sus ciclos de prosperidad y de crisis, que en todos los países se marca por un gráfico alternativo de altas y bajas, corresponden generalmente a períodos de legislación sucesivamente benévolas y drásticas para el comercio. Por ejemplo, y para citar una legislación que es muy conocida en Colombia y que inspira todas las del tipo latino, es sabido que el código napoleónico de comercio surgió por el determinante de ponerle fin a las quiebras fraudulentas y bajo la influencia de la concepción militar de que el comerciante debía asimilarse al capitán de un barco, responsable de su empresa en caso de naufragio; pero esa concepción legislativa flaqueó y fué reformada poco después, precisamente cuando su severidad había moralizado el comercio; y así se podría seguir marcando las etapas y alternativas de la ley de quiebras, lo mismo en Francia que en

los demás países, siendo de actualidad el poder decir con un gran comentador del hecho mercantil legal en su tribuna de la Sorbona, aludiendo al último período de leyes benignas, a saber:

"La consecuencia de esta evolución del hecho de la quiebra en el sentido de una atenuación siempre constante, ha sido un aumento bastante grande del número de quiebras, y sobre todo un aumento deplorable del mal resultado de su organización jurídica. Hoy las clausuras por insuficiencia de activo en los negocios son mucho más numerosas. Además de que las quiebras de los extranjeros juegan un importante papel y los comerciantes jóvenes se distinguen en su ardor por hacer de la quiebra un negocio." Tal allá como aquí, señor ministro.

Es así como la Comisión ha procurado que el proyecto corresponda a lo que debe ser una ley, es decir, una norma de serenidad jurídica, que lo mismo corresponda en su justicia a la organización mercantil de empresas de tipo colonial que el inquieto y perturbador comercio minoritario del traficante de nueva inmigración extranjera. Se contempla el hecho, no la persona; el futuro y no sólo el presente. Se sanciona el hecho ilícito, no el acto normal del comercio, concebido éste como de interpretación en la circulación de la riqueza mueble, siempre con ánimos de lucro. La comisión ha deseado dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude, y celeridad por procedimientos comerciales en la liquidación de los patrimonios en bancarrota.

Es difícil reducir a un conjunto de categorías las características del proyecto. Fuera de las que vamos a enumerar, el señor ministro observará muchas otras que resultan de la combinación de aquéllas entre sí. Pero más bien con el propósito de ser claros, pudiéramos relievar ciertos aspectos en la siguiente clasificación:

1º — El estado de quiebra se echa de ver por la suspensión de pagos, que es el signo externo y visible que perturba el comercio, obedezca o no a insolvencia. Se ha dado la manera de probar la cesación de pagos, inclusive por presunciones en casos agudos reveladores de mala fe, como la fuga notoria o las ventas de activos y cambios de nombre del comerciante, sin dejar quién atienda al pasivo anterior;

2º — Se ha hecho eficaz el delito de quiebra, previsto y sancionado por el moderno código penal; en tal forma que la quiebra sólo es inculpable cuando se produce a pesar de haber puesto el comerciante una notoria diligencia y prudencia en el manejo de sus negocios, en sus gastos personales y en todos los actos que puedan influir de algún modo en su patrimonio;

3º — Cuando la quiebra es culpable, las sanciones se han extendido para los que manejan sociedades y compañías, pues no es justo que los directores sigan quedando al margen de las penas, degradaciones o incompatibilidades con que hoy se castigan nada más que a las personas naturales, siendo así que esas personas físicas o ju-

rídicas obran en el mundo económico con más poder y causando más estragos que el simple individuo comerciante; y porque esto está más de acuerdo con la moderna concepción de que las personas jurídicas obran con más realidad y tienen más realeza en el concurso que las naturales, no pudiéndoseles considerar ya como una simple ficción jurídica, es decir, como creaciones de la ley contrarias a lo que ordinariamente sucede;

4º — Cuando la quiebra se produce, el comerciante queda separado o inhibido de la administración de sus bienes: si es culpable, por su mala fe; y si no lo es, por incapaz. Todos los procedimientos individuales de cobro cesan para centralizarse en una dirección general de los negocios en liquidación; todas las deudas se hacen exigibles para ese solo efecto y los intereses se suspenden para sumirse en la expectativa de un dividendo de pérdida común. En una palabra el procedimiento de quiebra universaliza las actividades de liquidación. Pero no es natural que los negocios o empresas que manejaba el comerciante se suspendan intempestivamente, puesto que ellos traían cierto ordenamiento y vía de desarrollo con tal impulso que su paralización causaría más estragos al comercio. Entonces hay necesidad de investir al conjunto de intereses que juegan en la quiebra de una organización que se unifica y centraliza en una masa dotable y dotada de personería jurídica, como un patrimonio autónomo digno y capaz de derechos y de obligaciones, representado legalmente por el síndico e inspeccionado por el juez. A este respecto cabe decir, aunque ésta es cuestión que se trata adelante a propósito de la eficacia de la liquidación de la quiebra, que no es posible subordinar la liquidación de negocios mercantiles a los lentos procedimientos de la tutela judicial en avalúos, remates y aprobaciones, como contrarios que son a la índole del negocio mercantil; y de ahí que la persona jurídica de la masa puede según el proyecto realizar mercancías en martillo y valores en bolsa, pues el martillo y la bolsa son instituciones del comercio y para el comerciante. Cabe también decir a este propósito que no es posible que nuestros jueces continúen, salvo honrosas excepciones, juzgando y aplicando el derecho a manera de cosa abstracta desprovista de toda realidad y distanciada del hecho económico; y de ahí que, para ciertas decisiones de trascendencia, se prescriba su asistencia a las juntas de acreedores, su inmediata y constante comunicación con el síndico, su homologación a las medidas de los acreedores y del síndico en casos excepcionales. Así hemos querido armonizar el interés directo de los acreedores con los de terceros indeterminados. Y finalmente, la persona del deudor no por ello desaparece ni deja de ser tenido en cuenta; aunque no puede administrar ni disponer, su opinión será siempre oída y tenida en cuenta para pesarla, y acogerla o desecharla;

5º — Se ha regulado el concordato. Consiste éste en la eficacia de la voluntad de cierta mayoría en cuanto al número de acreedores

y el valor del pasivo que representen, voluntad de imposición que no rompiendo la ley de la igualdad jurídica y de la proporcionalidad genéral del dividendo de la quiebra, no dando lugar a preferencias y a exclusiones, son decisiones unánimes y legítimas que si el juez las homologa, ponen punto final a la liquidación. Es claro que el concordato cobija y traspasa la cuestión mercantil, pero no la penal. El concordato previo no puede autorizarse, por haber encontrado la comisión más inconvenientes que ventajas;

6º — Naturalmente al deudor se le permite pedir la restitución o su restablecimiento a su estado anterior de comerciante no quebrado, probando que a pesar de las pruebas que daban la apariencia de bancarrota, él sí estaba atendiendo al pago regular de sus obligaciones; y se le da también esta misma oportunidad si paga en el intertanto, pues no es natural que permitiéndosele un concordato que termina la liquidación mercantil de la quiebra, se le vedara el mismo recurso cuando se pone al corriente al servicio de sus obligaciones. Y aquí también, como en el concordato, el pago no transa ni termina la cuestión penal, que está fuera del alcance de la autonomía de las voluntades;

7º — Tanto en este proyecto como en otros referentes a materias distintas del código, la comisión le ha dado a las cámaras de comercio oportunidades para cumplir y realizar los altos fines sociales que están llamadas a prestar al gremio comerciante; y es así como se les permite solicitar la declaración judicial del estado de quiebra, cuando convenga que así lo hagan en servicio de los intereses generales de la sociedad o del comercio, y en todo juicio de quiebra se les tiene como parte para que velen por la seguridad de los bienes o para que el proceso no sufra demoras injustificadas;

8º — Hemos dejado para último punto en esta rápida reseña de las orientaciones del proyecto el que quizá hubiera podido tratarse de primero, y es el de la rapidez y eficacia del procedimiento de liquidación. Desde luego, lo concerniente a procedimiento debe juzgarse a lo largo del proyecto y en todos sus detalles, por lo cual esta reseña es necesariamente incompleta y algunos de estos puntos se destacan separadamente.

Sabido es que conforme a la legislación actual, el juicio de quiebra se tramita por el procedimiento de concurso de acreedores, común para civiles y comerciantes y que las muchas etapas y los inacabables términos, recursos, incidentes a que da lugar, lo han hecho tan dispendioso y eterno, que el comercio prefiere abstenerse de acudir al juicio de quiebra o cancelarle sus créditos al deudor a menos precio, o autorizar a ciencia y paciencia que el deudor negoció con la amenaza del juicio de quiebra, todo con tal de no engolfarse acreedor dentro del costoso e inacabable trámite del concurso. T efecto, y pasando por alto algunas jurisprudencias conforme a las cuales un comerciante pasa primero por el procedimiento de la sión de bienes del derecho civil hasta que no pudiendo demostrar

buena fe entra por el concurso, lo cual implica un juicio previo, es lo cierto que el concurso de acreedores, al cual se acude cuando el deudor ha hecho cesión de bienes y no se le ha admitido, se caracteriza por una primera y larga etapa de publicación del auto de declaración de quiebra y llamamiento a los acreedores, apropiado para tiempos de la colonia e inútilmente excesivo en ésta del radioperiódico y del avión; por una segunda etapa que conduce a la declaración de cuáles de las presentes tienen el carácter de acreedores; por una tercera de un término probatorio y de alegatos para llegar a la sentencia de graduación de créditos; siendo entonces cuando empieza en realidad un juicio ordinario con segunda instancia ante el tribunal y recurso de casación ante la Corte; y agregamos que como muchos de los juicios sobre anulabilidades y fraudes paulianos se sustancian mientras tanto en forma ordinaria, queda más que justificado el temor de los comerciantes a liquidar judicialmente una quiebra, lo cual constituye precisamente el halago y el negocio de los comerciantes de mala fe que erigen en chantage el hacer presente cómo y cuándo los acreedores podrán cobrar sus créditos.

El proyecto tiende a acabar con este estado legislativo previendo la facilidad de la prueba del estado de quiebra; estableciendo otros intereses legítimos que pueden solicitarla; constituyendo en presunciones de suspensión de pagos los hechos que causan el actual escándalo del comercio, como las ocultaciones y simulaciones de personas, de cosas y de firmas; dando atribuciones comerciales al síndico para negociar y liquidar los bienes de la masa; previendo un solo juicio de términos cortos que no ahoga el derecho de terceros; estableciendo sanciones ahora sí eficaces a cargo de los jueces que no le dan la debida prelación a los juicios de quiebra y no dicten a tiempo las providencias del caso; suprimiendo el término probatorio de segunda instancia y el recurso de casación y tramitando todos los casos de anulabilidad en forma de articulaciones.

Se refiere también a la rapidez y eficacia del procedimiento la manera como se han regulado en el proyecto las acciones de reconstitución del patrimonio del quebrado y las de restitución por la masa a favor de terceros. Pero como tanto las de reconstitución a favor de la masa como las de restitución por parte de ésta a favor de terceros, implican una cuestión de fondo anexa al procedimiento, vamos a señalarlas también sumariamente como características de la nueva legislación:

9º — Las legislaciones de los distintos países tecnifican de distinta manera la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos celebrados por el comerciante cuando está próximo a la quiebra, en perjuicio de la prenda común de sus acreedores y en beneficio propio del comerciante, en connivencia con terceros respecto de la masa. Se conoce con el nombre de período sospechoso el que precede a la quiebra y durante el cual el comerciante lleva a cabo esos actos que las legislaciones tienen por ineficaces y por anulables. La ley co-

lombiana no es clara al respecto debido a la confusión que establecen los artículos 159, 160, 161 y 162 del código de comercio en relación con la regla general sentada por el 156 ibídem.

En efecto, aquel grupo de artículos sancionan cuatro categorías de actos sospechosos con sanciones jurídicas distintas:

a) El 159 tiene por *ineficaces de derecho* (inoponibles) con respecto de los acreedores del quebrado, los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, y el 160 estatuye lo mismo respecto de otros actos otorgados después del último balance, cuando ellos sean de donación, por considerar sin duda la ley que el comerciante adeudado no tiene derecho a regalar, o cuando implican una preferencia en los pagos o inusitadas garantías que rompen la ley de igualdad de tratamiento que merecen y es derecho de todos los acreedores;

b) El artículo 161 tiene por *anulables* ciertos actos con la condición de haberse celebrado durante el período establecido en cada especie de los ordinales que trae el artículo y la prueba de que esos actos se han hecho en fraude de los derechos de los acreedores;

c) El mismo artículo tiene por anulables, en su ordinal 4º, todos los contratos, obligaciones y operaciones mercantiles del quebrado que no sean anteriores en más de diez días a la declaración de la quiebra; actos estos anulables por el solo hecho de haberse celebrado en esos diez días y en fraude de los derechos de los acreedores;

d) Finalmente el artículo 162 hace revocable todo contrato que implique el clásico fraude pauliano.

Este sistema no presentaría dificultades distintas al costo y larga tramitación propias de los juicios ordinarios, que de por sí no es poco inconveniente, si no fuera porque la redacción del artículo 156 introduce un serio tropiezo que ha hecho vacilar y producirse en distintos sentidos a la jurisprudencia colombiana. A su vez, si este último precepto no estuviese desarrollado por el grupo de artículos arriba referidos, el sistema sería más claro, por lo que vamos a decir:

Según él, son nulos todos los actos de dominio y administración ejecutados por el quebrado durante el período sospechoso, considerando sospechoso aquel a que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra, hasta una fecha no fijada por la ley, que parece ser, según la doctrina, la del día de la cesación de pagos, época cambiante y movible durante el juicio, a medida que los acreedores o el síndico van descubriendo obligaciones dejadas de pagar antes. Son nulidades que se producen de derecho por la sola circunstancia de parecer celebradas durante la retroacción. Pero como la ley mercantil no desarrolla este precepto y en cambio sí contempla y regula con claridad y precisión la naturaleza de los actos y el tiempo en que se hayan celebrado aquéllos en los artículos 159 a 162, tal parece que el 165 se limita a anunciar como anulables y como períodos sospechosos los actos y tiempos que regula el referido grupo de artículos. En efecto, no se comprende cómo la ley después de decir

que son nulos los actos celebrados durante el período de retroacción, con nulidad de derecho, vuelve a sancionar después como ineficaces, o como simplemente anulables, o como paulianos, esos mismos actos. Y al contrario, ¿para qué la precisión de sancionar, la fijación de la naturaleza del acto y del período en que se celebró, si ya antes los tuvo como nulos de derecho por la sola consideración de haberse celebrado en el período sospechoso?

La Comisión tuvo en cuenta esta incertidumbre de la doctrina y jurisprudencia colombianas para resolver la dificultad con una norma segura mediante un procedimiento rápido. El proyecto establece una sola categoría de actos anulables, aquellos por consenso universal deben volver a la masa, robustecerla y reconstruirla, mediante la prueba de la condición del acto y de su fecha, dadas en sendas articulaciones con audiencia de la persona que celebró el contrato con el comerciante.

Esas nulidades se establecen en relación o beneficio de la masa y sólo por ella pueden ejercerse; pero no pasan contra terceros de buena fe. Quien contrató con el quebrado queda obligado por la declaración de nulidad a restituir a la masa lo recibido de manos de aquél o su valor actual si lo hubiere enajenado o de alguna manera hubiere dispuesto de ellos. Dicho contratante, si hubiere obrado de buena fe, tendrá derecho a participar en la quiebra, sujeto a la ley del dividendo como los demás acreedores, hasta el monto de la contraprestación que le hubiere dado al quebrado.

10º — Al contrario de la manera de reconstituir la masa de la quiebra, sucede que hay personas que tienen interés legítimo en reclamar bienes que en apariencia son de la masa y que es preciso que ésta los devuelva. Hay tres categorías de personas que, cuando el activo quede determinado y el pasivo verificado, pueden dirigirse contra la masa: 1º En el momento en que la quiebra se declara, aquellos que han contratado con el quebrado, ensayan desvincularse de sus obligaciones con éste y ésa es la hipótesis de la resolución de los contratos. 2º Una vez que el síndico toma contacto con los bienes, encontrará en el patrimonio la presencia material de ciertos bienes sobre los cuales hay terceros que se pretendan propietarios y los reclamen en reivindicación sumaria o restitución; 3º Aquellos que por tener un privilegio, como los empleados y obreros, o una hipoteca o prenda quieren escapar a la ley del concurso, reclamando su pago con cierta preferencia inherente a su situación privilegiada.

Todas estas hipótesis están reguladas en el proyecto en cuanto al modo de ejercitar el derecho respectivo.

Siguiendo el propósito de hacer de la masa en liquidación un organismo vivo y en cierto modo comercial, propósito que se echa de ver a través de las atribuciones que se le confieren, al síndico, en el artículo 41º se le autoriza para que resuelva razonada y documentadamente, cual si fuese gerente de una empresa, las solicitudes de entrega por parte de terceros y tendientes a retirar de la masa

bienes que evidentemente son de éstos. No hay razón para que un reclamo bien documentado, evidentemente justo, sufra las demoras de la investigación y decisión de un juez, cuando los comprobantes que usa el comercio para justificar un reclamo de esta clase se le presentan al síndico. Pero como sucede al mismo tiempo que la tendencia general de todo comerciante que ha tenido relación con el quebrado, sea como acreedor o sea como contratante, es la de salir aisladamente de su reclamo y llevarse su objeto, se prevé el empobrecimiento de la masa y se le dice al síndico que en casos dudosos los presuntos dueños de esos objetos deben hacer su reclamo al juez en forma de articulación.

Sucede también que en el momento de la quiebra los vínculos pendientes entre el comerciante y otro que con él contrate, tienden a resolverse por solicitud del que contrató con el quebrado, con la explicable aspiración de sustraerse a los trámites del juicio de quiebra. Sabido es que hay contratos de índole *intuitu personae*, como ciertos mandatos de confianza personal y ciertas sociedades que se rompen por el hecho mismo de la quiebra del mandatario o del socio. En cambio hay otros de ejecución sucesiva, o de ejecución instantánea pero no cumplida, que no se resuelven por el hecho de la quiebra y que más bien le conviene a la masa ejecutarlos o que se ejecuten totalmente. Por eso se ha dicho en el proyecto que no obstante la solicitud de entrega que se le haga al síndico, éste, en todo caso, conserva el derecho de cumplir los contratos en nombre de la masa y para ella o de consentir en su resolución.

Muy propio también de esta concepción comercial de una liquidación es también la autorización para la venta de valores en bolsa, o cuando no tengan cotización para venderlos en un martillo.

Hecha esta reseña general del proyecto tratamos en seguida de explicarlo por otros aspectos.

En materia de quiebras la comisión ha introducido modificaciones importantes al establecido por el código de comercio, teniendo en cuenta las necesidades actuales y la situación y clamores del comercio. En cuanto es posible se ha procurado evitar que por medio de quiebras dolosas, simulaciones, traspasos acomodaticios de bienes y otras maniobras semejantes, se burlen los derechos de los acreedores con perjuicio enorme para los intereses generales del comercio y con menoscabo de la confianza y seriedad que deben ser la base de éste.

De acuerdo con el artículo 1º del proyecto el estado de quiebra es una situación de hecho que consiste en suspender el cumplimiento corriente de las obligaciones, sin tener en cuenta para nada la causa de esta suspensión, que bien puede ser la incapacidad para cubrir las de que habla el código u otra cualquiera. Ocurrido el sobreseimiento en el pago, se produce el estado de quiebra del comerciante. Al permitir el artículo que la muerte del deudor o su retiro del comercio no impidan la declaración de quiebra, resuelve afirmati-

vamente un antiguo problema que ha sido objeto de muchas discusiones. Considera la comisión que no hay motivo para que la muerte o el retiro no permitan seguir el juicio de quiebra cuando el fallecido o el comerciante retirado estaban en cesación de pagos. Mas como la situación no podía dejarse incierta de modo indefinido, optó por señalar un año para intentar la acción pertinente.

El artículo 2º introduce un cambio sustancial al establecer cuándo la quiebra es culpable y obligar al quebrado a demostrar la ausencia de culpa, o sea que puso en sus negocios diligencia y prudencia notorias. Así el comerciante quebrado es quien debe dar la prueba referente al manejo de sus negocios, libertando de ella a quienes consideren que hubo culpa y que ella fué la causa directa o indirecta de la quiebra. En realidad queda establecida una presunción de culpabilidad que, si no se desvirtúa, apareja al quebrado las sanciones civiles y penales que establece la ley. Sobre el particular, la comisión sigue las huellas de los artículos 419 y 420 del Código Penal recientemente expedido, que considera como delito, y castiga, hasta la notoria negligencia en las actuaciones del comerciante.

El artículo 3º contiene la enumeración de los hechos de más frecuente ocurrencia en el comercio y que llevan ordinariamente a la quiebra culpable. Así el comerciante que altera u oculta sus libros, que no lleva contabilidad o la lleva en forma confusa que no da idea de la marcha de sus negocios, que se apropia fondos ajenos para invertirlos en su comercio, que guarda silencio sobre su estado de quiebra, que gira cheques de los llamados en descubierto o que ejecuta otros actos por el estilo, no puede calificarse de persona diligente y que obre con prudencia y, por consiguiente si quiebra, es un quebrado culpable que debe soportar los efectos penales y mercantiles que su conducta acarrea.

En los artículos 2º y 3º deja la comisión claramente establecida la diferencia entre las quiebras culpable e inculpable, sin entrar en las varias clasificaciones que establece el código sobre el particular, por ser innecesarias si se tiene en cuenta que únicamente cabe la división mencionada al principio y que las consecuencias de lo que se puede llamar diferentes grados de culpabilidad se determinan según las circunstancias de los hechos que motivaron la cesación de pagos.

El artículo 4º se explica con saber que el procedimiento de quiebra únicamente es aplicable a quienes ejercen el comercio, y no a personas ajenas a él. Como es natural, abierto el juicio de quiebra, dentro de él deben figurar todas las deudas comerciales y no comerciales del deudor. Por la misma razón el artículo 5º considera como quiebra la oferta de cesión de bienes de los comerciantes y la excluye del procedimiento general que origina esa clase de cesiones. Sea que el deudor manifieste que ha cesado en el cumplimiento de sus compromisos o que ofrezca atenderlos por medio de traspaso de su ac-

tivo, en el hecho existe un estado de quiebra que exige el procedimiento especial para el caso.

Al artículo 6º encierra la novedad de dar a las cámaras de comercio la facultad de iniciar los juicios de quiebra cuando ellas consideren que así pueden servir los intereses generales de la comunidad o los especiales del gremio de comerciantes. Esta iniciativa puede producir muy buenos resultados para la moralidad de los comerciantes y para facilitar la labor fiscalizadora de las cámaras de comercio como representantes de ese mismo gremio, pues se dota a tales entidades de un elemento para combatir a quienes se dediquen al comercio de manera inescrupulosa o negligente. En vez de simples quejas o de llamadas a la opinión pública, podrán las cámaras de comercio hacer algo efectivo en favor de los intereses que representan. El plazo señalado para resolver la solicitud sobre quiebra es el primer signo del propósito de la comisión de procurar que el procedimiento ante los jueces sea rápido y sencillo, con miras a la pronta liquidación de un estado de cosas que no conviene alargar.

Los artículos 7º, 8º y 9º están basados en la obligación que impone el artículo 137 del código de comercio, según el cual todo comerciante debe poner en conocimiento del juez el estado de quiebra en que se encuentra y hacer una exposición que contenga los datos principales sobre las causas de la quiebra, domicilio del deudor, consistencia del activo y nombre de los acreedores. Exige el artículo 8º la descomposición completa y pormenorizada de la cuenta de pérdidas y ganancias y la inclusión de las deudas que puedan afectar su patrimonio, tales como fianzas y avales, porque considera que el tener los datos sobre las distintas partidas de esa cuenta constituye un elemento precioso para estimar la conducta del quebrado y la verdadera situación de sus negocios, y porque las fianzas, avales y otras responsabilidades dichas, que en el lenguaje ordinario son llamadas indirectas, no pueden ser olvidadas al hacer el estudio de la situación real de un comerciante. Quiere así la comisión que los datos que la necesidad de la causa y la simple razón exigen, sean pedidos en forma imperativa por la ley. Dada la responsabilidad solidaria de los socios colectivos se exige en el artículo 9º la expresión del nombre de cada uno de ellos con indicación de sus domicilios a fin de tenerlos en cuenta para hacer efectiva, si fuere el caso, esa responsabilidad.

En el artículo 10º se propone la comisión facilitar los medios de probar que el comerciante ha cesado en sus pagos y para el efecto enumera por vía de ejemplo varios documentos que pueden servir para este fin y que ordinariamente están a manos de quien pretende obtener la declaración de quiebra. Además se establece presunciones de cesación de pagos cuando hay fuga u ocultación y cerramiento de almacenes u oficinas o los tan usados cambios de nombres en el ejercicio del comercio, enajenaciones de todos los haberes, fusiones de almacenes, etc., con lo cual se burlan los derechos de los acree-

dores, y los deudores inescrupulosos continúan sus negocios poniendo sus cosas fuera del alcance de aquéllos, sin mayores peligros y a la vista del público. Pretende así la comisión impedir hasta donde sea posible que esas maniobras reprobables se generalicen y acrecienten la desconfianza que poco a poco acabará con el crédito, que es la base principal del comercio. No hay para qué recalcar sobre la materia, porque son bien conocidos del público los casos en que se estorba el embargo de bienes por medio del simple cambio del letrero que expresa el nombre del propietario o con un documento que reza la venta del establecimiento mercantil hecha a un pariente u otra persona allegada.

En los artículos 12º a 16º contempla la comisión al comerciante a quien indebidamente se ha declarado en quiebra o que habiendo existido la cesación de pagos, se ha puesto al día en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles. En el primer caso, es elemental que existe la necesidad de reparar la injusticia cometida con quien fué declarado en quiebra sin haber cesado en el cumplimiento de sus obligaciones, por una mala interpretación o por un acto malicioso. Por lo que hace al comerciante que dejó de cumplir pero luego reparó la omisión, parece equitativo permitirle que continúe en el ejercicio del comercio y no ponerlo en situación de quebrado, con evidente perjuicio para él, sin provecho ninguno para los acreedores cuyas acreencias han sido atendidas y con menoscabo de los intereses generales del gremio. Cree la comisión que la frase "pedir que se le restituya a su estado de comerciante" contenida en el artículo 12º, expresa fielmente el pensamiento que la ha guiado y que es el de permitir que se deshaga lo hecho cuando se llevan al juez nuevas pruebas sobre la situación del comerciante en relación con las deudas que lo gravan.

Los artículos 17º, 18º y 19º introducen una novedad en el procedimiento sobre quiebras al dar al juez de lo civil jurisdicción para conocer de los delitos relacionados con la quiebra. Sobre el particular se sigue el mismo principio de la nueva legislación penal, al someter al del ramo el conocimiento de los asuntos sobre indemnización civil, pues no es conveniente dislocar el juzgamiento de los delitos del conocimiento de asuntos íntimamente ligados a ellos, que en realidad forman un bloque indivisible. Así como todos los elementos que se llevan al procedimiento penal son útiles para determinar lo relativo a indemnizaciones meramente civiles, todos los datos del proceso sobre quiebras son de valor al tratar de saberse si el quebrado infringió la ley penal en el ejercicio de sus actividades comerciales. Y no se diga que al permitir el juez, que conoce de la quiebra decretar la captura y detención preventiva del quebrado, se restablece la prisión por deudas. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 382 del código penal, "la detención provisional no tiene carácter penal alguno"; y en segundo lugar no se detiene al individuo por las deudas sino por los hechos ilícitos que haya cometido.

Así como desde que existe prueba de que una persona ha podido cometer un homicidio, se le captura y detiene preventivamente, así también desde que aparezca en el proceso de quiebra un elemento que haga probable que el deudor cometió una estafa, una falsificación u otro hecho delictuoso es natural que se le capture y detenga mientras se establece inculpabilidad o responsabilidad en el asunto. En el fondo la comisión no ha hecho otra cosa que ordenar dentro del juicio de quiebra los preceptos generales de la ley en casos como los contemplados aquí y evitar la pluralidad de jueces si se deja que el de lo civil pase al de lo penal las copias de las piezas conducentes para investigar los delitos cuyos rastros aparezcan en el procedimiento puramente comercial. Como las sociedades, personas jurídicas, no pueden ser autores de delitos y los encargados de la administración de ellas sí pueden cometerlos, el artículo 19º impide que éstos se escuden tras de la sociedad para librarse de las consecuencias de sus actos y ordena que el juez decrete la captura y detención de los encargados del manejo de las entidades, sea cual fuere el nombre que se les dé, y que siga el procedimiento necesario para establecer la verdad y aplicar, en su caso, las sanciones pertinentes.

La responsabilidad solidaria de los socios colectivos entre sí y con la sociedad crea problemas serios cuyas soluciones no han sido uniformes. Cuando algunos han creído que la quiebra de la sociedad debía aparejar la de todos los socios colectivos, otros han pensado que no obstante la responsabilidad solidaria éstos pueden no haber cesado en el pago de sus obligaciones y no había razón para considerarlos en quiebra. Según el criterio de la comisión la quiebra de la sociedad no implica irremisiblemente la de los socios; pero como éstos son deudores de las obligaciones de aquélla por efecto de la solidaridad, si no las cumplen, sí se les puede y se les debe considerar en estado de cesación de pagos. En el caso de que la sociedad sobresea en sus pagos y al recurrir los acreedores a los socios colectivos éstos atienden los compromisos en su calidad de cobligados, la falta de cumplimiento de la entidad no implicará la quiebra de los socios; pero si al exigérseles a éstos que cubran las deudas sociales no lo hicieren, entonces sí han cesado ellos personalmente en el pago de obligaciones que le son propias.

En el inciso del artículo 20º resuelve la comisión un punto que ha sido objeto de muchas discusiones en el sentido de que los acreedores de la sociedad pueden entablar demanda directamente contra los socios colectivos sin necesidad de demandar también a la sociedad, previa o conjuntamente. Se ha dado aplicación al principio de que la solidaridad faculta al acreedor para demandar a cualquiera de los deudores solidarios o a uno o más de ellos, y exigir de todos o de algunos de ellos el pago total o parcial de la deuda, sin tener que ir antes contra determinado deudor.

Sigue el artículo 21º la norma trazada por el código de comercio al separar al deudor quebrado de la administración de sus bienes.

El artículo 22º es tomado en su mayor parte de la ley procedimental del concurso de acreedores. Se han acortado plazos para acelerar la marcha del juicio, se ha establecido la publicación del edicto emplazatorio por el radio por creer en la eficacia y extensión de este medio de publicidad, y se ha ordenado el aviso de la apertura del juicio a las cámaras de comercio para que ellas puedan desarrollar sus actividades en relación con el asunto y contribuir a que se realice ampliamente la finalidad del juicio de quiebra.

En el artículo 23º ha querido la comisión dejar claramente manifestado que la masa de bienes e intereses generales de la quiebra tiene carácter de persona jurídica y un representante definido, porque es muy importante que ese conjunto que ordinariamente se llama la masa de bienes pueda hacer valer todos los derechos que crea tener sin estar sometido, al menos en parte, a la voluntad del deudor. La mayor parte de los derechos y deberes del síndico, representante de esa masa, son los establecidos en la actual ley de procedimiento, con las variaciones que implica la aceptación de la dicha personería jurídica. Además, guiada la comisión por lo que ocurre cuando se trata de liquidar un establecimiento bancario, centraliza en el síndico las funciones de secuestre y depositario, que él podrá ejercer con la ayuda de empleados escogidos por él mismo. Con la centralización se busca también la unidad de acción y de responsabilidad. Para evitar los posibles excesos del secuestre se le ordena someter al juez el presupuesto de gastos que puede hacer en cada mes, presupuesto que sólo puede ponerse en ejecución cuando ha sido aprobado por esa autoridad.

El artículo 24º tiende a impedir que lo que se deba a empleados y obreros por razón de los servicios prestados quede sujeto a la ley del dividendo y a las inevitables demoras de las actuaciones judiciales. Comúnmente es muy precaria la situación de quienes devengan sueldos y jornales; y comúnmente el concurso de ellos es factor de importancia en la marcha de los negocios. Por la primera de tales circunstancias no parece justo someterlos a la espera de un fallo que gradúe los créditos de todos los acreedores; y por la segunda consideración, se llega a determinar que se incluyan entre los gastos comunes, como los de compra de materias primas, arrendamiento de locales y otros.

El artículo 25º no necesita explicación; en él se permite que los intereses mayormente comprometidos en la quiebra, puedan tener el administrador que les parezca conveniente; y, además, se facilita la acción del juez para el cambio de un síndico inexperto e inescrupuloso.

El artículo 26º amplía el propósito que tiene la comisión de abrir la puerta para que las cámaras de comercio desarrollen sus activida-

des en los juicios de quiebras y evitar las dilaciones injustificadas y la pérdida de los bienes que son la garantía de los acreedores.

Los artículos 27º a 30 buscan abreviar el procedimiento sin perjuicio de los derechos de los acreedores y del deudor; con ese criterio se concede un término general para pedir y practicar pruebas y un corto plazo para alegar. Se ordena al juez dictar la sentencia dentro de diez días. La única providencia apelable en el efecto suspensivo es la sentencia definitiva, y los trámites de esa apelación son los más simples que contiene la ley de procedimiento civil; se prescinde del recurso de casación en obsequio a la brevedad y urgencia de definir la situación; se deja al juez de la causa jurisdicción suficiente para adelantar el juicio y resolver sobre cuestiones administrativas mientras el asunto va al conocimiento del superior, y se permite prescindir del fallo de fondo cuando lo piden todos los acreedores capacitados para disponer de lo suyo. Exceptuando estos puntos, se conserva la esencia de preceptos de la ley procedimental vigente.

El artículo 31º atiende a la situación de acreedores hipotecarios y prendarios, cuyas situaciones los colocan en posición ventajosa con respecto al grupo general de acreedores; y les permite ejercitar su derecho ciñéndose a las prescripciones especiales de la mentada ley de procedimiento.

El artículo 32º remite a la ley general en cuanto a lo no previsto sobre secuestros, remates y otros puntos. No cree la comisión que sea necesario repetir aquí lo dicho en esa ley en cuanto a detalles de mero procedimiento, pues la repetición alargaría mucho sin provecho ninguno.

El artículo 33º es suficientemente claro.

El artículo 34º dispone lo conveniente para que puedan celebrarse concordatos después de abierto el juicio de quiebra. Cuando los acreedores pretenden ocuparse del asunto, se exige una mayoría de ellos para hacer obligante la solicitud de convocación a reunión a fin de buscar la seriedad y evitar diligencias inútiles. Cuando los convenios se hacen con el beneplácito de todos los acreedores no se presenta ningún problema; pero como es frecuente que la discrepancia de uno o más acreedores que no representen valiosos intereses obstruyen las deliberaciones e impiden un arreglo considerado conveniente por la mayoría de los acreedores de la quiebra, ha resuelto proponer que el concordato pueda ser aprobado por una mayoría integrada por acreedores personal y numéricamente considerados, y al mismo tiempo por un alto porcentaje de los capitales que constituyan el pasivo, con lo cual se impide que numerosos acreedores de pequeñas obligaciones supediten a quienes se les deban cantidades apreciables o que éstos vayan contra los intereses de aquéllos. Las decisiones obtenidas con el voto de esa doble mayoría se presumen razonables y deben surtir sus efectos a pesar de la inconformidad de los menos. Para no entrar en reglamentaciones muy de-

talladas y en las cuales siempre quedan vacíos al ponerlas en práctica, se deja al juez la presidencia de las sesiones; y para evitar que se cometan injusticias valiéndose de la fuerza del número y del capital, se establece la homologación de las decisiones de la junta y se ordena al juez negarla en caso de que lo resuelto no tenga carácter general para quienes se hallen en determinadas circunstancias o cuando en ellas se excluya algún acreedor conocido. El carácter general de que se habla no significa en manera alguna que no puedan tomarse medidas como la de ordenar el pago de todos los créditos inferiores a una cifra determinada, la de fijar distintos plazos según las características de los créditos, pues tal generalidad sólo se refiere a las condiciones especiales de los créditos, que abarcan las medidas que se adopten, por ejemplo, la orden de cubrir los créditos menores (de $ 200.—) es general para todos aquellos que no lleguen a esa cifra.

Como las actas en que conste un concordato son documentos de mucha importancia, cuya conservación y seguridad interesan grandemente, se ordena protocolizarlas previa inscripción en la Cámara de Comercio. Y como en el caso de que en ellas se determine algo sobre bienes inmuebles, es necesario que el hecho conste en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados a que corresponda la situación del inmueble, se dispone el registro en desarrollo de los preceptos generales de la ley civil sobre todos los actos que afecten los derechos radicados en bienes raíces.

En vista de las grandes dificultades que se presentan, la comisión decidió prescindir de ocuparse de concordato que puede celebrarse antes de la iniciación del juicio de quiebra, siguiendo en el particular el camino trazado por eminentes tratadistas franceses. Desde que se principió a considerar ese concordato previo, se tropezó con la dificultad de saber cuando podía concederse al deudor el derecho de proponerlo: antes de cesar en el pago de sus obligaciones o dentro de un término contado desde la cesación. Si lo primero, fatalmente se lleva al deudor al estado de quiebra y nada práctico se consigue con la propuesta de concordato; y si lo segundo, se introduce un motivo de demora y aplazamiento y se destruye en realidad la obligación impuesta al comerciante de manifestar al juez su estado de quiebra, obligación que no sólo mira los intereses del deudor sino los generales del comercio. Bastaría este solo tropiezo para justificar la prescindencia del concordato fuera del juicio.

El artículo 35º concede prelación en el despacho a las providencias que deben dictarse en los juicios de quiebra. Eso y la sanción, por cierto muy fuerte, en caso de demora injustificada, son las medidas que parecen más adecuadas para obtener la pronta liquidación de esos juicios. Ocurrido el caso contemplado, la vacancia la decreta la autoridad de quien depende el nombramiento del juez moroso, que es a la que corresponde hacerlo según los preceptos generales de la ley de organización judicial para casos similares. Como

es obvio, la revocación de que habla este artículo es muy distinta del antiguo recurso así llamado y que hoy se califica de reposición, pues debe ir acompañada de los descargos y mientras no transcurran los seis días siguientes al recibo de la comunicación, no puede tenerse la providencia como firme.

El artículo 36º trata de los actos anulables por la naturaleza de ellos o por la condición de las personas.

El aparte *a*) no requiere ninguna explicación.

El aparte *b*) contempla, no ya la declaración de quiebra sino la fecha de cesación de pagos del deudor. Esta fecha puede preceder más o menos tiempo a la declaración de quiebra y su fijación depende de las pruebas que en cada caso se presenten al juez. La cesación de pagos es un hecho, como atrás se dijo, y la declaración de quiebra es una providencia que se dicta en vista de él.

El proyecto parte de la base de la cesación de pagos y no como antes, de la fecha de la retroacción de la quiebra determinada de una manera general, porque esto último presenta inconvenientes, entre ellos, el de demorar la iniciación de acciones que conviene ventilar antes de que se dicte la providencia que fije la retroacción. Los apartes c), d), e), f), g), h), se refieren a la misma fecha de la cesación de pagos y permiten la anulación de pagos de deudas no vencidas, hechos con posterioridad a esta fecha, por ser sospechoso el acto mismo. En cuanto a las deudas vencidas y extinguidas por medio de daciones en pago, se declaran admisibles las entregas de dinero o de efectos de comercio, por tratarse de obligaciones exigibles, cuya satisfacción liberta de los respectivos compromisos a la masa. Se autoriza el ataque de los contratos celebrados con próximos parientes y con consocios en compañía no anónima, precisamente por tratarse de personas cuyos nexos con el deudor los hacen sospechosos. Los contratos de sociedad, fusiones, absorción, transformación o enajenación de los establecimientos mercantiles entran en las condiciones de anulables porque la práctica ha demostrado que más que sospechosos, suelen ser casos inequívocos de fraude; y también se permite la anulación de los actos de dominio y administración ejecutados por el quebrado cuando se prueba que quien concurre a su celebración con el deudor tiene conocimiento del estado de cesación de pagos, porque entonces, ese contratante o se ha servido indebidamente de la precaria situación del deudor o ha contribuído a que se defraude a la masa de bienes. La posición de los empleados del quebrado justifica el que se presuma que ellos tenían conocimiento de dicha cesación; pero se les deja a salvo el derecho de probar lo contrario; y por último, el aparte i), lleva la anulabilidad a todos los actos de disposición y administración en que haya habido concierto entre el deudor y las otras partes, en menoscabo de la masa de bienes que debe responder a los acreedores. Los cuatro años de que habla este aparte, se han fijado teniendo en cuenta la

necesidad de dar seguridad a los negocios comerciales y que son suficientes para que puedan allegarse las pruebas de connivencia.

Según el artículo 37º, la acción de nulidad en los casos del artículo 36º, no va contra terceros de buena fe, es decir, contra quienes contrataron con el que a su turno se había entendido con el deudor, pues a ese caso son aplicables los preceptos generales de la ley, que dejan a salvo la posición de esos terceros que, por ser de buena fe, no han participado en las maniobras fraudulentas, o no han intervenido en las actuaciones del deudor. En el mismo artículo 37 se dice claramente que las nulidades van en favor de la masa y sólo son ejercitables por ella, y se fija la posición de quien de buena fe contrató con el quebrado, y es acreedor de prestaciones por parte de éste; no sería justo dejar a ese contratante honesto sin medio para exigir del deudor las prestaciones a que tenga derecho por razón de la nulidad declarada, pues él es un acreedor como otro cualquiera y debe recibir proporcionalmente lo que se reparta entre todos.

El artículo 38 establece los trámites de articulaciones para sustanciar y decidir los asuntos sobre nulidades, porque abrevia el procedimiento y reúne todas las reclamaciones que puedan presentarse sobre el particular en el expediente de juicio de quiebra. La notificación personal del traslado al demandado se justifica porque éste no es parte en el juicio y debe hacérsele saber la demanda que lo puede afectar en sus intereses.

Por excepción, en los casos de falta de conocimiento de que trata el último inciso del artículo 38, se permite el ejercicio de la acción de anulabilidad por la vía ordinaria y dentro de un plazo relativamente corto a partir del señalado como límite general para intentarla dentro del procedimiento de quiebra, lo cual se explica por la necesidad de no privar de tales acciones a la masa y, al propio tiempo, de no hacer interminables las liquidaciones de las quiebras.

El artículo 39 es una reproducción del artículo 163 del Código de Comercio.

El artículo 40 enumera los bienes comprendidos en el artículo 2489 del Código Civil o sea principalmente los que pertenecen a personas distintas del quebrado y los que por la naturaleza del contrato celebrado con el deudor se hallan en situación tal que es de justicia reconocer cierta preferencia en favor de terceros. Naturalmente, en todos los casos es necesaria la prueba completa de los derechos de esos terceros. Las mercancías que están en poder del quebrado por virtud de contratos de comisión de venta, tránsito o entrega, los efectos de comercio enviados al mismo para su cobranza, los mismos efectos adquiridos por cuenta de otros y en los cuales se expresa la propiedad del comitente, el dinero enviado para cumplir un mandato, las cantidades que se estuvieren debiendo al deudor por cuenta ajena, y los documentos, también por cuenta ajena, que tenga en su poder, son todos cosas que en realidad no pertene-

een al quebrado sino a quien le confirió alguno de los encargos previstos en este artículo y, por consiguiente, no pueden entrar a formar parte de la masa de bienes del deudor, llamada a responder a los acreedores. En cuanto a los géneros vendidos al quebrado cuyos precios deben pagarse de contado y a las mercancías compradas al fiado, la equidad hace que se prefiera al vendedor que entregó los géneros sin recibir inmediatamente la totalidad del precio o a quien hizo la venta al fiado, mientras las mercancías no hayan quedado real y efectivamente en poder del comprador que quebró, pero en todo caso con la condición de que los géneros y mercancías se hallen en tal estado que permitan su identificación. En beneficio de la masa, el último inciso del artículo permite al representante de ella optar por cumplir los contratos respectivos, mantener en su poder o exigir los bienes vendidos previo pago del precio. En los casos en que la prueba del derecho del reclamante, con apoyo en el artículo 40 sea tan clara que no deje la menor duda en la mente del síndico, es natural que éste puede hacer la entrega de los bienes a quien corresponda, sin necesidad de ocurrir al juez, pero asumiendo el síndico la consiguiente responsabilidad. Sólo en el caso de que el síndico no acceda a las pretensiones de quien se dice dueño de los objetos reclamados, será necesario que éste ocurra al juez para que decida sobre el particular. Por lo demás, las normas del dicho artículo 2489 son guías generales para los casos que se presenten.

Por último, el artículo 41 establece de manera general la facultad del síndico para cumplir los contratos entre el deudor y terceros o de consentir en que ellos se resuelvan en caso de incumplimiento declarado.

El artículo 42 es tomado del Código de Comercio. No necesita explicación.

Salvo lo acordado en el concordato, que es una especie de contrato colectivo que liga a quien lo votó afirmativamente y a la minoría a quien se impuso, es claro el derecho de los acreedores a quienes no se paga la totalidad de la deuda para perseguir los bienes que ese deudor adquiere con posterioridad a la liquidación de la quiebra. En esto la Comisión ha seguido lo dispuesto por el dicho código. El artículo 43 se refiere a estos detalles.

Importantes innovaciones introduce la Comisión en el artículo 44 al permitir la venta directa de cosas que tengan cotización de bolsa sin necesidad de avalúo y la venta en martillo de los bienes muebles no cotizados en bolsa, previa autorización del juez y determinación por él de los precios y condiciones generales de la venta. Indudablemente se ganará mucho tiempo, se podrán aprovechar circunstancias favorables del mercado y se podrá llegar con relativa facilidad a convertir en dinero los bienes incluídos en la masa. Convertidos los bienes en ese común valor que es el dinero, será fácil saber con qué se cuenta y cómo pueden atenderse los compromisos a cargo del quebrado. Bien sabido es que los remates

judiciales tienen muchas cortapisas, entre ellas, avalúos, transcurso de plazos más o menos largos y trabas para quienes deseen comprar en un momento dado. Todos estos inconvenientes se eliminaron por los procedimientos adoptados en el artículo 44, que tienen la garantía de las cotizaciones de bolsa y de la intervención del juez como autoridad encargada de la liquidación.

El artículo 45 es en el fondo el mismo artículo 173 del código de Comercio y tiende a permitir al quebrado exento de culpa, la manera de ganar algo ocupándose como mandatario y obrando necesariamente, por cuenta del mandante.

Los artículos 46 a 50 se ocupan de la rehabilitación del quebrado y regulan las condiciones para obtenerla, según sea él culpable o inocente. En el fondo, tales artículos son los mismos del Código de Comercio sobre rehabilitación, simplificados y adoptados a la división única de los quebrados culpables e inculpables. Su texto no necesita mayor explicación.

Como lo dice Ripert en sus conferencias sobre derecho comercial, el no pago de las deudas el día convenido es en el mismo derecho una falta contra el honor comercial y el comerciante que la comete es considerado como incapaz, y por eso la quiebra, en su origen tuvo carácter infamante y el procedimiento de quiebra carácter represivo. Actualmente sólo subsiste contra el comerciante en quiebra una presunción de deshonor y el establecimiento de varias incapacidades e inactividades y es considerado no solamente como un mal comerciante, sino como un mal ciudadano que se le priva de sus derechos políticos, ya que no puede ser elector ni elegido.

Según el citado Ripert, el antiguo carácter represivo de la quiebra se ha debilitado de día en día y la liquidación judicial permitida en Francia es infinitamente menos rigurosa que las disposiciones sobre quiebras, y, sin embargo, aun se pide allá el debilitamiento de las sanciones, y a pesar de establecer clara diferencia entre comerciantes desgraciados y comerciantes culpables, se muestra favorable a las sanciones, pues es necesario también comprender que las medidas represivas tienen, como todas las sanciones, un fin preventivo, cual es el de que el comerciante al sentirse amenazado por las penas de la quiebra, haga todos los esfuerzos para pagar a sus acreedores.

El mismo Ripert anota que en otro tiempo, cuando la represión era más enérgica que hoy, el número de las quiebras era menos grande, pues al verse un comerciante en el momento de la cesación de pagos, hacía esfuerzos enormes para pagar. No era raro, anota, ver a comerciantes que se suicidaban para no ser declarados en quiebra. En todo caso el deshonor les parecía tan grande que hacían todo lo posible para obtener su rehabilitación, y no es de creerse, agrega, que muchos comerciantes de la época teman a semejante muerte.

Después de consignar algunos datos estadísticos sobre quiebras

en Francia, desde el año de 1840 hasta 1931, dice el mismo autor, que va en aumento el número de quiebras y sobre todo un aumento deplorable de los males resultantes de éstas. Cada año el pasivo de las quiebras no cesa de aumentar y los dividendos distribuídos a los acreedores no cesan de disminuir.

En opinión de Ripert, el procedimiento de quiebra debiera comenzar por el arresto del deudor; pero en Francia este arresto se ha hecho muy raro y las quiebras escandalosas han aumentado de tal manera, que el Tribunal de Comercio del Sena ha solicitado en un año el arresto de cuatro quebrados. La tendencia de la legislación moderna es aumentar las inhabilidades de los quebrados. La autoridad de tan buen reputado tratadista constituye un respaldo de las orientaciones de la Comisión en lo relativo a los puntos enunciados.

DECRETO Nº 750 DE 1940 (ABRIL 16) SOBRE QUIEBRAS

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 54 de 1939

DECRETA:

Art. 1º. — Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones. La muerte del deudor o su retiro del comercio no impiden la declaración y procedimiento de quiebra cuando ha fallecido o se ha retirado en estado de cesación de pagos. La declaración no podrá pedirse sino dentro del año siguiente a la muerte o retiro.

Art. 2º. — La quiebra es inculpable cuando se produce a pesar de haber puesto el comerciante una notoria diligencia y prudencia en el manejo de sus negocios, en sus gastos personales y en todos los actos que pueden influir de algún modo en su patrimonio.

El quebrado deberá demostrar la ausencia de culpa.

Art. 3º. — Además de los actos que el Código penal considera culpables, la quiebra lo es, para los efectos penales y mercantiles, cuando el comerciante ha alterado u ocultado sus libros y documentos; cuando no lleva contabilidad o la lleva en forma que no permita conocer las entradas y salidas y la marcha o estado de los negocios; cuando ha empleado fondos ajenos en sus propios negocios sin estar autorizado para ello; cuando no manifiesta su estado de quiebra de acuerdo con la ley; cuando se hace responsable de hechos que la ley considera punibles, como girar cheques sin provisión de fondos ni previa autorización del girado, estafa, u otros que hayan influído de algún modo en la quiebra; cuando ha vendido a menos precio mercancías compradas al fiado, sin causa que lo justifique; cuando aparezca ejerciendo públicamente el comercio sin estar inscrito en el Registro Público de Comercio de la Cámara de su jurisdicción, y cuando no haya cumplido con las obligaciones

que la ley le impone en orden al registro de sus cuentas en la misma Cámara.

Art. 4º. — Todo procedimiento sobre quiebra se ha de fundar en obligaciones comerciales, sin perjuicio de acumularse a él las deudas que por otro concepto tenga el quebrado. Las obligaciones no exigibles permiten demandar la quiebra, si se demuestra que el deudor ha suspendido los pagos.

Art. 5º. — Las ofertas de cesación de bienes de los comerciantes se entienden siempre quiebras y se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en este título.

Art. 6º. — La declaración del estado de quiebra se hace judicialmente a solicitud del mismo deudor, a instancia del acreedor, cuyo derecho proceda de obligación mercantil, por demanda de la Cámara de Comercio, a cuya jurisdicción pertenezca el único o principal domicilio del quebrado cuando la misma Cámara considere que conviene hacerlo en servicio de los intereses generales de la sociedad o del comercio, o a petición de acreedor de obligación puramente civil que, a igual que los anteriores, compruebe la cesación en el cumplimiento de obligaciones mercantiles. La solicitud debe resolverse dentro del día siguiente a su presentación, y no necesita someterse a repartimiento.

Art. 7º. — Es obligación de todo comerciante que se encuentra en estado de quiebra, ponerla en conocimiento del Juez de su domicilio dentro de los seis días siguientes a aquél en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, entregando al efecto en la Secretaría del Juzgado una exposición en que manifieste su quiebra y designe su habitación, almacenes y demás establecimientos de su comercio.

El Secretario del Juzgado que reciba la exposición de quiebra pondrá a su pie anotación del día y de la hora en que fué presentada.

Art. 8º. — Con la exposición en que se manifieste la quiebra acompañará el quebrado el balance general de sus negocios y una memoria o relación que exprese las causas directas o indirectas de la quiebra y la descomposición completa y pormenorizada de la cuenta de pérdidas y ganancias.

En el balance general se hará la descripción valorada de todos los bienes que le pertenezcan a la enumeración de todas sus deudas, inclusive las que puedan afectar de algún modo su patrimonio, como fianzas, avales, etc.

Con la exposición podrá el quebrado presentar todos los documentos y comprobantes que estime convenientes.

Art. 9º. — Cuando la quiebra sea de una Compañía en que haya socios colectivos, se expresará en la exposición el nombre y domicilio de cada uno de ellos, y deberá ser firmada, lo mismo que los demás documentos que se acompañen, por quien tenga la representación de la sociedad.

Art. 10. — Para declarar la quiebra sin iniciativa del deudor es indispensable que conste la cesación de pagos del quebrado.

La cesación de pagos puede probarse sumariamente con letras y otros instrumentos negociables exigibles y no pagados, con cheques acompañados de constancia del girado sobre falta de provisión para pagarlos, con declaraciones de nudo hecho, con certificación de autoridad, de Cámara de Comercio o de Banco establecido en Colombia, y en general, por todos los medios probatorios admitidos por la ley.

Se presume en cesación de pago a los comerciantes que se fugan u ocultan, cerrando sus oficinas, establecimientos o almacenes, sin dejar persona que en su representación atienda sus negocios y cumpla sus compromisos.

Se presume asimismo cesación de pago en el comerciante que mediante el cambio de nombre con que hace el comercio, enajenación del activo, trasformación, fusión o absorción, deja de responder de sus obligaciones sin que su nuevo nombre o la firma que toma el activo por compra, transformación, fusión, absorción u otro procedimiento semejante, se haga expresamente cargo de todo el pasivo anterior.

Art. 11. — En caso de fuga notoria de un comerciante se procederá por el Juez, a petición de cualquier persona, sea o no acreedora, de Cámara de Comercio, o de oficio, a la ocupación de los establecimientos del fugado y se prescribirán las medidas que exija su conservación.

Art. 12. — El comerciante a quien se declare en estado de quiebra sin que haya precedido su manifestación podrá pedir que se le restituya a su estado de comerciante dentro de los ocho días siguientes a su publicación, pero sin perjuicio de llevarse a efecto provisionalmente las medidas decretadas sobre la persona o bienes del quebrado.

Art. 13. — Para que prospere la solicitud de restitución, debe probar el quebrado que se hallaba o se ha puesto al corriente en sus obligaciones mercantiles. En este segundo caso el sobreseimiento que obtiene en cuanto al procedimiento comercial de la quiebra, no suspende la investigación por hechos ilícitos anexos a su anterior estado de cesación de pagos, para lo cual se pasará al Juez en lo Penal copia de lo conducente.

Art. 14. — La solicitud de restitución se sustanciará con audiencia de quien promovió la declaración de quiebra y de cualquier otro acreedor que se oponga a ella, y se concederá un término hasta de quince días para pedir y practicar pruebas, dentro del cual se recibirán las conducentes que se presenten por las partes, y vencido este término se resolverá dentro de los tres días siguientes.

Art. 15. — También el Juez deberá decretar la restitución si quien promovió la declaración de quiebra y los otros que se hubieren hecho parte convienen en tal restitución.

Art. 16. — La reclamación del quebrado contra el auto de declaración de quiebra no impedirá ni suspenderá la ejecución de las providencias consiguientes a la declaración de quiebra. Restablecido el comerciante a quien se había declarado en quiebra, podrá reclamar indemnización por los daños y perjuicios causados por dolo, falsedad o abuso del derecho.

Art. 17. — El Juez, en el mismo auto que declara el estado de quiebra, decretará la captura y detención preventiva del quebrado, dando aplicación a los artículos 379 y concordantes del Código de Procedimiento Penal y para los fines de los artículos 419 y siguientes del Código Penal.

Asimismo deberá proceder en cualquier etapa del juicio.

Art. 18. — El Juez de la quiebra aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del sumario en cuaderno especial, hasta agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar.

Art. 19. — Si se trata de quiebra de sociedades, lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplicará a los encargados actuales o anteriores a la dirección de los negocios, llámense Gerente, administrador, director o de cualquiera otra manera, pero contra ellos no podrá ordenarse la detención después de un año contado a partir del día en que hubieren cesado en el desempeño de su cargo.

Art. 20. — La quiebra de una sociedad colectiva o en que haya socios colectivos, no implica la de los socios, pero la cesación de éstos en el pago de las deudas sociales da acción de quiebra también contra ellos.

Los acreedores sociales tienen en todo caso acción directa contra los socios.

Art. 21. — El quebrado queda separado de la administración de sus bienes desde la declaración judicial de la quiebra.

Art. 22. — En la misma providencia en que se declare el estado de quiebra el Juez abre el juicio de quiebra y decreta:

1º El embargo y secuestro de los bienes del quebrado;

2º La ocupación inmediata de sus libros de cuentas, papeles y demás documentos relacionados con sus negocios, y los allanamientos que sean necesarios;

3º La detención de la correspondencia del quebrado, relativa a sus negocios;

4º La inmediata guarda de los bienes y la postura de sellos y demás seguridades para que los bienes no sean distraídos mientras se practica el secuestro;

5º La separación del concursado de la administración de sus bienes;

6º La fijación de un edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el juicio, edicto que debe durar fijado en la Secretaría quince días comunes, incluyendo los de va-

cancia y cierre del Juzgado, y publicarse dentro del mismo término por tres veces en uno o más periódicos del lugar donde se siga el juicio, o en defecto de éstos, en el Oficial del Departamento, Intendencia o Comisaría, y en último caso en el Diario Oficial, y en todo caso por una estación de radio designada por el Juez, y en carteles fijados en lugares públicos y en las puertas de los establecimientos del quebrado. En dicho edicto debe prevenirse que vencido el término de fijación se entiende notificado el auto al concursado, a los acreedores y al público en general, y hacerse la prevención que indique el numeral 10;

7º El nombramiento de un Síndico, de preferencia acreedor;

8º La designación de los peritos o avaluadores necesarios;

9º Declaración de que las obligaciones a plazo no vencidas se entienden actualmente exigibles para el efecto de que figuren en el juicio;

10. La prevención a los deudores del quebrado y a todos los que tengan negocios con él, inclusive juicios pendientes, de que deben entenderse con el Síndico de la quiebra como único representante de aquél;

11. Aviso de la apertura del juicio a la Cámara de Comercio, a cuya jurisdicción corresponda el lugar del único o principal domicilio del quebrado.

Los embargos y secuestros deben hacerse sin dilación ninguna.

Art. 23. — La masa de bienes e intereses generales de la quiebra tiene personería y es representada por el síndico, a quien corresponden los siguientes deberes y facultades especiales:

1º Representar al quebrado en los asuntos que afecten o puedan afectar el patrimonio, y defender la masa de la quiebra en juicio o fuera de él en beneficio del mismo deudor y de los acreedores;

2º Tener y administrar los bienes en calidad de secuestre y depositario;

3º Pedir al Juez de la causa, después de ejecutoriado el auto que abre el juicio, a medida que sea necesario, el avalúo y enajenación de los bienes, y hacer todas las diligencias posibles para que esto se realice prontamente;

4º Elaborar y someter a la consideración del juez el presupuesto de gastos mensuales. Sin la aprobación del Juez no podrá ponerse en vigencia el presupuesto, al cual debe sujetarse el Síndico, salvo modificaciones aprobadas, como está dicho;

5º Recaudar el dinero que debe entrar a la masa y ponerlo a la orden del Juez;

6º Formar o revisar, según el caso, el balance general de los negocios del quebrado y la exposición sobre las causas de la quiebra;

7º Rendir el informe sobre la situación general del quebrado, expresando las causas directas o indirectas de la quiebra y rendir

cuentas comprobadas cada vez que el Juez lo exija, y al expirar su cargo y entregar sin demora el saldo que resulta en su contra;

8º Nombrar y remover bajo su responsabilidad exclusiva los empleados que autorice el presupuesto, y

9º Obrar, según las órdenes del Juez de la causa, en todo asunto para el cual no esté expresamente autorizado por razón de sus deberes y facultades legales.

Los acreedores pueden coadyuvar o impugnar las causas que interesen al concurso, sin perjuicio de la representación que corresponde al Síndico.

Art. 24. — La remuneración debida a los empleados y obreros por razón de sueldos y jornales por todas las prestaciones sociales, incluyendo el auxilio de cesantía, en caso de que la quiebra imponga el despido, son gastos que deben ser pagados de preferencia.

Art. 25. — Los acreedores cuyos derechos representen el ochenta por ciento del pasivo, pueden remover libremente una o más veces al Síndico de la quiebra y nombrar el reemplazo, por conducto del Juez. Éste puede ordenar de oficio o a solicitud el cambio, cuando en su concepto haya justo motivo, y nombrar quién debe sustituirlo, prefiriendo a un acreedor para el cargo.

Art. 26. — La Cámara de Comercio de la jurisdicción puede intervenir en los juicios de quiebra, especialmente para procurar la seguridad de los bienes o para que el juicio no sufra demoras injustificadas.

Art. 27. — Vencido el término de que se trata en el ordinal 6º del artículo 22, el juicio se abre a prueba hasta por veinte días, dentro de los cuales se puede pedir y practicar pruebas; expirado ese término, se corre traslado común en la Secretaría por tres días para la presentación de alegatos, y dentro de los diez siguientes el Juez dicta sentencia definitiva sobre reconocimiento de acreedores, graduación de créditos y demás puntos necesarios. Si hay obligaciones condicionales, en la sentencia se ordena dejar en secuestro lo que corresponda para que en la oportunidad debida se haga el pago. Los créditos a cargo del quebrado se graduarán según los principios establecidos en las leyes.

Art. 28. — La sentencia definitiva es apelable en el efecto suspensivo. La apelación se tramita y falla como se dispone en los artículos 502 y 504 de la Ley 105 de 1931, y contra el fallo de segunda instancia no hay recurso de casación. Durante la apelación, el Juez de la causa conserva su jurisdicción para todo lo referente a la administración de los bienes y para seguir las diligencias hasta tramitar y poner el juicio en estado de pagar a los acreedores, dejando copia de lo conducente.

Art. 29. — Los autos interlocutorios que se dicten en el juicio de quiebra, únicamente son apelables en el efecto devolutivo.

Art. 30. — Puede prescindirse de la sentencia de reconocimiento y graduación de los créditos, si todos los acreedores son

capaces de disponer de los suyos y piden al Juez que ordene se les entregue el producto de los bienes para repartírselo como hayan convenido.

Art. 31. — Cualquiera de los acreedores hipotecarios o prendarios que quiera ejercer su acción real o hacer uso del derecho que le confieren los artículos 2499 y 2501 del Código Civil, deberá intentarla ante el Juez que conoce el juicio de quiebra, quien la sustancia dentro del mismo juicio, en cuaderno separado, por los trámites del Título XLII de la Ley 105 de 1931, y con el Síndico como representante del deudor quebrado y de la masa.

Art. 32. — En lo referente a secuestros, remates y otros puntos no previstos en este Decreto, se deben aplicar las disposiciones del juicio ejecutivo de mayor cuantía.

Art. 33. — Los acreedores pueden presentarse hasta el vencimiento del término probatorio.

Art. 34. — En cualquier estado del juicio el Juez debe convocar reunión general de acreedores y del deudor cuantas veces lo solicite el Síndico o los acreedores presentes que tengan créditos por no menos del cincuenta y uno por ciento del pasivo que aparezca del proceso, con el objeto de tratar sobre convenios amigables.

El Juez preside las reuniones. Para resolver se requiere el voto favorable de la mitad más uno de los acreedores presentes, y que los que voten afirmativamente representen el ochenta por ciento del pasivo arriba dicho. Las decisiones de esa mayoría obligan al deudor y a todos los acreedores desde que las apruebe el Juez, quien debe hacerlo siempre que ellos tengan carácter general y no impliquen exclusión de ningún acreedor conocido por lo que resulte del expediente. Las sesiones pueden prolongarse cuando lo determine la mayoría con asentimiento del Juez, y de lo convenido en ellas se extiende acta auténtica.

Las actas que contengan concordato deberán protocolizarse y registrarse en la Cámara de Comercio y, si versaren sobre inmuebles, en la Oficina de registro de instrumentos públicos, dejándose copia de ellas en el expediente.

Art. 35. — Tienen prelación para el despacho los autos y sentencias en los juicios de quiebra. El Juez o magistrado que demore el pronunciamiento de la sentencia o de tres autos en cada juicio, sin motivo legal, perderá su empleo. La vacancia la decreta la autoridad correspondiente a petición de parte, de Cámara de Comercio o aun de oficio, inmediatamente después de probada la demora, y la comunica al responsable, quien puede presentar sus descargos y solicitar revocación de la providencia dentro de los seis días siguientes al recibo de la comunicación.

Art. 36. — Son anulables:

a) Todo acto de disposición y administración que ejecute el quebrado sobre cualquiera especie y porción de sus bienes, después de la declaración de quiebra;

b) Todo acto a título gratuito celebrado por el quebrado después de la fecha de cesación de pagos o dentro del año anterior a la misma;

c) Los pagos de deudas no vencidas hechos con posterioridad a la fecha de la cesación de pagos;

d) Las daciones en pago por deudas vencidas hechas después de la fecha de la cesación de pagos con objetos distintos de dinero o efectos de comercio;

e) Los contratos celebrados por el quebrado con posterioridad a la fecha de la cesación de pagos con su cónyuge o con parientes comprendidos dentro del segundo grado de afinidad o cuarto grado de consanguinidad, o con algún consocio del quebrado que no lo sea en compañía anónima;

f) Los contratos de sociedad, fusión, absorción, transformación o enajenación de establecimientos mercantiles celebrados por el quebrado después de la fecha de la cesación de pagos.

g) Las cauciones que haya constituído el quebrado con posterioridad a la fecha de la cesación de pagos.

h) Todos los actos de dominio y administración que haya ejecutado el quebrado sobre cualquier especie y porción de sus bienes después de la cesación de pagos, si se han celebrado con conocimiento, por parte de quien contrató con el quebrado, de dicha cesación de pagos. Se presume el conocimiento de los empleados de éste.

i) Son asimismo anulables todos los actos de disposición y administración celebrados por el deudor dentro de los cuatro años anteriores a la cesación de pagos en que se probare cualquier connivencia entre las partes, consumada en menoscabo de la prenda general de los acreedores.

Art. 37. — Las nulidades de que trata el artículo anterior se establecen en relación con la masa de los acreedores y sólo por ella pueden ejercerse; pero no pasan contra terceros de buena fe. Quien contrató con el quebrado queda obligado por la declaración de nulidad a restituir a la masa lo recibido de manos del quebrado o su valor actual, si lo hubiere enajenado, o de alguna manera hubiere dispuesto de ello. Dicho contratante, si hubiere obrado de buena fe, tendrá derecho a participar en la quiebra, sujeto a la ley del dividendo como los demás acreedores, hasta el monto de la contraprestación que le hubiese dado al quebrado.

Art. 38. — Las acciones de que tratan los artículos anteriores se sustanciarán como articulaciones dentro del juicio de quiebra. El auto que ordena el traslado se notificará personalmente al demandado. El Juez, a su prudente arbitrio, tomará las medidas preventivas que juzgue necesarias, inclusive el embargo de bienes del demandado y el registro de la demanda, a medida que vayan presentándose pruebas de suficiente información.

En la sentencia definitiva se decidirán esas acciones, para lo

cual serán apreciadas todas las pruebas allegadas al juicio y allá se fijará la fecha de cesación de pagos, en ningún caso con anterioridad mayor de un año contado a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

El ejercicio de las referidas acciones no suspende la tramitación del juicio principal y no podrán promoverse sino hasta el último día del término probatorio de dicho juicio.

Transcurrido este término no podrá promover el Síndico acciones de anulabilidad sino a virtud de conocimiento posterior de hechos o actos de que no pudo tenerse conocimiento antes, previo juramento sobre esta circunstancia y en juicio ordinario. Estas acciones sólo pueden promoverse dentro del año siguiente al día del vencimiento del término probatorio.

Art. 39. — En virtud de la declaración de quiebra se tienen por vencidas todas las deudas pendientes del quebrado, con descuento del interés del plazo fijado.

Art. 40. — Pertenecen a los bienes de que trata el artículo 2489 del Código Civil:

1º Las mercancías que tuviere el quebrado en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega;

2º Los efectos de comercio que se le hubieran remitido al quebrado para su cobranza, y los que hubiere adquirido por cuenta de otro, emitidos o endosados directamente a favor del comitente;

3º El dinero remitido al quebrado fuera de cuenta corriente para cumplir una comisión de mando en nombre y por cuenta del comitente;

4º Las cantidades que se estuvieren debiendo al quebrado por cuenta ajena, y los documentos de la misma procedencia que obren en su poder, aunque no estén extendidos a favor del dueño de las mercancías vendidas, siempre que se pruebe que la obligación procede de ellas y que aquéllos existían en poder del quebrado por cuenta del propietario;

5º Los géneros vendidos al quebrado a pagar de contado, cuyo precio o parte de él no hubieren satisfecho, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse especificamente por las marcas o los números de los fardos o bultos.

6º Las mercancías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas en sus almacenes, o en el paraje convenido para hacerla, o que después de cargadas de orden y por cuenta y riesgo del comprador, se le hubieren remitido las cartas de porte o los conocimientos;

7º Los depósitos, cuando no se hayan pactado intereses.

En los casos de los numerales 5º y 6º pueden los representantes de la masa retener lo comprado o reclamarlo pagando su precio al vendedor.

Art. 41. — Corresponde al Síndico resolver directamente, como

atribución propia de sus funciones, las solicitudes de entrega que se le hagan de los objetos de que trata el artículo anterior. Si el Síndico accede a la entrega, dará cuenta razonada y documentada a la masa. Si el Síndico no accede, los presuntos dueños de esos objetos pueden hacer sus reclamos ante el Juez en forma de articulación.

En todo caso el Síndico conserva el derecho del quebrado de cumplir los contratos en nombre de la masa, y para ella, o de consentir en su resolución.

Art. 42. — Respecto de las naves o embarcaciones que se hallen entre los bienes del quebrado, se observarán las reglas del Código de Comercio marítimo.

Art. 43. — Los acreedores que no sean satisfechos íntegramente de sus derechos contra el quebrado con lo que perciban de la masa, hasta la liquidación de ésta, conservarán sus acciones por lo que se les queda debiendo sobre los bienes que posteriormente adquiera el quebrado en los casos que expresa la ley, salvo lo acordado en concordato.

Art. 44. — Las cosas pertenecientes a la masa que tengan cotización de bolsa, podrán venderse en bolsa, o fuera de ella, sin necesidad de avalúo con autorización del Juez, por un precio no inferior al de la respectiva cotización.

Las cosas y valores muebles que no tengan cotización de bolsa podrán venderse por conducto de un martillo que funcione legalmente, observando el reglamento de éste, y en cuanto a base de precios, lotes y demás condiciones, según las instrucciones aprobadas por el Juez, a solicitud razonada del Síndico.

Art. 45. — El comerciante a quien se declare en quiebra será borrado de la matrícula en el registro público de comercio, y no será reinscrito sino mediante la prueba de su rehabilitación.

El quebrado inculpable podrá ocuparse en operaciones de comercio por cuenta ajena y bajo la responsabilidad de su comitente, ganando para sí el salario, los emolumentos o el lucro que se le dé por estos servicios, los cuales salarios, emolumentos o lucro no podrán ser embargados por los acreedores. Los quebrados que se encuentren en el caso de esta disposición no tendrán derecho a percibir las pensiones alimenticias que se les hayan asignado en el procedimiento de la quiebra.

Art. 46. — Los quebrados pueden ser rehabilitados por disposición del Juez que ha conocido de la quiebra.

Art. 47. — Para que los quebrados culpables puedan ser rehabilitados, deben probar el pago íntegro de todas las deudas que se aceptaron en la quiebra y el cumplimiento de las penas que se les hubieren impuesto, y si hubo fraude no podrán rehabilitarse sino después de transcurridos diez años contados desde la fecha de la ejecutoria de la calificación de la quiebra.

Art. 48. — Los quebrados inculpables deben ser rehabilitados

cuando prueben el cumplimiento del concordato que hicieron con sus acreedores o, si no hubo concordato, que con el haber de la quiebra o con entregas posteriores, se cubran las deudas reconocidas en el procedimiento de quiebra.

Art. 49. — En vista del expediente del juicio de quiebra y de los documentos que presenta el quebrado, el Juez decretará o negará la rehabilitación o la suspenderá si únicamente faltare algún requisito subsanable.

Art. 50. — Por la rehabilitación del quebrado cesan todas las interdicciones que produce la declaración de quiebra.

Art. 51. — Quedan derogados el Título V del Libro I del Código de Comercio y el artículo 22 de la Ley 51 de 1918.

Art. 52. — Las disposiciones de este Decreto se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos y los incidentes introducidos con arreglo a la ley anterior, se rigen por la ley vigente al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió el incidente.

TÍTULO XXXVI

PACTOS ACCESORIOS A LA COMPRAVENTA

Art. 1095. — Corresponde lo reglamentado en el Título a la denominación que se le ha dado y con el que nuestra legislación procesal se aparta un tanto de la mayoría de las extranjeras que no contienen normas especiales sobre el particular. Empero, él no comprende la regulación total de todos los pactos accesorios a la compraventa (v. C. C.).

Por el llamado pacto comisorio, de duración máxima de cuatro años (art. 1938) convienen expresamente los contratantes que no pagándose el precio de la compraventa en el tiempo fijado para ello se resuelve el contrato (art. 1937), resolución que no se opera mecánicamente, sin la intervención judicial, cuando hay desacuerdo entre ellos, y a obtenerle por trámites breves distintos a los ordinarios que exige la condición resolutoria común (arts. 734 y ss., 1546, 1536 y conc. C. C.) se dirige el artículo.

El demandante presentará su demanda (arts. 205 y ss.) al Juez competente (arts. 142 y ss.), de la que, al admitirse, se corre traslado al demandado por veinticuatro horas, que es el término de que dispone para hacer el pago debido u oponerse a los pedimentos del actor, y luego se dicta el fallo declarando resuelto el contrato y ordenando la cancelación de la inscripción del título, si la acción comprende inmuebles.

A la demanda debe adjuntarse por el actor, aunque el artículo acotado no lo diga, la prueba de su derecho, por similares motivos

a los que se ven al analizar el artículo 1097, ya que sin la prueba no se reconocen judicialmente los derechos particulares (arts. 593 y ss., 1757 y ss., C. C.).

Consúltese la Ley 45 de 1930.

ART. 1096. — Por la oposición del demandado que alegue que su obligación está extinguida por cualquiera de los medios determinados en la ley (art. 1625 C. C.), o en el contrato, agregamos (art. 1602 *ib.*), el litigio se adelanta por los trámites del procedimiento ordinario (arts. 734 y ss.), pero el actor dispone de la facultad de exigir al opositor caución garante de los perjuicios que le cause, para la que señala plazo el Juez (art. 367), quien también califica su suficiencia. Omite el artículo materia de estas líneas hablar de las consecuencias del no otorgamiento oportuno de la caución referida, pero lógicamente y con buen fundamento, el vacío se llena aplicando por analogía (art. 203 lo dispuesto en otros artículos que ven un desistimiento en el no otorgamiento de las cauciones ordenadas (arts. 844, 845, 879, 461 y ss.), medio propio de hacer eficaz en la práctica el derecho que asiste al demandante en frente del demandado, y de solucionar en la mejor forma posible los problemas que surjan por causa de la caución exigida.

En puridad de verdad, la mentada caución es una de las consecuencias propias del pacto comisorio, pues ella no es exigible dentro de la acción ordinaria de resolución por falta de pago cuando él no ha sido estipulado, en lo que se aprecia una de sus consecuencias.

ART. 1097. — Cuando en el contrato de compraventa han estipulado los contratantes el pacto de retroventa (arts. 1939 y ss. C. C.) del que quiera hacer uso el vendedor, debe recurrir al Juez para dar el aviso de que trata el artículo 1943 de la Ley sustantiva y pedir que se requiera al comprador a fin de que otorgue la correspondiente escritura en la Notaría respectiva. Ha dicho la Corte que "requerir significa avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública". Un requerimiento es un acto judicial por el cual a petición del interesado se requiere al deudor para que entregue, haga o deje de ejecutar una cosa. En nuestro sistema jurídico (art. 1608 C. C.) el requerimiento es simplemente una condición que la ley requiere en determinados casos para dar aplicación a la teoría general de la mora. El deudor debe ser reconvenido judicialmente por el acreedor para el efecto de reputarlo constituído en mora, y se entiende verificada la reconvención cuando se le notifica personalmente, por mandato del Juez, la solicitud del acreedor en que se le pide satisfacción de una obligación, con acompañamiento de la prueba de la existencia de ella. (G. J. Nº 1927, pág. 543.)

No obstante lo anterior, en oportunidad posterior dijo la Corte que el requerimiento equivale a una sencilla notificación a la per-

sona designada, de la solicitud del que la formula, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento. El requerimiento es un acto a modo de una actuación notarial en que el Juez carece de la facultad de investigar la causa que lo origina y su finalidad. (G. J. Nos. 1957 y 1958, pág. 773.)

Con todo, consideramos de mejores bases la jurisprudencia primeramente transcrita porque el alcance de un requerimiento no puede servir de apoyo para negar que quien lo pida está en el deber de aportar elementos probatorios que lo sustenten, pues la actuación del Órgano Judicial no se hace, por regla general, sobre simples afirmaciones de parte interesada sino sobre algo de mayor solidez. Por eso dice el artículo 325 que los requerimientos se hacen con notificación del auto que los ordena y exhibición de los documentos que en cada caso dispone la ley. No se comprende racionalmente que quepa ordenar un acto sin que obren elementos que lo sustenten, porque no es posible dar margen amplia a la inestabilidad de la actuación jurisdiccional. Por el requerimiento —*prima facie*— se obtiene la constitución en mora del requerido y de allí, precisamente, que sea impropio hacerlo con la sola petición de parte interesada, puesto que con facilidad se cumplirían entonces actos arbitrarios. Sería necio negar que antes de un requerimiento no hay debate entre las partes interesadas, y esto hace más fundado lo que venimos diciendo, pues el que no se haga antes un estudio de fondo y definitivo no lleva por sí a concluir que es viable requerir sin comprobación alguna.

Art. 1098. — Dictado el auto ordenador del requerimiento porque la súplica presentada reúna las formalidades de rigor y hecha su notificación al demandado sin que de parte suya se formule oposición expresa dentro de los tres días siguientes, se entiende que conviene o asiente a lo pretendido por el demandante, presunción necesaria y fundada. Si hay oposición del demandado, se recibe a pruebas el negocio por seis días, a cuyo vencimiento el Juez decide en el sentido de que se haga o no la escritura, decisión que una vez en firme goza de la estabilidad propia de las resoluciones judiciales (arts. 473 y 474).

Art. 1099. — Vencido el plazo de la retroventa, si el demandado no la hace —no obstante estar dispuesto el demandante a llenar las obligaciones de su cargo— puede el último pedir al Juez que conozca del negocio que declara la resolución del contrato y la cancelación de la inscripción hecha de la correspondiente escritura, si es del caso, a condición de que consigne el valor de la retroventa previamente. Esa consignación debe hacerse en el Banco de la República o en la Administración de Hacienda Nacional, etc. (D. E. 1115 de 1940), por cuenta del opositor y dura hasta tanto se presente a reclamarla y autorice el Juez la entrega.

Lo anterior muestra que el pacto comisorio está lejos de

producir sus efectos propios automáticamente y sin intervención judicial en el evento de que quien está ligado por el mismo no satisfaga en forma voluntaria su obligación contraída.

ART. 1100. — En gracia del artículo, el procedimiento previsto en los tres artículos inmediatamente anteriores es el que se sigue cuando en el contrato de compraventa —o de permuta (art. 1958 C. C.)— se comprenda el llamado pacto de adición de día especificado en el artículo 1944 del C. Civil. Por ese pacto, que no puede tener una duración mayor de un año, los contratantes estipulan que presentándose persona que mejore la compra se resuelve el contrato celebrado, a menos que el comprador o quien haya adquirido su derecho se allane a la mejora en iguales términos que aquella tercera persona.

ART. 1101. — Porque el obligado a entregar el bien perseguido, conforme el título, rehuse entregarlo, corresponde accionar contra él por los mismos trámites de los procesos posesorios (art. 877 y ss.), a continuación de la actuación verificada antes y ante el mismo Juez, sin atender entonces a conceptos de cuantía, ubicación de los bienes o domicilio del demandado.

ART. 1102. — Ordena este artículo que la demanda presentada según los artículos anteriores debe registrarse cuando versa sobre bienes inmuebles, sin determinar la oportunidad en que ello debe hacerse, lo que no implica ningún inconveniente, porque el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, vigente, dice que la inscripción se hace después de la notificación de la demanda, lo que sería mejor antes para evitar actos dolosos del demandado. Esa inscripción pone los bienes sobre que recae fuera del comercio, efecto diverso del de la inscripción en los negocios de deslinde y de servidumbres (arts. 865, 873), vedando actos particulares sobre ellos (art. 1521 C. C.).

TÍTULO XXXVII

TENENCIA

CAPÍTULO I

LANZAMIENTO DEL ARRENDATARIO

ART. 1103. — La acción que corresponde al arrendador para que le sea entregada la cosa arrendada, de naturaleza principal, personal, contenciosa y especial, es reglamentada en el presente Título, inspirado en el ánimo del legislador de que las acciones de tenencia tengan tramitación breve, pues sería impropio a todas luces que tuvieran la ordinaria u otra de impulso procedimental lento. Con todo, la experiencia enseña que en la práctica común la duración de las acciones de tenencia es bastante prolongada por motivos de diversa índole y lleva a desear que se corrijan en

lo futuro los inconvenientes que perturban la rapidez en la tramitación de ellas.

La demanda de entrega de la cosa arrendada, sea mueble o inmueble, debe llenar las exigencias comunes de todas las demandas (art. 205), dirigirse contra el arrendatario, quien es su sujeto pasivo o contra varios de los arrendatarios de un mismo predio rural, en lo que se aprecia una acumulación de acciones (arts. 209, 396 y ss.). De ella se da traslado a la parte demandada por dos días, el que es surtido en la Secretaría del respectivo Juzgado (art. 199), y una vez pasado sin que ella haga oposición admisible (art. 1105) el Juez del conocimiento dicta sentencia ordenando el lanzamiento o la entrega de lo arrendado. En ello resalta que el fallador debe resolver prontamente sobre lo pedido y de acuerdo con ello, siempre que no haya oposición expresa y oportuna.

Preceptúa el artículo que cuando el demandado no es encontrado o se oculta, la notificación del auto admisorio de la demanda se hace por medio de un aviso fijado por la Secretaría en la puerta del inmueble, de lo que debe dejarse testimonio en los autos. La fijación será hecha después de las actividades de los funcionarios subalternos del Juzgado, propias para cumplir la notificación —diferente en esencia a las comunes (arts. 307 y ss.)— o después de que se acredite, aún con prueba sumaria, la ocultación de tal demandado, puesto que sin el lleno de lo anotado, no es fundado hacer aquella notificación con fijación de aviso, en garantía necesaria de los intereses del llamado a comparecer en juicio civil y para no proceder arbitrariamente. La constatación de la notificación así surtida será la que se deja en los autos, ya que la disposición acotada no exige agregación del aviso al expediente y que la atestación secretarial tiene el mérito de documento público (art. 682).

Transcurrido un día después de la fijación del aviso ya mencionado varias veces se entiende que queda surtida la notificación, bajo condición de que éste, determine la providencia de que se trate, porque si no lo hace, mal puede ser eficaz y empieza a correr el término del traslado ordenado para lo cual el Secretario debe poner los autos a disposición del notificado.

ART. 1104. — A la demanda debe adjuntar el actor la demostración cierta de que el arriendo ha terminado por una de las causas señaladas en la ley, formalidad sin la cual es inadmisible, lo que resulta claro teniendo en cuenta que, según el artículo anterior, en caso de falta de oposición el Juez debe fallar sin abrir a pruebas el negocio y favorablemente al demandante y no sería admisible que sin elementos de convicción dictara el fallo. Así debe aducirse la prueba:

a) Si se invoca la terminación del arriendo por el trascurso del tiempo estipulado el demandante debe demostrar el contrato, con confesión de parte contraria, testigos, escritura pública o documento

privado, que deberá ser estampillado debidamente para servir de elemento probatorio (D. Nº 92 de 1932). Las declaraciones de los testigos para prestar mérito, si hay término probatorio, debe ratificarse dentro de él, en armonía con otros textos legales (Art. 693) y la reiterada jurisprudencia de los Tribunales y Juzgados de la República.

b) Si la pretensión del demandante se sustenta en la expiración del arriendo por haberse hecho el uso especial a que estaba destinado lo arrendado o según la costumbre, debe acreditar plenamente el contrato y esas causales. La costumbre lo será con el dicho de siete testigos que reúnan las exigencias del artículo 700.

c) Si el demandante aduce en su favor el uso ilícito de lo arrendado por el demandado, el subarriendo o cesión sin facultades para ello o a personas de notoria mala conducta cuando las tenga, está en el deber de acreditar esos motivos y el contrato.

d) Si la base de la demanda es la mora en el pago y por un período completo o por más, es menester que el arrendador compruebe el contrato y que haya hecho al inquilino dos requerimientos privados o judiciales, entre los cuales medien por lo menos cuatro días, sin que haya prestado oportunamente la caución prevista en el artículo 2035 del C. Civil. Esa prueba no será indispensable cuando el demandado haya renunciado el derecho a que se le requiera, puesto que ninguna razón obra para sostener su irrenunciabilidad (Art. 15 C. C.). Entonces lo propio será aducir la demostración de tal renuncia.

e) Si el demandante demanda con base en que desahució al demandado porque no fué estipulado lapso de duración del arriendo, ni es determinable por un uso especial de su objeto o por la costumbre (Art. 2009 C. C.), debe demostrar el contrato y el cumplimiento del desahucio privado o judicialmente.

f) Si el bien arrendado requiere reparaciones de las indicadas en el artículo 2024 del C. Civil deberá el arrendatario demostrar su necesidad y el contrato.

De lo anterior resalta que la enumeración hecha en el artículo no es otra cosa que la repetición de las causales previstas en la ley sustantiva, pero incompleta, como lo han anotado quienes se han ocupado de él, puesto que no comprende las de los artículos 2016, 2019, 2030 y 2037 de dicha ley. Habría sido más acertada la disposición glosada si apenas fuera integrada por su primera parte.

ART. 1105. — La oposición que haga el demandado expresamente y dentro del traslado de la demanda presentada en su contra hace procedente la recepción a pruebas del proceso por seis días corridos, los cuales el funcionario del conocimiento debe fallar dentro de los tres siguientes.

Cuando la acción incoada obedece a falta de pago de los cánones de arrendamiento, el demandado para poder oponerse debe consignar el valor correspondiente a una mensualidad, el que se le devuelve

en caso de ser absuelto o se entrega al demandante, como es obvio, en caso contrario. No dice el artículo en quién se deposita ese valor, si en un secuestre o en el mismo Juzgado, pero la dificultad se salva dando aplicación al Decreto Nº 1115 de 1940. Por tanto, el depósito será hecho en el Banco de la República, en la Administración de Hacienda Nacional, etc. Tampoco determina expresamente el artículo tratado la oportunidad de verificar la consignación dicha, lo cual no constituye problema por ser claro que ella debe cumplirse dentro del término del traslado de la demanda, que es cuando cabe formular oposición y para no desconocer la naturaleza breve del proceso dando ocasión a dilaciones. Por ser tal consignación un mandato legal no requiere providencia especial previa, precisamente para no acarrear dilaciones perjudiciales. Por tanto, demandada la restitución de un bien es propio tener por no hecha la oposición cuando el demandado la presenta sin consignar en momento oportuno la cantidad ordenada por el artículo.

Los autos interlocutorios dictados en el procedimiento comentado y la sentencia finalizadora de él, son apelables por el opositor en el efecto devolutivo (Art. 499). A no dudarlo, contra esas providencias no tendrá el demandado el recurso de apelación en el evento de que haya sido desechada su oposición por la falta de depósito del monto de una mensualidad, por ser en el fondo ese recurso un medio de oponerse a las pretensiones del demandante, pues el recurrir una providencia no es otra cosa que accionar contra su mérito, contra lo que es favorable a la parte contraria, discutir su derecho.

La sentencia mencionada es notificada al igual que los autos interlocutorios (Art. 310), en lo que se distingue de las otras (Art. 309) por la necesidad de la celeridad de la actuación.

ART. 1106. — La sentencia favorable al demandante se ejecuta por el Juez que la dicte, dentro de los dos días siguientes a la publicación que debe hacerse (Art. 479), por medio de Juez comisionado (Art. 133 ss.) o de la Policía, ya que no se requiere que pase el término de notificación ni el de ejecutoria porque contra ella la apelación es en el efecto devolutivo y por cuanto que el cumplimiento de que se habla es análogo a la práctica de un secuestro (Art. 276). Es elemental que esa ejecución por las autoridades depende de que el demandado no satisfaga antes su obligación de entregar.

A propósito decimos aquí que de ninguna manera debe concederse apelación al demandado en el efecto suspensivo, porque el artículo comentado no se desnaturaliza o pierde efectividad por lo dispuesto en el 1119.

ART. 1107. — Preceptúa este artículo que si al tiempo de llevarse a término la diligencia de lanzamiento se encuentra el bien en poder de un tercero que justifique derecho a retenerlo se procede de la manera prevista en los artículos 882, 883 y 884, ya comen-

tados, lo que ha sido censurado diciendo que es impropio que por un juicio de tenencia se llegue al procedimiento ordinario o a colocar al demandante en situación difícil teniendo que accionar entonces contra el opositor. Sea de ello lo que fuere, hay que tener en cuenta que eso ocurre precisamente por la razón que existe en la protección de los terceros y que, además, la forma de actuación en las oposiciones aludidas propicia la verdadera efectividad del derecho del demandante.

ART. 1108. — La ley sustantiva inviste al arrendador del derecho de retener los frutos del bien arrendado y los objetos puestos en él por el arrendatario, en seguridad de lo que adeude al último por perjuicios o cánones de arrendamiento (Art. 2000 C. C.). No obstante que el texto de la disposición no lo diga, es incuestionable que la retención autorizada no recae sobre aquellos bienes que por ministerio de la misma ley tengan la calidad de inembargables (Art. 1004). Por ser ellos libres de la persecución de los acreedores falta una causa bastante en orden a retenerlos ya que los créditos no se hacen efectivos sobre los mismos. Esa es la interpretación racional del artículo, pues las reglas generales del procedimiento no dan asidero eficaz a otra distinta.

Del aludido derecho debe hacer uso el arrendador en su demanda y es actualizado al llevar a efecto el lanzamiento, en el que se dejan los respectivos bienes en manos del arrendador, en calidad de secuestre, con cargo de promover dentro de los tres días siguientes la acción que sea viable en el logro de la efectividad de sus créditos (ejecutiva, ordinaria, especial) bajo sanción de levantar la medida si no es propuesta en ese término la demanda a que haya lugar, siempre a petición de parte.

Convendría que el artículo en cuestión autorizara la práctica anterior del secuestro y no en el momento que él determina para que así no fuese ilusoria la garantía de los arrendadores, pues en el período que corre de la admisión de la demanda hasta la verificación de la entrega goza de oportunidad el arrendatario de retirar los bienes y los frutos retenibles y de hacer ilusorio el derecho de aquél.

ART. 1109. — El arrendatario tiene el derecho de retención de la cosa arrendada, el que se le concede en seguridad de lo que se le adeude por ciertas reparaciones y mejoras en ella (Arts. 1993, 1994 y 1995 C. C.), y que debe reconocérsele no llevando a efecto el lanzamiento o la entrega, siempre que lo ejercite antes de cumplirse ese acto o al cumplirlo y aduzca la prueba de los actos y hechos de los cuales nazca, pues sobre él pesa la carga probatoria. En tal evento la ejecución de la sentencia dictada se suspende hasta que el arrendador pague lo debido al arrendatario o caucione el pago (Arts. 23, Ley 200 de 1936).

Sobre el particular es oportuno advertir que en las acciones promovidas por falta de pago y en las que es desechada la oposición

del demandado por falta de consignación (Art. 1105) no parece admisible el reconocimiento del derecho de retención en favor suyo por implicar él una oposición. De claro fundamento es sentar que así como no es admisible la oposición de un sujeto al pronunciamiento de una sentencia en su contra, así tampoco es admisible la oposición a su ejecución, por existir entre los dos actos una relación íntima y directa que no es posible desconocer. Además, la inadmisibilidad de una oposición es de carácter general, pues la ley no la sujeta a ninguna excepción.

Si el valor de lo adeudado al arrendatario no está determinado, su señalamiento es hecho mediante articulación (Art. 395) por el Juez que conozca de la acción de tenencia.

ART. 1110. — Dice el artículo que si al tiempo de hacerse la entrega se encuentra en la habitación una persona enferma cuya vida peligre si se le saca de allí, el Funcionario actuante cerciorado del hecho por el dictamen de facultativos o de peritos designados por él, está en el deber de suspender la diligencia por el menor tiempo necesario para evitar el peligro. De forma que para la suspensión de la aludida diligencia se requiere un verdadero peligro para la vida de la persona enferma, acreditado con el dictamen de médicos o de peritos, de donde se infiere que la suspensión no acaéce por cualquier enfermedad sino por motivo de aquellas que no permitan el traslado del sujeto enfermo. Parece poco acertado que peritos comunes dictaminen sobre una cuestión que por sí escapa a su alcance.

Ahora, la disposición es aplicada correctamente no haciendo la entrega de la habitación ocupada por el enfermo y de las otras partes de la casa que sean necesarias para su atención, únicamente. Así por ejemplo: si en el juicio es perseguida la entrega de un edificio de apartamentos, procede hacer la de los no ocupados por el enfermo, ya que ninguna razón de peso concurre para que no sea hecha esa entrega; si es perseguida una finca podrán entregarse sus potreros, montes, las construcciones distintas a la habida por el enfermo, etc.

CAPÍTULO II

RESTITUCIÓN DE LA COSA ARRENDADA A PETICIÓN DE ARRENDATARIO

ART. 1111. — El arrendatario no está obligado a conservar en sus manos indefinidamente el bien arrendado sino que cuando existen motivos de cesación del arriendo tiene derecho a promover acción contra el arrendador a fin de que la reciba (Arts. 1986, 1988, 1990, 2005, 2008, 2009, 2016 y conc. C. C.), acción que se tramita conforme lo dispuesto en este Capítulo, que en sustancia viene a ser igual al precedente. De la demanda presentada se confiere traslado al demandado por dos días, pasados los cuales sin

oposición expresa del mencionado, el Juez pronuncia sentencia autorizando la restitución pedida.

A la demanda, en apoyo de su viabilidad, debe adjuntar el actor la demostración plena de la finalización del arriendo en su favor por cualquiera de las causas previstas en la legislación civil, dice el artículo, con más acierto que el artículo 1104, pues no hace enumeraciones innecesarias e incompletas. Es innegable que si la demanda no reúne las formalidades que debe reunir, y no es acompañada de prueba suficiente, es lógico desechar su admisión (Art. 1104).

ART. 1112. — Si el demandado hace oposición a los pedimentos de la demanda, el proceso es recibido a pruebas por un término de seis días y una vez corrido el Juez falla dentro de los tres días siguientes. Aparece de bulto que esa oposición difiere de la propuesta por el arrendatario en la acción entablada por el arrendador por cuanto que no exige consignación alguna, cosa por demás comprensible. De suerte que la recepción a pruebas depende de que haya oposición, de donde se viene en conclusión que el ordenarlas sin que la haya es error carente del mérito de ligar a las partes. Por otro aspecto, el artículo es similar al 1105.

ART. 1113. — El arrendatario disfruta del derecho de demandar la cesación del arrendamiento en mérito del artículo 1990 del C. Civil y para hacer entrega de lo arrendado al arrendador, y al efecto la acción que instaure se tramita aplicando los artículos anteriores, con la salvedad de que el término probatorio que se ordena por la oposición no es de seis días sino de doce, diferencia de escasos fundamentos puesto que no parece que en el caso en referencia haya mayores dificultades probatorias que en los otros, que la presentación y controversión de la prueba haga menester mayores actividades de las partes y lapso probatorio más extenso.

ART. 1114. — Autorizada por la sentencia finalizadora del proceso la restitución del bien materia del arrendamiento, ella se hace dentro de los tres días siguientes a la correspondiente publicación, restitución que debe aceptar el demandado con la recepción de la cosa, por sí o por medio de apoderado. En caso de que deseche la entrega directa o tácitamente, con la no comparecencia a recibirla, el Juez de la causa designa un secuestre en cuyo poder se deposita por cuenta del demandado, análogamente (Art. 203) que en los supuestos previstos por otros artículos (Arts. 989 y 976). El secuestre que así sea practicado subsiste hasta que el arrendador reciba lo secuestrado o hasta que el arrendatario desista de su pretensión.

Por último, dispone el artículo referido que los requerimientos de que tratan los ordinales marcados con las letras *d* y *e* del artículo 1104 pueden hacerse de la misma manera prevista en el artículo 1003, esto es, con fijación de aviso por el Secretario o quienes obren en lugar suyo. Bien se ha dicho que esta parte no encaja

donde fué colocada y que debió serlo al finalizar el artículo 1104, ya que así se habría procedido con verdadera técnica y orden, por ser diferente esa parte a las demás del artículo en estudio.

Capítulo III

DISPOSICIONES VARIAS

Art. 1115. — El texto del artículo preceptúa que las disposiciones del Título en estudio son aplicables en lo pertinente a la restitución de las cosas dadas en tenencia a título distinto de arrendamiento, que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el momento de verificar tal restitución. Entre las cosas que se dan en tenencia a título distinto del arrendamiento tenemos por ejemplo lo entregado en comodato (Arts. 2200 ss. C. C.), lo entregado al mandatario para cumplir su encargo (Arts. 2142 ss. ib.), lo depositado (Arts. 2240 ss. ib.). El texto del artículo analizado se presta a duda porque parece condicionar la acción de restitución por los trámites dichos a que las respectivas cosas estén en manos de un sujeto que haya ejercitado sobre ellas el derecho de retención, pero la duda desaparece teniendo presente lo dicho por la Comisión Revisora y la interpretación jurisprudencial bien fundada que de él se ha hecho. Por tanto, él se refiere simplemente a acciones de tenencia en los ejemplos propuestos antes, sin condicionarlas a ningún derecho de retención, y también a las mismas cuando éste existe, como debe ser, jurídicamente hablando. Bien comprensible es que sostener lo contrario de lo anotado es incurrir en el absurdo de concluir que el comodante, v. g., únicamente dispone de la acción ordinaria para lograr la entrega del bien suyo no obstante que no accione en reivindicación sino en tenencia. Son los principios básicos del procedimiento los mejores apoyos de lo expuesto.

Art. 1116. — Ordena esta disposición que lo dispuesto en el Título comentado es de aplicación necesaria en relación con los contratos de subarriendo, es decir, para el subarrendatario lograr la entrega al arrendador suyo o a la inversa (Arts. 2004 y conc. C. C.). Empero, conviene anotar que en aquellos casos en que el arrendador no haya autorizado expresamente el subarriendo al arrendatario suyo no queda ligado por una vinculación de derecho con el subarrendatario por tener en verdad la calidad de extraño, de tercero, ante el acto que celebra con otro sujeto el arrendatario, de donde se infiere que incoada acción que prospere contra el último carece de sustento la oposición del subarrendatario por ser infundada ante el demandante la situación suya, que viene a ser de hecho y no de derecho, merecedora de protección de éste.

Art. 1117. — Es de este tenor el artículo: "Al juicio que se promueva por mero tenedor para recuperar la tenencia de que ha

sido despojado o para que no se le turbe en el ejercicio de su derecho, o para que se le dé seguridad contra un temor fundado, se le da la tramitación señalada para los juicios posesorios'' (Arts. 877 ss.). De suerte que por gracia de la disposición los tenedores, en la conservación de su tenencia, gozan de idénticas acciones que los poseedores (Art. 984 C. C.) y deben actuar en igual forma, con la diferencia sí que la carga probatoria suya consistirá en demostrar, fuera de los hechos básicos de la acción, la situación de verdaderos tenedores y que el fallo que recaiga trata es de protección a la tenencia y no a la posesión, fenómenos jurídicos esencialmente distintos por su naturaleza, origen y consecuencias.

ART. 1118. — Conforme las voces de la disposición, la cuantía (Art. 152) de los procesos normados en el Título es fijada en consideración al valor del arrendamiento de un mes, si se trata de ello, o al valor de la cosa cuya restitución se persiga en los demás casos, por ejemplo, en los de comodato. Determinada en esa forma (Arts. 196 y 735) se conocerá si corresponde la competencia a los Jueces de Circuito o a las Municipales; a menos que en el asunto tengan interés el Estado, el Departamento o el Municipio (Arts. 119, 120, 109, 76 y 36). Ello ofrece campo a los demandantes para hacer la estimación de la cuantía de la cosa reclamada, con base en la parte final del artículo 205 y a los demandados para objetarla, según el artículo 206.

ART. 1119. — Dispone el artículo que los artículos 881 a 884 son aplicables a los juicios de que trata el Título comentado, los que tratan las oposiciones de quienes sean terceros y la forma de calificarlas y también acerca de las apelaciones contra las decisiones pronunciadas. No cabe duda sobre que las apelaciones interpuestas en esas oposiciones han de acogerse a lo dispuesto en el artículo 881; pero este artículo debe aplicarse teniendo cuidado en no desnaturalizar el procedimiento comprendido en el Título dicho, con sana prudencia y de modo de no hacer inoperante el artículo 1105, que se refiere a las apelaciones de la parte demandada. En consecuencia, el artículo 881 prementado tendrá aplicación en relación con las oposiciones de los terceros y el 1105 con la de los demandados, interpretación justa que no lesiona principios esenciales de derecho y que soluciona la dificultad que podría presentarse. Por lo demás el artículo 1117 dispone algo semejante al acotado.

Para pasar al estudio del siguiente Título, advertimos que no debe confundirse el lanzamiento visto con el por ocupación de hecho de que trata la Ley 57 de 1905.

TÍTULO XXXVIII

RENDICIÓN DE CUENTAS

ART. 1120. — Son obligados a rendir cuentas: los secuestres (Art. 296), los tutores y curadores (Arts. 504 y 505 C. C.), los albaceas (Art. 1366 ib.), los mandatarios (Art. 2181 ib.), y, en general, quienes administren bienes ajenos (V. C. C. y C. de Co.), lo que tiene por finalidad conocer el giro del negocio de que se trate, la forma de desempeño de sus funciones con la determinación de los actos ejecutados y de los ingresos y egresos consiguientes, a fin de saber si son acreedores o deudores y de conocer con exactitud el monto de lo que deban entregar o de lo que se les adeude. Claro es que al una persona administrar bienes ajenos no se conocen los resultados de sus gestiones, que hay una situación indeterminada que es preciso concretar en garantía de los derechos del dueño y del administrador en orden a definir con certeza sus derechos, y a ello se orienta la acción de rendición de cuentas, necesaria por todo aspecto, de carácter principal, personal y especial.

Dos procedimientos distintos se siguen en relación con ellas: el de articulación (Art. 395) para las de los secuestres (Art. 296), que se adelanta ante el Juez conocedor del proceso en que se practica el secuestro y el que reglamenta el presente Título y de que conoce el Juez del lugar en donde han debido rendirse las cuentas (núm. 13, Art. 152), conforme el contrato y en defecto de ello, a prevención, el Juez del lugar que fué centro de la administración y el del domicilio del demandado, cuando las demanda quien puede exigirlas, y si acciona el mandatario para que se las reciban el funcionario competente, a prevención, es el del lugar en donde han debido rendirse, el del lugar que fué centro de la administración y el del domicilio del dueño de los bienes (núm. 14, Art. 152).

Al respecto de la competencia procede anotar que ella es determinada fuera de lo preindicado, con la presentación de la demanda ante el Juez de Circuito o ante el Municipal, conforme el sentir del actor, pues ella no tiene que llenar el requisito de estimación precisa de la cuantía (Art. 205) por ser claro que al tiempo de presentarla no es posible conocer el monto de lo perseguido con la acción y que apenas va a determinarse con ella (Art. 220). De suerte que el actor no tiene obligación de señalar una cantidad precisa en la demanda, por lo que contra ella no cabe objeción por concepto de cuantía (Art. 206) por carecer de verdadero objeto, por haber sustracción de materia.

En principio tienen acción para exigir rendición de cuentas todas aquellas personas cuyos bienes son o han sido administrados por otras, principio de aplicación general, pero no bastante para demandar rendición de cuentas al padre del hijo emancipado, en sentir del H. Tribunal Superior de Medellín, consignado en la sen-

tencia fechada el veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual argumenta que por tener el padre el usufructo de los bienes del hijo carece de verdadero interés jurídico exigirle cuentas, interés que sólo sería de carácter histórico, y que la ley no obliga expresamente a llevar cuentas sobre los bienes de los hijos, etc.

Con el más profundo respeto por las decisiones de esta alta entidad, nos atrevemos a sostener la tesis contraria invocando en su apoyo lo que pasamos a exponer brevemente:

La base primordial en el proceso de rendición de cuentas es que haya existido entre el demandante y el demandado una relación de derecho en gracia de la cual el último haya tenido bajo su cuidado todos o algunos de los bienes del primero que las exija, puesto que mal podría pedirse una rendición de cuentas sin haber existido o existir la mencionada situación, porque en tal caso, como es natural, habría sustracción de materia y sería notoriamente falto de fundamento exigirlas. La situación aludida puede tener origen en una convención, como en el caso de un mandato, o en la ley, como en el caso del curador.

La finalidad o el objetivo que se llena con las cuentas es la determinación de los resultados de los actos ejecutados por quien tenga a su cargo intereses ajenos, quien tiene obligaciones en favor de otro, cuales son los bienes que deben ser entregados. La relación de derecho creada cuando un sujeto administra bienes ajenos es indefinida entre tanto no sean rendidas las respectivas cuentas y a esa indefinición no tiene por qué quedar sometida, en justicia y equidad, la persona cuyos intereses han estado en manos de otra, porque si no fuese así resultaría que aquélla quedaría colocada en situación precaria que por sí le impediría definir su patrimonio. De allí que la acción en estudio sea uno de los medios de que dispone el titular de derechos al cuidado de otro para protegerlos.

Sin duda alguna, carece de interés la cuenta del padre sobre los frutos y productos de los bienes del hijo sobre los que tenga el usufructo que le concede la ley y que tan severas críticas han merecido (Arts. 291 y 312 C. C.), pero hay que advertir que las cuentas no comprenden únicamente aquello sino algo más, como el conocimiento de lo que el padre tiene que entregar al hijo cuando obtiene la emancipación. Si tiene que entregar, ¿cómo se determina entonces el objeto de la entrega sin las cuentas?

Al padre corresponde la administración de los derechos del hijo (Arts. 295 y 297 C. C.), pero esa calidad no lo libera de la obligación de rendir cuentas por cuanto que no existe ninguna disposición de orden legal que lo exonere de ellas, porque la legislación no deposita en él una confianza ilimitada como lo prueba la circunstancia de que en ciertos casos le exige inventario (Art. 297 ib.), autorización judicial para enajenar bienes del hijo (Art. 303 ib.), responsabilidad (Art. 298 ib.) y demás, de donde se viene en con-

clusión que falta un principio normativo de derecho que sustente la afirmación de que el padre no es obligado a presentación de cuentas.

Cuando el padre hace enajenación de los bienes del hijo es indiscutible que por ella no adquiere la propiedad del precio y una absoluta libertad de disposición, que llegado el momento, si es el caso, debe entregarlo al último, acto que requiere rendición de cuentas para cumplirse por orden judicial si el padre no lo hace voluntariamente, para no hacer ilusorio el derecho del hijo.

En verdad que la ley no obliga de manera expresa y perentoria al padre a presentar cuentas, pero en cambio no lo releva expresamente de ello y existen principios superiores de justicia y equidad, normas supremas en las actuaciones jurisdiccionales, que tiene el mérito de sustentar la conclusión de que el hijo emancipado puede pedirlas. Sustancialmente, no hay diferencia entre la situación del curador (Art. 504 C. C.) y del padre, en cuanto a la administración misma, y de allí la razón de lo expuesto, esto es, como el curador, el padre debe rendir cuentas (Art 203). El usufructo que corresponde al padre no puede llegar hasta el desconocimiento del derecho del hijo para solicitarle cuentas; los efectos propios del usufructo son otros (v. C. C. y C. J.).

La demanda de rendición de cuentas, además de los requisitos generales (Arts. 205 y conc.), debe especificar el negocio y el período de tiempo a que se contraiga, para una correcta constitución de la *litis contestatio*. A ella debe adjuntar el actor la demostración, aun sumaria (Art. 693), del derecho que tenga a pedirlas, la cual consistirá en documentos públicos, privados, testigos, confesión, etc. Demostrará que el demandado fué mandatario, albacea y demás, y que en realidad ejerció el cargo por el período de tiempo indicado en el libelo.

Llenadas esas formalidades, es propio hacer su admisión, la que no puede hacerse cuando faltan, y ordenar el traslado al demandado por tres días (Arts. 199, 308 y 312).

ART. 1121. — Ante la oposición que haga el demandado a la demanda establecida en su contra, invocando uno u otro fundamento, excepciones dilatorias o perentorias (Arts. 328 ss.), procede la recepción del negocio a pruebas por un período de quince días hábiles. Ahora, tal oposición debe ser expresa y clara, y ella no se presume en vista del silencio del demandado en mención. En el procedimiento en referencia ocurre algo distinto a lo que sucede en los ordinarios, en los cuales la apertura a pruebas se hace no obstante el silencio del sujeto pasivo de la acción, pues por algo exige la ley en los primeros la presentación de pruebas con la demanda, cosa no exigida en los segundos.

Corrido el término probatorio el Juez sentencia dentro de los cinco días siguientes.

Aquí cabe transmitir alguna jurisprudencia de la Corte: "La

acción de rendición de cuentas, aun cuando el mandante y actor la hayan considerado, por un error de técnica, como una consecuencia de la de pago de dineros que cobra el mandatario, es una súplica que nace de una norma legal que la consagra como un derecho sustantivo procesal de acción, y por eso tiene vida propia con independencia de cualquiera otra similar que pueda desprenderse del vínculo contractual'' (G. J. Nº 1959, pág. 858).

''La constitución en mora, en virtud de requerimiento es fenómeno distinto e independiente de la deducción en juicio de la obligación de rendir cuentas. Esta última puede ejercitarse sin que el requerimiento haya precedido a la demanda. Las normas que regulan el uno y la otra son diferentes. No es, por tanto, jurídico subordinar la rendición de cuentas a los efectos del requerimiento (G. J. Nº 1947, pág. 152).

ART. 1122. — Por la justificación que el demandante haga de su acción no obstante la oposición del demandado, puesto que sobre aquél pesa la carga probatoria (Arts. 210, 593 ss.; 1757 ss. C. C.) de establecer el derecho suyo, el Juez ordena la rendición de las cuentas señalando al efecto un término prudencial, en aplicación de lo ordenado en el artículo 367, y en consideración del volumen de las cuentas, su extensión, el tiempo a que se contraigan, etc.

Ese término empieza a correr desde el día siguiente a la notificación de la respectiva providencia (Art. 366), a menos que sea apelada, pues en ese supuesto corre desde que se reciba en el Juzgado de primera instancia el expediente devuelto o por el Superior, o desde que se reciba el proceso devuelto por el correo por declaración de ejecutoria de aquella resolución por falta de pago del porte (Art. 390).

ART. 1123. — El término señalado conforme el artículo anterior al obligado a rendición de cuentas para llenar su obligación es susceptible de prórroga por el Juez de la causa a petición suya y siempre que haya justo motivo para ello, en armonía con el artículo 367. Existirá ese motivo cuando la naturaleza de las cuentas, por su cuantía, extensión del negocio sobre que recaigan, por el período de tiempo a que se contraigan y demás, indique la escasez del plazo determinado para rendirlas, que dentro de él no alcanzará el obligado a satisfacer su deber.

A este respecto debe tenerse muy en cuenta que la obligación de rendir cuentas es indivisible y que en consecuencia el plazo concedido para cumplirla es uno solo y no varios, mejor dicho, no debe darse ocasión a que se divida el cumplimiento de la obligación en diversos actos, porque esa calidad de indivisible así lo requiere en pro de quien las exige y de la unidad y orden de la actuación (Casación 16 de septiembre de 1921, 15 de diciembre de 1933).

ART. 1124. — La falta de oposición por parte del demandado dentro del traslado que se le corre de la demanda, hace que deba pronunciarse, tan pronto pase tal traslado, la sentencia de fondo

conforme a las súplicas formuladas por el demandante, la que no es recurrible en apelación (Art. 490), por la razón clara de la ley considerar la omisión de oposición como un asentimiento verdadero al fallo pronunciado. No comparecer a oponerse en el proceso por rebeldía y otra causa, forzosamente tiene que implicar, si no asentimiento, renuncia del derecho a rechazar en alguna forma lo pretendido por el demandante. De otro lado, cabe ver que el recurso de apelación viene a depender en concreto de la conducta asumida antes por el demandado.

ART. 1125. — Cuando el sujeto condenado a rendición de cuentas en favor de otro omite satisfacer su obligación reconocida en la resolución judicial pronunciada en su contra, en el tiempo que para ello disponga, procede pedir al Juez de la causa que se libre y siga ejecución contra el obligado, según las reglas del procedimiento ejecutivo (Arts. 891 ss.) en lo pertinente. Éstas serán las de los artículos 990, 991 y 995, en especial. El incumplimiento del obligado ocurre en el supuesto que no presente nada tendiente a satisfacer su obligación, y también cuando en escrito diga únicamente que las entradas y salidas del negocio a que se refieran son ningunas, o que se compensan unas y otras, o que se le adeuda cierta suma o cosas similares, por cuanto técnicamente eso no es rendir cuentas, las que están constituídas por una relación pormenorizada de los ingresos y egresos para precisar un saldo en pro o contra de una parte o de la otra; porque así únicamente se logra la burla de un derecho del actor y de la decisión judicial que lo reconozca; porque se crea una situación vaga y la falta de algo concreto sobre qué formular objeciones, y porque no se sientan las bases necesarias para el juicio ordinario posterior, entre otras razones. En verdad, no consulta ningún principio normativo del procedimiento ni tampoco los de equidad y justicia, sentar una tesis contraria a la anterior, pues no puede protegerse el dolo.

También tiene derecho el demandante a promover ejecución separada del juicio de cuentas, y en ese evento el título ejecutivo estará integrado por copia auténtica de la sentencia ordenadora de las cuentas y por una certificación auténtica del respectivo Juez en la cual asevere que no fueron rendidas en tiempo oportuno (Arts. 891 ss.).

Al ejecutado en esos supuestos no se le permite la proposición de excepciones encaminadas a su defensa (Arts. 1025 ss., 328 ss.), análogamente que en los procesos de cesión de bienes (Art. 1080), pero en lo tratado ello es una verdadera sanción al ejecutado en mención, debida a su incumplimiento. Sin embargo, tiene derecho a suplicar regulación de la cuantía estimada por el ejecutante, porque de esa facultad no lo despoja la ley expresamente (Arts. 993 y 625).

ART. 1126. — Aportadas las cuentas por el obligado dispónese el traslado de ellas al sujeto en cuyo favor se rindan por seis días,

prorrogables de la misma manera que el término indicado en el artículo 1123, con prevención de que si no las objeta serán aprobadas. En esto es visible que la aprobación de las cuentas depende en gran parte de la conducta asumida por el sujeto a quien son rendidas. Por otra parte, al conferirse el traslado (Art. 199) por ningún motivo debe omitirse esa prevención que es importante para que se surtan los efectos ulteriores de la falta de objeción.

Bien sabido es que las cuentas han de ser documentadas y con relación a ellas "... no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto a cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una plena prueba, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario en una administración, tales como los pagos de jornales, las compras al por menor, etc., no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido sin duda la ley para no exigir ni aun a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida. Así, el artículo 2181 del Código Civil tan sólo impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta y eso únicamente en lo que concierne a las partidas importantes de ella. Cuenta documentada no es equivalente a cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan documentos que la fundamentan, como recibos expedidos por terceras personas, aunque no estén legalmente reconocidos y no constituyen por lo mismo plena prueba ni aun respecto de quienes los han firmado". (Sentencia de la Corte de 17 de agosto de 1937).

Por otra parte, en cuanto a las partidas importantes de que habla la ley tenemos que ello ocasiona incertidumbre por ser un concepto subordinado de condiciones de tiempo, lugar, volumen del correspondiente negocio, situación general y demás, por lo que viene a ser dependiente del buen juicio de los Jueces determinar las partidas importantes. El H. Tribunal Superior de Medellín ha sentado en su jurisprudencia que no son miradas como partidas importantes las que no alcancen a diez pesos, la que puede servir de pauta en los negocios de cuentas.

ART. 1127. — Esta norma llena un vacío de la legislación anterior la cual no autorizaba concretamente al deudor de las cuentas para accionar a fin de presentarlas y obtener su aprobación; por su mérito, en la actualidad las cuentas no sólo se presentan por voluntad del acreedor de ellas sino también por la del deudor, cuya acción se tramita conforme al articulado del Título de que se trata. Deberá aducir, pues, la prueba de su obligación y demás. La única diferencia al respecto es que de la demanda se corre traslado al demandado como de los comunes, por mandato del artículo, el que será de diez días (Art. 739) o por tres días, considerando si se presenta ante el Juez de Circuito o Municipal.

ART. 1128. — No haciéndose objeción alguna a las cuentas presentadas por el demandado, dentro de la oportunidad que tiene el sujeto a quien se rinden, para hacerla, el funcionario que conozca de ellas dicta providencia de fondo aprobándolas. Por consiguiente, aunque el Juez de la causa encuentre que las cuentas son incorrectas, por incompletas, falta de comprobación, etc., forzosamente debe impartirles aprobación, si no hay objeciones, puesto que él no dispone de atribución en orden a calificarlas en su valor si la parte interesada no objeta, sino que tiene que observar una conducta pasiva.

La resolución aprobatoria no es apelable entonces por idénticas razones que las vistas al analizar el artículo 1124.

ART. 1129. — Objetadas las cuentas por el que las recibe en traslado, en la oportunidad que tiene para ello, se ponen en conocimiento las objeciones a quien rinde aquéllas, por tres días, para que manifieste si las admite o si por el contrario las rechaza. Con respecto al rechazo tenemos que ha de ser expreso y en tiempo porque si no lo es de la manera apuntada, opera en toda su plenitud la presunción consagrada en la parte final de la disposición en estudio, esto es, se considera que asiente en dichas objeciones, presunción que no admite en ese evento prueba en contrario, pues tiene la fuerza de las de derecho. Si fuere apenas en sus consecuencias similar a las llamadas legales, carecería de significación y sólo generaría dificultades procedimentales. No es factible comprender que tal presunción, ante las normas de interpretación, tiene otro alcance distinto al afirmado.

Aceptadas en forma expresa o tácita las objeciones hechas a las cuentas, es indicado señalar al obligado a las últimas un período que no sobrepase en ningún caso al término máximo de seis días hábiles para presentar la reforma de las aludidas cuentas, de acuerdo con las objeciones admitidas.

ART. 1130. — Una vez reformadas las cuentas presentadas en el sentido que haya ordenado el Juez en aplicación del artículo anterior, les imparte de plano aprobación, por cuanto que ya no hay oportunidad de debate entre las partes, pues el ejercicio del derecho de objetarlas es único y anterior y no múltiple y sucesivo. Por ello, no es necesario correr nuevo traslado, y el funcionario procede por su propia cuenta en el estudio de si la reforma hecha se adapta a lo ordenado y si encuentra que sí, está en la obligación de impartir aprobación a dichas cuentas. En sustancia, la disposición en cuestión es completamente similar al artículo 965.

ART. 1131. — Una vez ordenado al obligado que reforme las cuentas presentadas, en cierto sentido y plazo preciso, sin que lo haga dentro de él, el Juez nombra un contador para que haga la reforma de la manera que le ordene y a costa del moroso. Claro está que al conferirle el encargo al contador no debe echarse de lado las objeciones aceptadas, ni tampoco extralimitarse, puesto que el fun-

cionario actuante no dispone de poderes para ello, sino para apreciar que la reforma no fué satisfecha, total o parcialmente, por el demandado.

Presentadas las cuentas por el contador, el Juez las aprueba o imprueba, según que llenen o no lo ordenado, sin necesidad de correr traslado a las partes (Art. 1130).

ART. 1132. — Por el no asentimiento del obligado a rendir cuentas a las objeciones formuladas a las que presente, el proceso es abierto a pruebas y se adelanta después por los trámites de los ordinarios (Art. 734 y ss.). Así viene a cumplirse una segunda etapa de los juicios de cuentas, un juicio cuyo no seguimiento en acatamiento del mandato legal acarrea nulidad de la actuación (Art. 448 y ss.) y aparece un procedimiento ordinario por la denominada conversión, el que cabe convertirlo a la vez en verbal por voluntad de las partes (Art. 1208). En esa actuación se calificarán las cuentas y lo que una parte adeuda a la otra por concepto de la administración de bienes. Contra la sentencia proceden los recursos generales y es ejecutada en la forma dispuesta en los artículos 549 y siguientes.

TÍTULO XXXIX

ART. 1133. — Dispuso el artículo que las controversias entre condueños de unos mismos bienes cuyo dominio se halle desmembrado, o en estado de indivisión, se tramitan y deciden como los procesos sobre servidumbres (Arts. 872 y ss.). Tales controversias son las que se presentan, por ejemplo, entre el nudo propietario y el usufructuario, entre el dueño y el titular del derecho de habitación, de un mismo inmueble (v. C. C.), entre los comuneros (Arts. 2322 y ss. C. C.), mas no todas las que se presentan entre éstos, pues las sobre división del bien común son tramitadas y decididas según lo previsto en los artículos 1134 y siguientes del Código, las que surjan entre los mismos sobre la posesión que cada uno tenga se deciden por los trámites del proceso posesorio (Arts. 877 y ss.), en aplicación del inciso final del artículo en estudio y las directas sobre dominio en juicio ordinario.

Sobre este último se tiene que entonces el condueño o comunero tiene iguales deberes que quienes proponen acciones posesorias, idéntica situación, esto es, debe probar la perturbación o el despojo que se la haya causado o que tema, incoar la demanda antes de que transcurra el término de prescripción de la acción, acreditar que reúne las condiciones para ser titular de ella, y no simplemente la calidad de comunero. Por lo demás, es de innegable evidencia que al demandado no le basta para desvirtuar la acción propuesta en su contra establecer que es comunero sino otras cosas, como que el actor no ha sido poseedor, que no se ha cumplido perturbación o el despojo, etc.

Se presentan algunas dudas sobre la aplicación de varios de los artículos de la Ley 95 de 1890, sobre señalamiento de porciones a los comuneros para su aprovechamiento particular y el nombramiento de administrador, etc., pero ellas se resuelven partiendo de la base que ella contiene preceptos de orden sustantivo y que no fué derogada por el Código, como se desprende de los artículos 204, 1160 y 1170 y de las reglas generales sobre interpretación y aplicación de la ley. Ahora, el procedimiento que corresponde avanzar cuando uno de los comuneros pretende ejercitar los derechos conferidos por la mencionada Ley es el del juicio de servidumbres, para que no se proceda sin audiencia regular de los otros y para su reconocimiento se precisan estos elementos:

Que la acción sea dirigida contra todos los comuneros puesto que a todas luces es equivocado nombrar un administrador de la comunidad sin llamar a quienes tengan derechos vinculados en ella o señalar porciones para la explotación particular.

Que se demuestre la verdadera existencia de la comunidad, ya que ella es lo que apoya el señalamiento de porciones para el aprovechamiento exclusivo de cada interesado.

Que no haya un señalamiento anterior en firme y que invoque en su favor algún opositor, ya que si lo hay debe reconocérsele su mérito, y por no estar sujeto en relación con su estabilidad a la voluntad particular del comunero.

Que, si se trata de administrador, no lo haya o que existan causales para designar otro, por similares razones a las preanotadas.

Finalmente, cabe expresar que la carga probatoria opera en los asuntos referidos en armonía con las reglas generales, es decir, el demandante debe acreditar la procedencia de las peticiones suyas, la calidad de comunero del demandado que la desconozca, en concreto, lo que haga viable la acción, en consideración a que la decisión judicial que la reconozca ha de ser fundada en verdaderas causales de derecho.

TÍTULO XL

JUICIOS DIVISORIOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 1134. — Bajo este Título comprendió el legislador los procedimientos judiciales tendientes a finalizar las comunidades, de naturaleza bien especial que los distingue de los comunes y de los otros especiales y que tienen fundamento en la calidad misma de su objeto, el que lleva a clasificar las acciones que en ellos se ejercitan de universales, reconocidas desde antiguo en las legislaciones. Son competentes para conocer de los aludidos procedimientos, a preven-

ción y según la cuantía (Art. 154), los del domicilio del demandado o el del lugar en donde estén situados los bienes total o parcialmente (Art. 152, num. 6º). Adviértese aquí que el Título no se refiere a la finalización de la verdadera comunidad que se forma en las sucesiones antes de la partición, la que se comprende por otras normas (Arts. 893 y ss. C. C.) y que tampoco es de aplicación forzosa para la división de la comunidad si los comuneros capaces quieren hacerla extrajudicialmente.

La legislación reconoce acción al comunero para obtener la concreción material de su derecho, sin la indeterminación a que está sujeto por causa de la existencia de la comunidad (Arts. 2322 y ss. C. C.), acción que cristaliza en la división formal y material del bien común o con la venta para dividir su producto, según que ese bien sea o no susceptible de partición material. De consiguiente, cuando realmente no lo es o cuando desmerece de precio por su fraccionamiento, lo procedente es venderlo y partirlo en el caso opuesto.

A este respecto se tiene que la determinación de si el fraccionamiento o división de un bien cualquiera es imposible por ser contrario a los intereses económicos de los comuneros, es materia propia de un peritazgo, pues el dictamen pericial es rendido luego del estudio que a los peritos corresponde hacer y ese estudio es en realidad el que indica si es imposible o contrario a los mentados intereses proceder a tal fraccionamiento. La determinación de que se habla parece que no corresponde hacerla mediante prueba testimonial porque, entre otras cosas, ésta tiene por objeto más propio hechos conocidos y no la exposición de asuntos de mera apreciación. En algunos casos puede darse aceptación a que el testigo valore algunos hechos o circunstancias, mas no es fundado llegar hasta el extremo de admitir que puede sustituir al perito en casos que requieran la intervención del último. La ley al sentar que los peritos intervienen en los procesos para ilustrar el criterio del Juzgador, está indicando que la demostración de la imposibilidad de división de un bien cualquiera es materia de prueba pericial y no de la testimonial, cuando hay oposición, ya que si no fuese así se llegaría a la conclusión inaceptable de que la prueba primeramente mencionada es inoperante por carecer de objeto en la práctica.

Art. 1135. — De la demanda para que se decrete la división o la venta de un bien común para repartir su producto, se corre traslado al demandado por tres días. Esa demanda, aparte de las formalidades comunes (Art. 205) debe dirigirse contra todos los comuneros, ya que si no lo es corre el riesgo de fracasar, pues es inobjetable que mal puede procederse a la ejecución de un acto sin intervención de todos los que tengan derechos en el bien sobre que recaiga, pues hacerlo sería incurrir en el absurdo de forzar a unas personas a un acto en sí deficiente y contrario a los principios del derecho procesal por llevar trazas de inestabilidad, e implicar inversión de tiempo, actividad y dinero sin un objeto verdadero, por

venir a ser ineficaz ante los comuneros no intervinientes a quienes no liga jurídicamente.

Por otra parte, debe comprender la demanda la totalidad del bien común, pues tampoco hay razón en forzar al comunero a un acto incompleto como es el de dividir parcialmente la propiedad en comunidad, puesto que así no se logran las finalidades propias del proceso divisorio, las que constituyen una unidad cierta e indivisible. Ante la voluntad de la parte demandada en el sentido de que no se haga la división parcial, la demanda no puede prosperar, por cuanto ningún elemento de derecho obra en su apoyo y porque esa indivisibilidad no debe lesionarse. Es elemental que la división parcial es de suyo incompleta en relación con la finalidad de la comunidad, argumento bastante para concluir que por tender la acción divisoria a tal finalización no se concibe que prospere cuando apenas se refiera a una parte del bien en comunidad, a una finalización parcial que por serlo hace impropia la respectiva acción, porque no entran en juego todos los intereses vinculados sobre el bien en comunidad, cosa necesaria por obvias razones.

Con la demanda debe presentar el demandante la prueba de que es comunero, que debe ser completada con la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia de su título, si hace consistir tal prueba en un título registrado. Ello muestra que la admisibilidad de la demanda presentada depende de que el demandante llene esa formalidad perentoria de la ley, en lo que también se ve que lleva sobre sí inicialmente, antes de constituirse la *litis contestatio,* la carga de demostrar su derecho y, por tanto, la existencia de la comunidad que afirme, pues es la brevedad del proceso divisorio la que exige esa demostración, lo mismo que la certeza necesaria para la admisión de la acción propuesta, para que la actuación jurisdiccional no sea baldía o desprovista de solidez en su iniciación.

El inciso final del artículo establece que en los casos previstos en el artículo 1379 del C. Civil a la demanda debe adjuntarse la prueba de haberse obtenido la licencia judicial correspondiente, pues según el último los tutores y curadores no pueden proceder a la partición de los bienes a su cuidado sin dicha licencia. Con todo, estimamos que la última puede concederse en la admisión de la demanda, para evitar gastos y dilaciones inconvenientes, y porque la disposición de partición de una comunidad no requiere que sea basada en pruebas distintas a la existencia de ella, fuera de que la ley procura su verificación, por mirar la comunidad como contraria a los intereses particulares y a los generales. En principio, la finalización de la comunidad aprovecha a los comuneros y de allí que sea razonable no exigir la autorización para proceder a la división antes de formular la demanda, máxime que con ello no se lesionan los derechos e intereses de los incapaces, que es lo que busca la ley

en todo caso (v. C. C.). En realidad, los principios de unidad, celeridad y economía concurren en apoyo de lo dicho.

ART. 1136. — Cuando la parte demandada se opone a la división del bien común, o a que sea hecha de la manera demandada, se abre a pruebas el proceso por un lapso de diez días, en el evento de que haya hechos o actos qué establecer por las partes, mejor dicho, cuando la cuestión a resolver no es de mero derecho, pues si lo es, es innecesaria la apertura por carecer de objeto, al tenor del artículo 1138. La oposición dicha debe ser formulada en forma expresa y escrita, ya que si no lo es así lo fundado, procesalmente hablando, es considerarla inexistente por cuanto que el silencio del demandado no puede tener la interpretación que se le da en los negocios ordinarios (Art. 744), en los que no se exige presentación de pruebas, con la demanda. Precisamente, por exigirse en los divisorios aducción inicial de pruebas que hagan, en principio, viable la acción se comprende la razón de lo anotado.

ART. 1137. — La falta de oposición, dentro del término del traslado de la demanda, por el demandado, impone al Juez el deber de ordenar la división en la forma pedida, o sea, por partición material del bien en comunidad o por venta a fin de repartir entre los comuneros el precio. Ello pone de presente que el Juez tiene una posición pasiva cuando no se formula oposición y por motivo de la cual no dispone de facultad para resolver en contra de las súplicas del actor, en cuanto a la división misma, como es elemental saberlo, siempre que en los autos aparezca demostrada eficientemente la existencia de la comunidad, que el demandante sea comunero, que no aparezca ningún vínculo contractual en cuya virtud el demandante haya renunciado el derecho de proponer acción de división por cierto tiempo, etcétera. Esto hace ver que no es únicamente la falta de oposición expresa el elemento que hace viable la ordenación de la división, sino, también, la reunión de los otros elementos, pues es evidente que por ellos configurar la acción en estudio no deben ser menospreciados.

ART. 1138. — Por oposición que en oportunidad se haga en parte del demandado, basada únicamente en argumentaciones de derecho, el Juez decide dentro de los cinco días siguientes si decreta o no la división en la forma pedida o si en otra distinta, pretendida por el opositor. Es comprensible y fundado que las pretensiones de las partes marcan la extensión de las atribuciones de los jueces en relación con los negocios sometidos a su conocimiento y decisión, por lo que la ordenación de la división no puede extralimitar lo que las partes pretendan. La oposición de derecho es aquella en que el opositor basa su actuación en la alegación en favor suyo de principios sustanciales, como cuando sostiene únicamente la nulidad del título presentado por el demandante, por falta de cumplimiento de las formalidades legales, por su violación, u otras causas análogas.

La oposición de la índole dicha, al tenor del artículo, no requiere el recibimiento a pruebas del proceso, por verdadera sustracción de

materia y sin embargo lo es, para pedirlas y practicarlas, los interesados tienen pleno derecho para formular reclamaciones en contrario. Sumo cuidado deben poner falladores y litigantes en la apreciación de si una oposición está basada en cuestiones de derecho o en de hecho y si, por tanto, exige práctica de pruebas, puesto que ello es asunto un tanto complejo, para no incurrir en errores perjudiciales.

ART. 1139. — La oposición hecha da lugar a la recepción del proceso a pruebas (Art. 1136), cuando en él haya actos y hechos que demostrar, en apoyo de las súplicas de la demanda o de la misma oposición, recepción que en ningún caso es oficiosa, según se desprende del texto del artículo y de los otros del Capítulo. Mejor dicho, sin oposición expresa y oportuna a las súplicas hechas en la demanda y sin que haya cuestiones pertinentes qué demostrar no debe disponerse la recepción a pruebas.

A propósito de las pruebas tenemos que fuera de las obligaciones iniciales de la parte actora, la carga probatoria opera según las reglas comunes (Arts. 1757 y ss. C. C. y 593 y ss. C. J.). Por tanto, si el demandado se opone alegando que no existe la comunidad, afirmada por el actor debe dar la prueba de ese aserto, lo mismo que si dice que la acción instaurada no comprende a todos los comuneros, o la totalidad del bien común, etc. En caso de que el demandado sostenga no ser comunero y de que en los autos no aparezca la prueba de que lo sea, es de cargo del actor aportarla, por la bien clara razón de que la sola afirmación suya no basta para que se le tenga como cierta y para compeler a un sujeto a una división en que no tenga realmente interés jurídico. Además, la ordenación de aquélla requiere verdaderos fundamentos, de donde resalta con caracteres de evidencia la razón de lo anotado, pues es norma general que el actor lleva sobre sí el deber de acreditar aquello sobre que sustente la acción contra un demandado, esto es, el porqué hace a este sujeto pasivo de ella. En consecuencia, sin las correspondientes comprobaciones fracasa quien omita hacerlas.

ART. 1140. — El actor (el artículo dice equivocadamente "el demandado" en lugar de "el demandante") tiene facultad de exigir, antes de la calificación de fondo de la oposición, que el opositor o demandado preste caución garante de los perjuicios que con la oposición cause, la que se ordena de plano por no requerir tramitación especial, que debe otorgarse dentro de los diez días siguientes a la ordenación y que califica el Juez. Si no lo es recae sobre el demandado la sanción similar a la establecida en otros artículos (Arts. 845 y 879). La caución consistirá en fianza, prenda o hipoteca.

ART. 1141. — Contra la providencia en que se ordene o se deniegue la división solicitada, calificada por el artículo de auto (Art. 466, nums. 2º y 3º), proceden los recursos de reposición (Arts. 487 y ss.) y de apelación en el efecto suspensivo (Arts. 490 y ss.) y este último se decide por el Superior como tratándose de auto interlocutorio (Art. 502), pero si es un Tribunal la resolución del caso debe

dictarse por la Sala de Decisión (Art. 82), en consideración a la significación que tiene para los interesados. Bien se dijo que la ordenación o denegación de la división es hecha por medio de un simple auto, que tiene el carácter de interlocutorio, puesto que la verdadera sentencia se dicta posteriormente. Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Las resoluciones que dicta el Juez con motivo de la oposición a la división demandante (Arts. 1138 y 1139 C. J.), o la en que la decrete al vencimiento del traslado de la demanda por no haber oposición, no son en su caso la sentencia definitiva en este juicio especial, porque no recaen sobre la partición material misma, que es el exclusivo fin de ese procedimiento, ni le ponen fin al juicio, ni se las llama en el Código con la denominación legal de sentencias, sino que se las denomina reiteradamente como autos (Arts. 1141, 1149, etc. del C. J.). A la especie de auto interlocutorio corresponde esta resolución judicial que pone fin al incidente de la oposición, que en el anterior procedimiento se tramitaba por vía ordinaria y que fué reemplazada por la actual breve tramitación por considerar que en esa forma se hacía prácticamente nugatorio el derecho que tiene todo comunero a no permanecer en la indivisión.

Es a la resolución judicial aprobatoria de la partición material a la que corresponde la calidad y categoría de sentencia definitiva en los juicios especiales divisorios, porque en ella se termina la actuación judicial y se obran los efectos jurídicos de la partición y está sujeta al registro, y contra ella procede, reunidos los requisitos legales, el recurso de casación" (G. J., Nº 1943, pág. 403).

ART. 1142. — Los gastos comunes de la división se reparten entre los comuneros y en proporción al derecho que cada uno de ellos representa, a menos que entre los mismos se convenga otra cosa. Ahora, si por uno solo de ellos son hechos tales gastos, por la no concurrencia de los otros a hacerlos, sin embargo de no haber estipulación al respecto, tiene derecho a que se le integre lo gastado en lugar de los demás comuneros, con un lote del bien común o con una suma del producto de la venta y equivalente a lo que deben pagar dichos comuneros.

En caso de que los interesados en la división no sufraguen los gastos oportunamente, debe hacerse un lote en especie o en dinero para cubrirlos o sacarse a remate la parte de bienes necesaria para ello. El momento propio de la consignación de los gastos es antes de procederse a la partición para que ella se haga correctamente, y sepa el partidor si ha de formar lote para el pago de los gastos, en otros términos, para determinar bien el alcance de sus obligaciones.

Compréndese que el comunero que suministra los gastos de cargo de los otros goza de un medio fácil para conseguir su reintegración dentro del proceso, sin verse ante la necesidad imperiosa de solicitar requerimientos por costas (Arts. 496 y 497) o de promover juicio separado, pues basta que en los autos aparezca que realmente sumi-

nistró los gastos correspondientes a otros y su monto para que se forme porción en la partición, la cual se le adjudica en pago.

Capítulo II

VENTA DE BIENES COMUNES

Art. 1143. — El Código Civil inviste al comunero o a los comuneros demandados de un derecho especial que es el de comprar, en proporción a sus derechos, llegado el caso, el derecho o los derechos de los comuneros demandantes de la venta de la cosa común, pagándoles el precio de ellos, en proporción al avalúo de dicha cosa común (Art. 2366 C. C.). Ese derecho debe ejercitarse dentro del término perentorio del traslado de la demanda instaurada, sin que sea admisible en otra oportunidad, y ejercitado el Juez debe prevenir a las partes a fin de que dentro de los tres días siguientes nombren cada una un perito y designar un tercer perito en caso de que ellas no acuerden en nombrar uno solo (Arts. 705 y ss.). Porque ellas no hagan uso de la respectiva facultad entonces la designación por parte suya la hace el Juez del conocimiento, siguiendo las normas comunes.

Cuando se hace uso del derecho de compra en mención no se requiere traslado especial del memorial que sobre el asunto presente la parte demandada a la demandante, por cuanto que su reconocimiento, inicial por lo menos, se hace de plano sin que quepan oposiciones del demandante, por tratarse de un derecho que surge por la mera admisión de la demanda presentada.

Art. 1144. — Establece este artículo que una vez dado el dictamen por los peritos y fijado el precio por el Juez, quienes hayan hecho uso del derecho de compra deben consignar ese valor dentro de los tres días siguientes a la notificación (Art. 310) del auto que se dicte. La fijación por el Juez se hará en especial cuando las cantidades señaladas por los peritos sean diferentes (Arts. 721 y 722) y se tome el medio aritmético de ellas; pero si ellos son unánimes en la exposición suya, la labor del juzgador se limitará a la aprobación del avalúo hecho y ésa sera la fijación de que se habla.

Verificado el pago a la parte demandante, o consignado el precio por cuenta suya (Dto. Ejvo. Nº 1115 de 1940), se dicta sentencia en que se adjudique a la demandada el derecho que compre, la cual se inscribe en los correspondientes libros de Registro (Arts. 2641 y ss. C. C.) con vista del correspondiente expediente, o de una copia auténtica expedida por el Juez y el Secretario, en caso de que sea difícil o no sea posible inscribirla con vista de su texto original, como en otras ocurrencias (Arts. 1052 y 967). Igual cosa a la anotada se hace cuando el comprador que no paga obtiene la concesión de plazo para ello y aduce la respectiva demostración.

El contenido de los anteriores párrafos deja concluir que son infundadas las oposiciones que haga el demandante a que se adju-

dique su derecho al demandado que ejercita el de compra y verifica el pago en forma debida, por cuanto que aquel derecho está sujeto, por su calidad y la instauración de acción de venta, a tal cosa; de suerte que la sentencia adjudicatoria debe pronunciarse sin embargo de que haya oposición.

ART. 1145. — Porque los demandados compradores no verifiquen el pago de lo comprado o porque tampoco logren la concesión de plazo para hacerlo, surge para los demandantes la facultad de solicitar una de estas dos cosas: *a*) que continúe adelante el procedimiento para la venta, que al efecto se señalen fecha y hora para la práctica de la subasta y que se condene a los demandados que pretendieron la compra a la solución de los perjuicios causados; *b*) que se dicte sentencia adjudicatoria a dichos demandados para después exigirles en proceso separado el pago del precio y la indemnización de perjuicios a que haya lugar según las reglas comunes (Arts. 2341 y ss. C. C.).

El pago del precio, es incuestionable, debe ser total y la concesión de términos para hacerlo por uno solo o varios de los comuneros demandantes no hace por sí viable la adjudicación a los compradores de los derechos de los otros que no lo concedan, pues el *litis consorte* tiene un interés independiente que no puede lesionarse por los otros, según fué visto al estudiar la *litis consorcio*.

ART. 1146. — En caso de formalización de oposición a la venta y que se declare infundada, el término para ejercitar el derecho de compra corre desde la ejecutoria de la providencia que sobre el particular se dicte; desde tal momento empiezan a contarse los tres días de que dispone el demandado para hacer uso de él, en caso de que el respectivo auto no sea recurrido. Si lo es, los tres días se cuentan desde la llegada del proceso devuelto por el Superior al Juzgado de la primera instancia, aunque no se haya dictado el auto de obedecimiento que ordena el artículo 507, en armonía con la recta interpretación que así se hace del artículo comentado. Dedúcese de allí que, cuando el demandado hace oposición con excepciones de una y otra clase (Arts. 328 y ss.) —las que no se califican en incidente previo—, el término de hacer uso del derecho de compra es distinto al establecido en el artículo 1143, que no corre dentro del lapso de traslado de la demanda.

ART. 1147. — Por la falta de oposición y del ejercicio del derecho de compra o porque aquélla se declare infundada, débese ordenar la verificación de la venta pedida, en los términos que para el juicio ejecutivo, o sea, con publicación y fijación de carteles, consignaciones para la admisibilidad de las ofertas, etc. (Arts. 1037 y ss.); mejor dicho, con aplicación de las normas de dicho juicio en lo que no repugnen a la naturaleza del de división por venta.

La parte final del artículo dice que en la licitación que se lleve a cabo no son admisibles las ofertas de compra que no cubran el total del avalúo, cosa conforme con lo dispuesto en el artículo segundo

de la ley 176 de 1936, que fué visto al tratar del remate de bienes en los ejecutivos. Deben cubrir la totalidad del avalúo por la clara argumentación de que en los divisorios no obrarán las causas que en los ejecutivos hacen admisibles las ofertas por un valor menor, la necesidad de favorecer la efectividad de derechos de los ejecutantes, la circunstancia de que son garantía suya los bienes del deudor, etc.

ART. 1148. — El producto de la venta se entrega por el Juez del conocimiento a los comuneros o a la persona que ellos designen en forma unánime para recibirlo, pues es claro que siendo ellos los interesados principales y directos, no hay causa para no proceder así. Por tanto, si ellos por ser capaces convienen la entrega en determinada forma para cada uno o cada grupo, en cierta proporción, a ello debe acceder el Juez de la causa, pues no hay razón en sostener lo contrario, porque los comuneros son libres en la percepción del producto de la venta. Por lo demás, la entrega no se hará por la existencia de un embargo y secuestro, en lo que comprenda ese producto.

En el evento de que haya desacuerdo entre los comuneros, lo propio es designar un partidor por los mismos, para lo cual los prevendrá el Juez que lo hagan dentro de los cinco días siguientes (Art. 955), y si no lo hacen lo designa él (Art. 956) y de allí en adelante se sigue la tramitación del negocio al igual que los sucesorios (Arts. 953 y ss.). El partidor intervendrá, pues, ante el desacuerdo de los comuneros, únicamente.

CAPÍTULO III

DIVISIÓN MATERIAL

ART. 1149. — Una vez ejecutoriado el auto que decrete la partición material de la comunidad debe prevenirse a los condóminos que designen partidor, sin perjuicio de que lo designe el Juez actuante, siguiendo las reglas establecidas para la partición de la herencia. En consecuencia, los prevendrá para que dentro de los cinco días siguientes hagan el nombramiento o lo hará él cuando ellos lo omitan por no estar de acuerdo en la persona del partidor o por otra causa. Esto no excluye que los comuneros capaces hagan, análogamente a los herederos, la partición decretada por sí mismos y que después la sometan a la aprobación judicial ya que ningún precepto de orden imperativo se opone a ello y que ese proceder consulta mejor sus intereses, en relación con la economía de gastos, el tiempo de presentar la partición y demás, y que acoge las reglas de la partición de las herencias (Arts. 953 y ss.).

ART. 1150. — Cuando por la extensión de los bienes comunes se requiera la intervención de más de un partidor, cabe designarlos, siempre que así lo solicite algún interesado legítimo y señalarles el trabajo que cada uno debe ejecutar. También puede nombrarse uno o más agrimensores adjuntos para las correspondientes mensuras y levantamiento de planos. Se comprende, pues, que dos son las condi-

ciones de lo dicho: necesidad y petición de designación de más de un partidor o de agrimensores adjuntos y que si no se reúnen es impropio a todas luces la designación de más de un partidor, como es obvio, porque con ello apenas se obtendría poca unidad en el trabajo, mayores gastos, pérdida de tiempo, en concreto, inconvenientes de uno y otro género.

Si se hace el nombramiento de varios partidores, es atribución del Juez que conozca del juicio determinar las funciones de cada uno de ellos, la que ejerce sin tener que atender de todos modos el querer de cada interesado sino a los fines primordiales de la justicia.

ART. 1151. — Bien se comprende que es factible que quien es condómino de un bien tenga además de ese derecho en común derechos exclusivos por plantación de mejoras, construcción de edificaciones (Arts. 2330 y 2338, num. 2º C. C.) y demás; cuando los últimos acarreen diferencias entre los comuneros han de decidirse previamente a la partición, por el Juez de la causa y mediante los trámites de articulación (Art. 395) para así hacerla sobre bases más firmes. La decisión que recaiga en el incidente tiene completa fuerza entre ellos (Arts. 473 y 474), mientras en sentencia dictada en proceso ordinario (Arts. 734 y ss.) propuesto para obtener la revisión de aquélla no se reconozca el derecho desconocido en la articulación.

A nadie se oculta que las mejoras exclusivas de cada comunero no entran en la partición de la comunidad, porque el trabajo en beneficio propio del mismo, sus inversiones de dinero, tiempo y actividad no aprovechan a los otros, quienes no deben recibir aumento patrimonial sin causa verdadera y justa; pero para el reconocimiento de su derecho ha de reclamarlo antes de la partición, pues si no lo reclama y se le reconoce con anterioridad a la última, con toda facilidad se ve forzado a recurrir directamente a la vía ordinaria en su defensa.

ART. 1152. — Dispone el artículo que son aplicables a los procedimientos sobre división material de bienes comunes los artículos 959 a 967, que tratan de la partición de la masa herencial, en lo pertinente, o sea, en lo que no se oponga a la naturaleza del juicio divisorio. Ahora, este artículo sobra por cuanto que en la ley sustantiva se dice que en los negocios de división de bienes comunes se observan las normas sobre partición de la herencia para llenar los vacíos que se presenten (Art. 2335 C. C.) y porque aplicando la analogía (Art. 208) pueden llenarse los fines del artículo referido.

CAPÍTULO IV

DIVISIÓN DE LAS GRANDES COMUNIDADES

A partir de la Ley 30 de 1888 se aprecia a través de la historia legislativa patria el afán del legislador en solucionar un problema de mayor entidad como es el de la existencia de las denominadas grandes

comunidades, formadas por múltiples causas bien conocidas en las diversas regiones del país y de finalización en extremo compleja, por lo cual consagró a ellas el presente Capítulo que sin embargo no ha dado los resultados esperados, por los gastos que implica para los interesados que no concuerdan con sus intereses económicos, por la situación real de los comuneros que ocupan más extensión que la correspondiente a su cuota y que por ello hacen todo cuanto esté a su alcance para impedir la partición, por la verdadera imposibilidad de conocer a todos los condueños, de conocer bien la comunidad, por la situación de los poseedores extraños, por la duración extensísima de la realidad de la actuación, en síntesis, por fenómenos de muy variada índole, sin que haya valido que el artículo 26 de la Ley 200 de 1936 asignara a los Jueces de Tierras el conocimiento de los negocios divisorios de las grandes comunidades y sin que valga tampoco que el artículo 31 de la Ley 4ª de 1943 asigne la competencia sobre ellos a los Jueces de Circuito.

Lo dicho muestra que carece de verdadero objeto entrar en estudio detenido del Capítulo en referencia, pues el que esté vigente no muestra que tenga alguna utilidad, por no tener mayor aplicación práctica, en especial por la vigencia de la Ley 51 de 1943, dictada luego de una agitación legislativa con diversos proyectos en los años 1939, 1940, 1941, 1942 y en el mismo 1943, la que será vista al final del mentado Capítulo, pues ella vino a solucionar en la práctica los problemas de las grandes comunidades. En consecuencia, los artículos siguientes se verán lo más someramente posible.

ART. 1153. — El Capítulo es aplicable cuando se pretenda la división de una gran comunidad territorial, que es aquella que tiene más de cincuenta años de existencia, integrada por más de cincuenta comuneros o cuyo número sea incierto y de valor superior a diez mil pesos moneda legal. Ésos son, pues, los tres elementos integrantes de lo que la ley denomina gran comunidad y que es divisible mediante la aplicación de las normas que se ven en seguida. Por tanto, las no comprendidas en esa denominación son partibles conforme los artículos precedentes.

ART. 1154. — En la correspondiente demanda (Arts. 205 y ss.) de división deben expresarse: la ubicación y linderos de la propiedad común, el número, nombre y apellidos y domicilio de los comuneros conocidos, los sitios en que haya mejoras, las servidumbres activas y pasivas, las diversas clases de terreno, los abrevaderos, aguas vivas que lo bañen y hacerse una relación sucinta de los títulos del demandante. Además, ha de presentarse prueba sumaria de que la comunidad reúne los requisitos previstos. Lo relacionado muestra a las claras la razón de lo nada práctico del Capítulo, por exigir el cumplimiento de ello una labor extensa e intensa con las consiguientes inversiones grandes de tiempo, actividad y dinero, máxima carga a los que quieran demandar, la que por sí les hace desistir de sus intenciones.

ART. 1155. — Al admitirse la demanda porque reúna todas las exigencias anotadas ya, el Funcionario del conocimiento decreta la partición y ordena que se notifique personalmente su auto a los comuneros especificados en ella y que se cite por edicto emplazatorio a quienes se crean con derecho a intervenir en el juicio, edicto que comprende a los comuneros inciertos, como es obvio. Él es fijado en la Secretaría del respectivo Juzgado por dos meses —sin descontar los días inhábiles—, publicado por tres veces en uno de los periódicos del lugar del seguimiento del proceso, en el Oficial del Departamento, Intendencia o Comisaría y en defecto de éste en el Diario Oficial.

ART. 1156. — Cumplidas las notificaciones y hecho el emplazamiento ordenados en el artículo anterior, los interesados disfrutan de diez días contaderos desde ese cumplimiento para presentarse a hacer valer sus derechos, con presentación de los títulos y pruebas que sean pertinentes. Adviértase que al hablar de interesados se comprenden no solamente los demandantes y demandados que figuren personalmente en la actuación sino también aquellos sujetos demandados como inciertos y que tengan derechos en la comunidad.

ART. 1157. — Dispuso el artículo que vencido el término de diez días establecido en el anterior, el Juez del conocimiento remite lo actuado al Tribunal Superior de que dependa, el que, en Sala de Decisión, elige administrador de la comunidad, tres árbitros y el número de agrimensores y avaluadores (los que pueden ser unos mismos) que estime necesarios para la verificación de la partición en ella, y para que señale sus honorarios o emolumentos. Al presente no se requiere la remisión de los autos ni la designación de árbitros, porque el artículo 26 de la Ley 200 en el inciso 2º señaló al Juez del conocimiento la atribución de hacer la designación de avaluadores y agrimensores y dispuso que los Jueces llenan las funciones señaladas a los mencionados árbitros.

ART. 1158. — Dispuso el artículo que los árbitros deben reunir iguales condiciones que los Magistrados de los Tribunales Superiores, es decir, ser colombianos, tener por lo menos treinta años de edad, ser versados en la ciencia del Derecho, etc. (Art. 68), pero ello no tiene efectividad al presente en gracia de la Ley 200 de 1936, que atribuyó primero el conocimiento de los juicios de que trata el Título a los Jueces de Tierras (Art. 26) y de la Ley 4ª de 1943, que lo atribuyó a los Jueces de Circuito (Art. 31). De manera que por no actuar ya los árbitros en las particiones en cuestión, no es equivocado considerar subrogado el artículo visto.

ART. 1159. — Los agrimensores y avaluadores que se nombran en la forma vista pueden ser recusados por las partes cuando concurren causales para ello (Arts. 434 y ss., 440 y ss., 708 y ss. y 720) (lo mismo que los árbitros cuando actuaban), pues ningún fundamento hay para que no se ofrezca una justa protección a los comuneros y se garantice eficazmente la imparcialidad de la actuación de aquéllos.

ART. 1160. — El administrador que se nombra puede ser uno cualquiera de los comuneros y tiene entonces las facultades y obligaciones de un verdadero secuestre, sin perjuicio de las especiales que el Código le asigne y las determinadas por la Ley 95 de 1890.

ART. 1161. — Vimos que los nombramientos de agrimensores y avaluadores los hace en la actualidad el Juez de la causa, quien debe señalarles un término prudencial para que tomen posesión de sus cargos y reemplazarlos cuando no los admitan, sin tener que atender a los deseos de cualquier comunero por tratarse de una atribución propia de los Jueces.

ART. 1162. — El auto sobre fijación de honorarios y emolumentos de quienes intervienen en la partición de que se viene hablando, aunque pase el término de proponer contra él el recurso de reposición o el de apelación, queda siempre sujeto a ulterior revisión si se pide el aumento de ellos por parte interesada y se acredita que realmente no correspondieron los señalados primeramente al valor justo de las labores de quienes tengan derecho a ellos, porque con ello se consulta mejor los intereses de los avaluadores y agrimensores y no son sacrificados en un todo a las fórmulas comunes del procedimiento, lo que de suyo es razonable tratándose de división de grandes comunidades en las que inicialmente no se aprecia bien el valor de los servicios de los particulares que en ella intervengan.

ART. 1163. — Estableció la disposición que una vez posesionados los árbitros se constituyen en Tribunal en la cabecera del Circuito y nombran un Secretario que cumpla las funciones propias de ese cargo, y señalan un término de treinta días para que los interesados manifiesten todo lo que convenga a sus derechos y aduzcan las pruebas pertinentes. En cuanto a los árbitros tenemos que al presente no actúan y de allí que no se constituyan en Tribunal, etc. Ahora, la norma referida tiene aplicación en cuanto al término que lo fijarán los Jueces de nombrar peritos avaluadores y agrimensores, de donde se desprende que los comuneros tienen otra oportunidad más de la señalada en el artículo 1156 para hacer valer los derechos suyos.

ART. 1164. — Los autos de los árbitros se dictan, conforme al artículo, verdad sabida y buena fe guardada, se notifican por edicto que dura fijado por un día en el local de la Secretaría del Juzgado de Circuito, son inapelables y contra ellos únicamente procede el recurso de reposición (Art. 487). Trátase de una providencia de condiciones *sui generis* y como tal diferente esencialmente de los autos comunes, los que se notifican personalmente o por estados, que son apelables cuando son interlocutorios, que requieren motivación, o sea, exposición de sus fundamentos de hecho y de derecho; todo lo cual es debido a la necesidad de facilitar en la mayor escala posible la partición, aun con abandono de ciertas normas comunes, porque la gran comunidad escapa a ellas. Al presente, es elemental que los árbitros no actúan, sino los Jueces de Circuito, según quedó expresado.

ART. 1165. — El Administrador, los agrimensores y avaluadores toman posesión para el desempeño de sus cargos ante el Juez de la causa, la que tomaban antes de la vigencia de las nuevas disposiciones antes los arbitradores.

ART. 1166. — Según el texto del artículo, cuando era menester que el Tribunal Superior hiciera un nombramiento para reemplazar a un árbitro, al administrador, al agrimensor o al avaluador no había necesidad de enviarle los autos; bastaba que se le noticiara la vacante para que así procediera a llenarla. Hoy en día carece de razón de ser porque el juez de circuito desempeña las funciones del Tribunal Arbitral.

ART. 1167. — Las funciones que se relacionan en seguida, que desempeñan al presente los jueces de circuito, atribuyéronse a los arbitradores:

1º) Decidir toda cuestión referente a la división del predio común en consideración de los elementos de convicción aducidos por las partes, acatando siempre el principio de que sus resoluciones son dictadas verdad sabida y buena fe guardada (Art. 1164 y 1177), dominador de la materia de división de las grandes comunidades;

2º) Hacer a los agrimensores las indicaciones que sean menester para el lleno de sus obligaciones, expresando en ellas los linderos del predio común, su valor, el número de comuneros, el derecho que corresponda a cada uno, la parte aplicable a gastos, etc., en concreto, todo aquello que sea indispensable para el lleno de las funciones de los agrimensores, quienes están bajo la inmediata dirección del funcionario que conoce de la causa;

3º) Conciliar las pretensiones encontradas de los comuneros, si ello es posible, utilizando los medios que juzgue propios para ello, o decidirlas en caso de que no sea posible de conciliación, teniendo en cuenta la equidad, norma suprema de conducta en estas materias;

4º) Resolver las reclamaciones que se hagan sobre los avalúos y todas las dudas que surjan a los agrimensores, así como en los casos comunes se desatan las del partidor;

5º) Dictar autos para mejor proveer en cuanto a las cuestiones que sean dudosas y susceptibles, a su entender, de aclaración, ya que la ley no impone al funcionario actuante en estas materias la observancia de una conducta pasiva sino que le concede alguna iniciativa en la determinación de los derechos de las partes, en lo cual consulta los principios de justicia en forma apropiada, para que no se malogren por ignorancia de los interesados, por formulismo u otro motivo, sus derechos;

6º) Reconocer el derecho que hayan adquirido los ocupantes de hecho, los no comuneros, sea en el terreno mismo o en las mejoras plantadas, a indemnizaciones y reconocerles el derecho de retención que tengan, siempre procediendo en aplicación de la ley sustantiva (v. C. C., Ley 200 de 1936);

7º) Decidir, en general, todos los asuntos incidentales que ocu-

rran antes de la decisión final, conforme las normas del Código sobre ellos (Art. 395, 1115, etc.).

ART. 1168. — Es de cargo de los avaluadores el justiprecio de las diversas clases de terreno, teniendo en consideración su mayor o menor feracidad, sus aguas, clima, situación, medios de comunicación, maderas aprovechables, mejor dicho todos los elementos de los cuales se derive el precio que fijen y que lo basen (Arts. 715 ss.).

ART. 1169. — Las dudas que se presenten a los agrimensores sobre las líneas de separación de las diversas clases de terrenos integrantes de la comunidad sujeta a partición, debe someterlas a la decisión de los avaluadores, quienes deben entonces rubricar sobre el correspondiente plano las líneas que ellos determinen, siendo ésa una de sus funciones principales, y por tal motivo deben acoger los agrimensores la línea que aquéllos determinen, siempre que el juez del conocimiento no disponga lo contrario.

ART. 1170. — Corresponde al administrador nombrado (Art. 1157 y 1160) la recaudación de las sumas que los interesados deben entregar para gastos de la división, como son el pago de los honorarios de los agrimensores, de los peritos y de lo que sea necesario para llevar a término la división. Esos gastos son suministrados por cada coindivisionario en proporción al derecho que represente en la comunidad y en cuotas parciales o escalonadas, vale decir, a medida que vaya siendo menester hacer erogaciones. Es de cargo del administrador, además, intervenir, directa o indirectamente, en la construcción de sendas que los agrimensores actuantes indiquen como necesarias.

ART. 1171. — Corresponde a los agrimensores hacer la división empezando por levantar un plano topográfico del terreno, teniendo en cuenta los documentos presentados sobre su extensión, las instrucciones de los interesados, las decisiones del juez y las normas de la legislación, según lo indica el artículo siguiente. Se ve en ello que las funciones de los arbitradores carecen de verdadera amplitud por aquello a que tienen que someterse en su cumplimiento, de donde se viene en conclusión que son bastante mecánicos, si se permite el término, que no abarcan el pronunciamiento de decisiones de fondo que liguen a las partes.

ART. 1172. — Por la forma especial consagrada en el capítulo para finalizar la gran comunidad no se excluye la aplicación de las normas sustantivas sobre división de bienes (v. C. C.), las que deben tener muy en cuenta los agrimensores, quienes deben también colocar mojones provisionales, que han de incluir en sus planos (Art. 1174) a fin de proceder con mejor método en el lleno de su misión y de evitar gastos inútiles.

ART. 1173. — Ante la ocurrencia de que entre los comuneros figuren sucesiones indivisas, no es necesario que se liquiden y partan previamente a la división de la gran comunidad, puesto que el artículo inviste al Tribunal (hoy a los jueces) para que instruya a

los agrimensores sobre lo que haya de adjudicársele a cada sucesor del causante, excepción a los principios generales que indican que antes de la división por el proceso regular (Arts. 893 ss.) de la masa herencial no es factible reconocer a cada heredero un derecho sobre una parte concreta de ella, pero de completa justificación en frente del afán de liquidar las grandes comunidades para una efectiva movilización de la riqueza pública y la eliminación de los innumerables inconvenientes que ellas comportan.

ART. 1174. — Terminado el trabajo de cargo de los agrimensores, han de presentarlo al juez de la causa, dentro del término que éste les haya fijado en ejercicio de sus atribuciones, con los correspondientes planos, especificaciones y carteras de apuntes confeccionados por ellos en desempeño del cargo, exigencia de claro fundamento por ser los mentados elementos los mejores medios de que se dispone para constatar si el trabajo ha sido hecho debidamente, para precisar el alcance de la sentencia y sobre qué recae.

ART. 1175. — Presentado el trabajo de participación ante el juez, es deber de éste disponer el traslado que es común, a los interesados por un lapso de veinte días hábiles, a fin de que expongan lo que tengan por conveniente a sus intereses sobre dicha partición, para que manifiesten si es acorde con sus derechos y pretensiones o lo contrario, etc. Por ser común el traslado, por oposición al individual (Art. 199), se surte en la Secretaría del Juzgado actuante, con nota que debe insertar en los autos el secretario en que ponga a disposición de los interesados los autos.

ART. 1176. — Pasado el término preindicado los árbitros (el juez) pronuncia sentencia aprobatoria del trabajo de partición o disponen que se rehaga porque no se hayan observado al hacerla las disposiciones de la ley sustantiva, lo mismo que sus mandatos, todo de acuerdo con los artículos 964 y 965, ya estudiados, de donde se desprende que para ordenar rehacerla es indispensable que haya sido objetada por parte legítima, pues ello no puede disponerse oficiosamente.

ART. 1177. — La sentencia aprobatoria del trabajo de partición ordenada y el auto que manda rehacerlo, son apelables en el efecto suspensivo (Arts. 490 ss.), ante el respectivo Tribunal Superior, el cual, como los árbitros (léase jueces), ha de proceder en conciencia, verdad sabida y buena fe guardada. Resalta en ello un caso de verdadera excepción en cuanto al principio de que no son apelables las decisiones dictadas en conciencia y las de los árbitros (Arts. 1211 y conc.), pero justificada en atención a la materia sobre que se actúa.

ART. 1178. — Las disposiciones del capítulo no comprenden los llamados resguardos de indígenas, por lo que si dentro de una gran comunidad sujeta a partición existe alguno no debe comprenderse en ella por los arbitradores (jueces), pues están en el deber de hacer la separación que sea del caso, por medio de auto que es apelable por quien tenga la personería del resguardo en el efecto sus-

pensivo para ante el Tribunal Superior que corresponda a la ubicación de la comunidad. Vese en ello que dentro del proceso de división caben las reclamaciones en razón de esos resguardos los que están sujetos en su régimen, conservación y demás a leyes especiales. Sobre ellos han sido dictadas las siguientes: la 89 de 1890; la 19 de 1927; la 111 de 1931, que deben consultarse, lo mismo que el Dt. Ejvo. Nº 1421 de 1940.

LEY 51 DE 1943
(diciembre 10)

POR LA CUAL SE DICTAN ALGUNAS DISPOSICIONES SOBRE COMUNIDADES

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1º — El comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente.

La prescripción que se establece podrá invocarse judicialmente como acción o como excepción.

La prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero haya completado o complete veinte (20) años de posesión y explotación económica, antes o después de la vigencia de esta ley.

A la posesión propia se puede agregar la de los antecesores en las condiciones del artículo 778 del Código Civil.

Art. 2º — Sin perjuicio de optar por el procedimiento especial de división establecido en el Código Judicial, todo el que tenga posesión material como comunero en un predio que se encuentre proindiviso entre dos o más personas, sin que entre ellas hayan contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, tendrá derecho a ser considerado como propietario exclusivo del lote o parcela respecto del cual tenga en su favor, según el artículo precedente, una prescripción adquisitiva de dominio, y podrá pedir la declaración judicial correspondiente. En este caso, se presume que el lote poseído por el peticionario equivale a su derecho en la comunidad.

Parágrafo 1º — Esta acción para obtener la declaratoria judicial del dominio podrá instaurarse aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad, de acuerdo con las disposiciones del Código Judicial.

Parágrafo 2º — Cuando la posesión material o las mejoras es-

tablecidas en las tierras de un predio indiviso pertenezcan a una sucesión, herencia yacente, concurso de acreedores, sociedad civil o comercial, etc., los respectivos representantes reconocidos legalmente podrán instaurar la acción judicial de que trata este artículo.

Art. 3º — La acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 120 de 1928.

Art. 4º — El juez no podrá fallar sin haber practicado una inspección ocular en el predio materia de la demanda, decretada a petición de parte o de oficio, cuando no hubiere solicitada.

Los colindantes serán citados previa y personalmente. Si no fueren hallados o se ocultaren, la citación se surtirá por medio de un aviso que se fijará con no menos de cinco (5) días de anticipación en la puerta de entrada de la casa o del predio.

En las diligencias de inspección ocular, el juez recibirá declaración a los colindantes que concurran y a las demás personas que estimare necesario sobre la efectividad, continuidad, publicidad y tranquilidad de la posesión invocada por el demandante.

El juez hará, además, la identificación de la finca, y dejará constancia de todos los hechos y circunstancias que demuestren la explotación económica realizada por el poseedor.

Parágrafo 1º — Para apreciar y calificar la explotación económica del predio, se tendrán como normas las disposiciones pertinentes de la Ley 200 de 1936.

Parágrafo 2º — Cuando esta diligencia deba practicarse en un municipio donde ha sido declarado en vigencia el Catastro Preparatorio Nacional, el juez del conocimiento pedirá oportunamente a la respectiva comisión seccional de catastro, los datos relativos al inmueble de que se trata, a fin de tener en cuenta las observaciones técnicas que juzgue conveniente para la mejor identificación del predio.

Art. 5º — La demanda se presentará con indicación de los linderos generales del predio indiviso y señalamiento preciso de los del lote o parcela a que ella se refiere; con exhibición de los títulos que sea posible recoger para demostrar la calidad de comunero con que obra el demandante, y con la prueba de la posesión material y explotación económica del terreno, que da lugar a la prescripción adquisitiva.

Se acompañará un certificado del registrador de instrumentos públicos, con la historia más completa que sea posible de la comunidad, y en que conste que no se ha registrado partición completa del predio, anotando en cada caso los lotes que se hayan separado del indiviso, en virtud de acciones ejercitadas de acuerdo con la presente ley.

Parágrafo. — Se presumen linderos verdaderos de la comunidad, los que aparezcan en el certificado del registrador o en las escrituras públicas correspondientes a las inscripciones respectivas, te-

niendo en cuenta las segregaciones que se hayan verificado legalmente.

Art. 6º — Varios comuneros de un mismo indiviso podrán entablar su acción conjuntamente, pero con la debida delimitación o individualización del lote que cada uno posee, para seguir un solo juicio. En este caso, podrán nombrar un solo apoderado.

Art. 7º — La sentencia que se pronuncie en estos juicios, una vez registrada, surtirá los mismos efectos que la sentencia aprobatoria de la partición en los juicios especiales de división de bienes comunes reglamentados en el Código Judicial.

Parágrafo. — Derógase el inciso 1º del artículo 12 de la ley 120 de 1928.

Art. 8º — Ejecutoriada la sentencia, será registrada en la forma legal, y además se hará la matrícula de la nueva propiedad que de ella resulta, tomándose nota de la segregación en la matrícula del predio indiviso de que se trata.

Si esta matrícula del predio indiviso no existiere, se llevará a efecto antes de verificarse la del predio nuevo resultante de la sentencia.

Art. 9º — ...

Art. 10. — El Gobierno hará una edición especial de esta Ley y sus antecedentes.

Art. 11. — Esta ley regirá ciento ochenta (180) días después de su promulgación.

Dada en Bogotá, a veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El Presidente del Senado: *Parmenio Cárdenas.* — El Presidente de la Cámara de Representantes: *Luis Carlos Mesa.* — El Secretario del Senado: *Arturo Salazar Grillo.* — El Secretario de la Cámara de Representantes: *Albino Vega Bernal.*

Órgano Ejecutivo, Bogotá, 10 de diciembre de 1943.

Publíquese y ejecútese.

Darío Echandia.

El ministro de Gobierno,

Alberto Lleras.

El ministro de Hacienda y Crédito Público,

Carlos Lleras Restrepo.

El ministro de la Economía Nacional,

Moisés Prieto.

(Diario Oficial número 25.425 de 20 de diciembre de 1943.)

TÍTULO XLI
PRESTACIÓN O RELEVO DE LA FIANZA Y OTORGAMIENTO DE OTRAS CAUCIONES

ART. 1179. — En aplicación de las normas de la legislación sustantiva los acreedores gozan de la atribución de exigir fianza a sus deudores (Arts. 2374 y conc. C. C.) en determinados casos y a hacer efectiva tal atribución se orienta el articulado del título, en forma análoga, pero mejor que como lo hacía la legislación anterior cuyas deficiencias corrigió la actual. Y no solamente se regla lo indicado sino también el derecho que asiste a los fiadores para obtener el relevo de la fianza o el aseguramiento de sus consecuencias (Arts. 2394 y conc. *ib.*), y la consignación de medios de pago y la forma de dar cumplimiento a las cauciones que deben prestarnaturaleza (Arts. 307 ss.) de la acción.

De la demanda presentada con el lleno de las formalidades previstas en las normas generales (Art. 205), la que envuelve asunto contencioso (Art. 195), conocen los jueces según los principios generales (Arts. 142 ss.) y de la misma, luego de admitirse, se da traslado al demandado por tres días, término breve que consulta la naturaleza (Arts. 307 ss.) de la acción.

ART. 1180. — Corrido el traslado preindicado, con oposición expresa del demandado, corresponde recibir a pruebas por un período de diez días, común a las partes, el juicio. Esa apertura está condicionada al rechazo por el demandado de la pretensión del demandante, condición esencial que la hace viable y sin la cual es impropio a las claras ordenar período probatorio, lo que pone de presente que los demandantes deben tener cuidado en adjuntar a la demanda los elementos probatorios que sustenten sus acciones para no exponerse a fracasar porque no haya término de aportación de pruebas, pues en el caso tratado no parece que el mero silencio del demandado equivalga a la aceptación de la demanda, consideración que cobra más fuerza teniendo en cuenta que generalmente la legislación patria no sanciona la omisión en responder las demandas presumiendo su aceptación por los demandados.

La oposición del demandado podrá consistir en la proposición de excepciones perentorias y dilatorias (Art. 328) las que se califican en el fallo finalizador del proceso, puesto que las últimas no motivan tramitación de incidente especial como en los ordinarios.

Pasado el traslado, o el término probatorio en su caso, el juez falla en derecho, dentro de los cinco días hábiles que sigan.

ART. 1181. — En la resolución favorable al actor el Juez fija un término que no puede sobrepasar de diez días (Art. 1551 C. C.) para que el demandado cumpla el acto ordenado en ella, bajo la prevención de que en el caso de no cumplirlo en oportunidad, se ordenará el embargo y secuestro de los bienes suyos que sean nece-

sarios para asegurar los derechos del demandante, conforme las reglas generales (Art. 273 ss.). Esa medida precautoria no recaerá sobre los bienes inembargables (Arts. 1003 y 1004) y será limitada a aquellos estimados como suficiente garantía de los derechos del demandante. Por eso el demandado goza del derecho de hacer cesar el embargo excesivo (Art. 283) o el indebidamente hecho (Arts. 1019 ss.).

ART. 1182. — Según se desprende del texto claro y preciso del artículo, la sentencia desfavorable al demandado únicamente es recurrible por él en el efecto denominado devolutivo (Art. 499) pues quiere la ley que no se suspendan sus efectos mientras que es surtido el recurso, a fin de proteger en forma eficiente los derechos del demandante. Siendo la aludida sentencia desfavorable al último, procede la concesión del recurso de apelación en el efecto denominado suspensivo (Art. 501), porque entonces no obran los motivos que operan en el otro caso, ni la necesidad de un acto que verificar prontamente. Finalmente, la manera de conceder la apelación al condenado corre parejas con lo establecido en otros artículos del Código (Arts. 246, 339, 590, 582, 834, 881, 974, 1031, 1105, 1197, 1202), y si lo es impropiamente, contra ella tiene derecho a reclamar la parte contraria, y el Superior debe abstenerse del conocimiento de fondo del recurso cuando es concedido equivocadamente hasta que lo sea correctamente.

ART. 1183. — No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del Título que glosamos, cuando el demandante adjunta a la demanda prueba sumaria del derecho cuya eficacia reclama, prueba que tiene que ser plena, por ser bien claro que aquella calidad obedece únicamente a que no es controvertible por la parte contraria antes de ser valorada judicialmente (Art. 693), el Juez del conocimiento dicta el fallo de mérito sin recibir a pruebas el negocio, sin embargo de la oposición que haga el demandado y lo preceptuado en el artículo 1180, pero bajo condición de que el actor constituya antes caución garante del pago de los perjuicios que con su acción ocasione, caución que tiene que reunir los requisitos vistos en los otros artículos del Título en cuestión y ser valorada de suficiente por el Funcionario Judicial.

ART. 1184. — Dice el artículo que en cualquier tiempo que se otorgue la fianza, o se obtenga el relevo, o se aseguren las resultas de aquélla, o se consignen medios de pago, se levantan el embargo y secuestro de bienes, que son los que se hayan hecho en aplicación del artículo 1181. En consecuencia, por la doctrina del artículo, exonerado el fiador que haya obtenido el embargo y secuestro de la obligación por el acreedor, procede hacer el levantamiento, al igual que cuando el último la renuncia, que cuanda ella se extingue por compensación verificada entre el acreedor y el deudor principal, por transacción y demás.

Es evidente que lo primordial en cuanto al mentado levanta-

miento es que aparezcan de autos, en una u otra forma, acreditados los hechos o los actos que lo hagan viable, que den certeza de que es infundado conservar el embargo y secuestro dispuestos y practicados.

ART. 1185. — Por acto contractual de plenos efectos (Art. 1502 C. C.) los individuos pueden obligarse a la constitución de caución (Art. 65 ib) prendaria o hipotecaria (Arts. 2409 ss., 2432 ss. ib.) en garantía de obligaciones propias o ajenas, y también por mérito de las disposiciones legales (Art. 525 C. J.; 24, Ley 95 de 1890) y para hacer efectivas esas obligaciones de caucionar con garantía real, se aplican las normas de los artículos anteriores. Por tanto, de la demanda se corre traslado al demandado por tres días; en caso de oposición se recibe el negocio a pruebas por diez días; el fallo dictado en su contra será apelable únicamente en el efecto devolutivo, etc.

ART. 1186. — La constitución de las cauciones del actor o del opositor no es un acto simple e independiente de otras formalidades, puesto que es de necesidad que con anterioridad a su admisión el obligado a ellas aduzca prueba satisfactoria de que llenan su objeto, aunque no sea controvertida antes. Sobre este particular es de lugar trascribir la Circular Nº 12 de fecha 30 de enero de 1937, emanada de la Procuraduría General de la Nación: "*Circular Nº 12, sobre aceptación de fiadores en las oficinas públicas.* Debiendo intervenir ustedes en función tan importante como es la calificación de la solvencia de los fiadores en los ramos civil, penal y administrativo, tales como los que garantizan los posibles perjuicios provenientes de los secuestros y embargos preventivos; los fiadores de los depositarios, tutores, o curadores, y, en general, de los administradores de bienes ajenos; los de libertad provisional; los de las acusaciones particulares, y los que garantizan el manejo de bienes nacionales, departamentales o municipales, debo llamar a ustedes la atención hacia una corruptela que conviene exterminar en beneficio de los intereses públicos y privados confiados a ustedes. Me refiero al servicio de prestación de fianzas para tales objetos, convertido en algunas localidades en industria que por negligencia de los funcionarios explotan uno o dos sujetos, con violación de la moral y de la Ley.

El valor efectivo de una fianza depende de la solvencia del fiador. Por consiguiente, el obligado a prestarla no puede pretender que se le acepte como tal a cualquiera persona, y el empleado encargado de aceptarla carece de facultad para obrar libremente en la apreciación de la solvencia. Una y otra cosa equivaldrán a dejar sin seguridad a la entidad pública o persona privada a cuyo favor se debe prestar la garantía.

La norma principal que debe regir en la calificación de una fianza es la consignada en el artículo 2376 del Código Civil, que dice:

"El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para ha-

cerla efectiva, y que esté domiciliado o elija domicilio en algún Estado o Territorio de la Unión.

"Para calificar la suficiencia de los bienes sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial o cuando la deuda afianzada es módica.

"Pero no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados o litigiosos, que no existan en el Territorio, o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o condiciones resolutorias.

"Si el deudor estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con éstos."

La prueba de la calidad de propietario según el artículo 635 del Código Judicial, es el título de adquisición del dominio, acompañado del certificado del Registrador respectivo en que conste que ese título no ha sido cancelado. La inexistencia de gravámenes, condiciones resolutorias y embargos sobre el inmueble se demuestra con el mismo certificado. Pero la suficiencia de una finca para responder con su valor de una obligación que su dueño contrae, no la da ni el título ni el mencionado certificado, aunque en uno y otro documento aparezca que la adquisición se hizo por cantidad superior a la fianza, pues el enajenante y el adquirente pueden acordarse en un precio y hacer figurar en el título otro diferente. Por esta razón los funcionarios a quienes me dirijo no deben atenerse al precio que figura en la escritura del contrato, sino que él debe aparecer demostrado con pruebas que evidencien el valor comercial del inmueble. Una de ellas debe ser el certificado de los Tesoreros sobre el valor del inmueble en el catastro municipal, siempre que la finca esté recientemente avaluada.

La prueba más recomendable para los casos dudosos sería la pericial. El certificado de la Oficina de Catastro sirve además para demostrar la existencia real de la finca y evitar la simulación de propietarios que se hace con la presentación de escrituras sobre fincas imaginarias.

Útil es al funcionario encargado de recibir una fianza la averiguación en las demás Oficinas de la localidad sobre si el fiador ofrecido está comprometido también como fiador en ellas, a fin de hacer el descuento correspondiente del valor de la finca que se presenta como demostración de solvencia; y más conveniente sería tener a la vista, y con antelación, el dato de las fianzas otorgadas en las oficinas públicas por los referidos conceptos, para lo cual debe solicitar de ellas la relación de las fianzas pendientes. Así se evitaría en lo posible el que una misma persona sirva de fiador en múltiples ocasiones, sin la capacidad económica necesaria para responder de las obligaciones que contrae, estableciendo una especulación ilícita, pues sabido es que quienes en esa forma proceden, reciben indebidamente crecidos emolumentos, obran con engaño a las autoridades y dejan en descubierto el compromiso contraído. Es

evidente que un individuo en tales circunstancias está recargado de deudas, no es fiador solvente y por lo tanto debe ser rechazado.

Espero de ustedes que en el desempeño de sus funciones, cada vez que se presente el caso de calificar la solvencia de un fiador, ceñirán sus actuaciones a las indicaciones contenidas en esta Circular, dictada en cumplimiento del deber primordial que tienen los funcionarios del ministerio Público de defender los intereses del Estado, del departamento, del municipio y de la sociedad en general. — *Absalón Fernández de Soto, Procurador General de la Nación.* — Bogotá, enero 30 de 1937."

Aceptada la caución que deba constituirse puede prestarse en el acto, a fin de descartar dilaciones en el asunto cuestionado y de obrar con la mayor brevedad, lo que no impide su caducidad o falta de vigencia si la providencia que la admite es revocada, según las voces del artículo en estudio, la que se opera entonces automáticamente, sin que sea necesaria otra providencia especial sobre el particular.

ART. 1187. — Dice la primera parte del artículo que si la caución que se constituya consiste en dinero o en una prenda el Juez hace el depósito en manos de un secuestre, el que debe nombrar él, conforme se deduce del texto de la disposición, pues se presenta un caso distinto a aquellos en que el demandado tiene derecho a la designación de depositario (Art. 285). Es la naturaleza de la prenda (Arts. 2409 ss. C. C.) lo que impide que el deudor tenga derecho de nombrar depositario de ella, ya que si no fuese así la misma sería inefectiva y no lograría la persona en cuyo favor sea ordenada la protección que busca darle la ley.

Por otra parte, en vista de las disposiciones del Decreto Ejecutivo Nº 1115 de 1940, al presente es impropio nombrar secuestre a quien entregarle el dinero dado en caución y lo fundado es omitir esa designación y ordenar el depósito de la correspondiente cantidad en el Banco de la República.

En el evento de que la caución consista en una fianza (Arts. 2361 ss. C. C.) cabe asentar la diligencia del caso en el mismo expediente, bajo las firmas del Juez, del fiador y del Secretario, o en escritura pública, cuya copia con la nota de Registro, se agrega a los autos.

Cuando la caución consista en una hipoteca, lo indicado es agregar la escritura al proceso, con las notas de registro oportuno (v. C. C.).

ART. 1188. — En los casos en que corresponde a los Jueces calificar la suficiencia de las cauciones que están obligadas a prestar las personas en gracia de la ley o del acto contractual, llenan sus deberes de igual manera que tratándose de los asuntos en que proceden con su prudente arbitrio (Art. 1204), esto es, exigiendo la práctica de pruebas requeridas en apoyo de la correspondiente resolución y oyendo a las partes por dos días si el asunto tiene carácter contencioso. Claro es que la caución respectiva debe ser suficiente para garantizar lo que con ella se pretenda asegurar, de

donde se infiere que la calificación de suficiencia suya depende de verdaderos elementos probatorios que lleven al sentir de los jueces el convencimiento de que ella es bastante en orden a su objeto, por demostración de la solvencia del fiador, por la calidad y valor de la prenda o por las condiciones del bien sobre que se constituya hipoteca. Al respecto téngase en cuenta lo anotado en las glosas de los anteriores artículos.

TÍTULO XLII

VENTA O ADJUDICACIÓN DE LA PRENDA O DE LOS BIENES HIPOTECADOS

ART. 1189. — Reglamenta el presente Título en forma más completa que la legislación anterior, los juicios especiales sobre venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados, que se promuevan en ejercicio de las acciones prendarias o hipotecarias, las que son de naturaleza real y bien especiales por la naturaleza de los derechos a que obedecen (Arts. 2409 ss., 2432 ss. C. C.) cuyo reconocimiento y efectividad no debe someterse a los trámites dilatados del procedimiento ordinario. De las mencionadas acciones conocen los Jueces de donde están ubicados los respectivos bienes (Art. 142, núms. 7 y 8) de acuerdo con la cuantía (Art. 154).

La demanda sobre tales acciones debe reunir los requisitos generales de todas las demás (Art. 205) y ser acompañada de la prueba plena de la existencia del correspondiente título del crédito garantizado con prenda o hipoteca y que preste mérito ejecutivo, por lo que nos remitimos al estudio del artículo 982. Esas formalidades autorizan su admisión y sin ellas es impropio admitirla. Admitida se corre en traslado al demandado por tres días, luego de la notificación, la que es distinta a la del mandamiento ejecutivo (Arts. 308 y 312), traslado breve por la misma clase de la acción y que tiene por fin la definición de la conducta de dicho demandado, que lo será quien o quienes sean poseedores del bien de que se trate, por tratarse de acción real.

No es preciso que el demandado tenga la posesión de la totalidad de lo hipotecado, pues basta que la tenga de una parte para que sea sujeto pasivo de la acción en referencia por ser indivisible la hipoteca, por responder la integración del objeto gravado con ella de la obligación que garantiza. Ello muestra a la vez que si son varios los poseedores todos deben ser demandados, por cuanto que es impropio la persecución de la adjudicación o la venta de una cosa en juicio sin audiencia de quienes tengan derechos en ella, a menos que el demandante no comprenda en su acción los derechos de ciertos sujetos, pues entonces no hay necesidad de llamar a éstos al juicio.

Además, es de cargo del acreedor hipotecario adjuntar a la demanda suya el certificado previsto en el artículo 1008, sobre el actual o los actuales poseedores inscritos del bien inmueble y la vigencia del gravamen sin lo cual no debe admitirse su acción, pues contémplase el caso de una exigencia legal perentoria de cumplimiento necesario y que de ninguna manera debe omitirse.

Presentado el título en debida forma y ese certificado, del que aparezca la existencia del gravamen, procede disponer el embargo del bien raíz, sin audiencia especial del demandado, el que se comunica al Registrador para su inscripción antes de todo traslado y citación de terceros acreedores.

En caso de que del aludido certificado resulte que hay terceros acreedores, se ordena su citación personal (Art. 312) para que en los tres días siguientes presenten sus demandas, y se aplaza el traslado al demandado, a fin de sustanciarlas bajo una misma cuerda, si las incoan y son admitidas, surtir un solo traslado y fallar las acciones en una sola providencia, en la que se decide sobre prelación de créditos.

Los traslados se surten en la Secretaría.

En el evento de que los terceros acreedores citados no comparezcan a perseguir la efectividad de sus créditos en el plazo que les es fijado (tachado de angustioso) no por ello se embaraza el impulso de la acción primeramente propuesta sino que sigue su curso regular, con el remate o la adjudicación o el pago al demandante inicial y depósito de la parte de precio que sobre, el que se hace en aplicación de la parte final del artículo 2452 del C. Civil (Arts. 1053, 1068; Dto. Ejvo. Nº 1115 de 1940) y queda garantizando los créditos que no se hayan hecho valer en el proceso, lo que no obsta para que se extingan las correspondientes hipotecas, en consecuencia del artículo precitado, y al efecto el Juez de la causa está en el deber de ordenar al Registrador las cancelaciones de las inscripciones hechas antes.

Si con el lleno de los requisitos legales se presenta a perseguir su crédito un tercer acreedor con acción real, antes de verificarse el pago al demandante y de dictarse sentencia, su acción se tiene por acumulada a la propuesta primeramente; si ya ha sido dictada se le da la tramitación completa del juicio y el fallo que en él se dicta debe comprender la definición de la prelación de créditos que se hayan hecho valer en oportunidad, dentro de este proceso, pues mal podría comprender el crédito ya reconocido en sentencia y solucionado antes, sin intervención oportuna y oposición del tercer acreedor llamado a intervenir antes de serlo.

ART. 1190. — El demandado, como es elemental, goza de la facultad de oponerse a la acción promovida en su contra, de la que puede hacer uso dentro del término del traslado que se le confiere, dando lugar así a la apertura a pruebas del proceso, por un lapso de diez días hábiles. En ello se aprecia que la forma y

oportunidad de defensa del demandado es distinta por completo a la que hace en el procedimiento ejecutivo, aunque única también. Ante el acreedor hipotecario o prendario podrá proponer en su favor el deudor excepciones contrarias a la acción de aquél, dilatorias o perentorias (Arts. 328 ss.) en cuyo caso la providencia de mérito estudiará primero las dilatorias y después las perentorias, forma más lógica y fundada de proceder. Sin duda alguna, no hay en estos juicios incidente previo de excepciones dilatorias, pero ellas sí pueden ser propuestas por constituir un medio de defensa del demandado y de obligatorio reconocimiento, por lo que propuestas deben decidirse en la sentencia ya que no existe base para negarlo.

ART. 1191. — En caso de que pase el término del traslado sin oposición del demandado en tiempo oportuno, o el probatorio en el supuesto de que lo haya, el Juez pronuncia la sentencia en derecho dentro de los cinco días siguientes. Obsérvase en ello que no hay citación para sentencia ni traslado para las alegaciones de bien probado, como en otros procesos, lo que obedece claramente en realidad a la naturaleza sumaria del procedimiento en estudio que no se compadece con las dilaciones ocasionadas por aquello (la citación, etc.). El fallo es notificado en la forma ordinaria (Art. 309), o sea, por edicto cuando no lo es personalmente, lo que es un tanto inconveniente por ser propicio a demoras contrarias a la brevedad que inspira el proceso citado.

En gracia del artículo 1197 que se ve adelante, son aplicables las normas del procedimiento ejecutivo al analizado, de donde se infiere que la sentencia proferida en éste es revisible por la vía ordinaria en armonía con el artículo 1030, por equivaler a la de excepciones y pregón y remate, y no ser tal cosa contraria a la de principios capitales que norman los procesos de venta o adjudicación para el pago de lo debido a los acreedores.

ART. 1192. — En el fallo favorable al demandante es propio disponer el avalúo de los bienes perseguidos con la nación prendaria o hipotecaria, su venta en pública subasta, con las mismas formalidades previstas para la licitación en los juicios ejecutivos (Arts. 1037 ss.), esto es, publicación de carteles, base de las ofertas, repetición de la diligencia, etc., la liquidación del crédito del actor (Arts. 1033, 574 ss.) y la solución suya con el producto del remate, sin perjuicio de la prelación que corresponda en aplicación de la ley sustantiva (Arts. 1067, 2488 ss. C. C.).

Por cuanto que ningún argumento de peso se encuentra en contra y por cuanto que las disposiciones relativas al ejecutivo se aplican en el juicio de que se viene hablando, en éste es propia la formación de lotes conforme el artículo 1042, pues en el estudiado concurren idénticas razones que las que militan para la formación de lotes en aquél (Art. 203).

ART. 1193. — En ningún caso oficiosamente sino a petición de

parte legítima, el Juez de la causa decreta el secuestro de los bienes perseguidos, el cual se lleva a efecto en igual forma a la prevista en el proceso ejecutivo, o sea, en los artículos 1003 y siguientes, en armonía con los artículos 273 y siguientes. Por ello, las oposiciones a la diligencia por quienes sean poseedores o aleguen derechos para conservar en su poder la tenencia de los correspondientes bienes y demás, son resueltas de la manera prevista en ellos. No obstante lo anotado, como se ve en el estudio del artículo 1198, en algunos casos el nuevo secuestro que no puede llevarse a término por motivo de la existencia de otro anterior en los ejecutivos puede cumplirse en los procedimientos en estudio.

ART. 1194. — Una vez hecho el remate y efectuado el pago a los acreedores hipotecarios o prendarios que hayan intervenido en el juicio, la parte de precio que sobre se entrega al demandado, salvo que al Juez de la causa se le haya comunicado el embargo de tal remanente en otro juicio (Art. 282), caso en el cual debe acatar lo dispuesto por el Juez comunicante y también que el bien gravado lo haya sido en garantía de obligaciones de exigibilidad sucesiva de las que haya aún pendientes algunas, de acuerdo con el artículo 1053, y que haya acreedores de la misma condición de los prenombrados que no hayan actuado en relación con la efectividad de sus acreencias, pues entonces debe depositarse el aludido remanente en aplicación de lo ordenado en la parte final del artículo 2452 de la ley sustantiva (D. E. 1115 de 1940), sin entregarlo al demandado.

ART. 1195. — Cuando sacados los bienes a remate judicial no hay postura admisible, se adjudican los bienes a los acreedores que así lo pidan, hasta concurrencia de sus créditos, previo nuevo avalúo, el que se ha censurado diciendo que es inoperante por motivo del anterior, pero que encuentra base en el afán de proteger los intereses de una y otra parte, no ligándolas a un avalúo que con el tiempo o por otra causa haya venido a ser excesivo o deficiente. Al respecto es razonable y fundado tener presentes las disposiciones de la Ley 176 de 1936 que fueron vistas al estudiar los artículos 1045, 1047 y 1049.

Para hacer efectiva dicha adjudicación el Juez que la haga debe ordenar la inscripción en los Libros de Registro correspondientes, disponer la cancelación de las hipotecas, la entrega del inmueble perseguido de sus títulos, la cancelación de las inscripciones de embargo, etc. (v. C. C.).

ART. 1196. — En los casos en que los bienes dados en prenda o en hipoteca sean avaluados por los peritos actuantes en el juicio en la suma de ciento cincuenta pesos o en una menor, siempre que ese justiprecio quede en firme (Arts. 719 ss.), no es necesario proceder al remate bajo condición de que así lo pide el respectivo acreedor, a quien entonces se adjudica el bien de que se trate en mérito de lo dispuesto en el artículo 2425 del Código Civil. Se ha criticado la disposición diciendo que es manifiestamente inoperante

en la práctica y con relación a los bienes inmuebles dado que por excepción no sobrepasan el valor preindicado, crítica fundada por tener un contenido de verdad. Las condiciones presentes de los bienes raíces, en cuanto a su significación económica son bien distintas a las contempladas a la época de sancionarse aquella norma que, por tanto, debe modificarse en el sentido de hacer más alto el precio requerido para la adjudicación a los acreedores.

Cuando haya concurrencia de varios acreedores la adjudicación será hecha entonces teniendo en cuenta los privilegios establecidos en la Ley sustantiva, por antigüedad y demás, y el monto de los créditos suyos, como medio de no lesionar derechos con su desconocimiento arbitrario.

ART. 1197. — Dispone el artículo que son aplicables a los procasos de venta o adjudicación de lo hipotecado, o dado en prenda las disposiciones propias de los ejecutivos (Art. 981 ss.) en cuanto no se opongan a la naturaleza propia de los primeros, disposición que sobra porque en el fondo no hace otra cosa que repetir de diverso modo, pero en forma concreta, lo dispuesto de manera general en el artículo 203. Por tanto, ejercitándose la acción real hipotecaria o la prendaria, no será propio poner excepciones de la misma manera que en el procedimiento ejecutivo, según se desprende de las disposiciones anteriores, notificar la admisión de la demanda en igual forma, admitir la proposición de teorías con apoyo en créditos personales, etc.

Varias dificultades se presentan acerca de la aplicación de las normas del ejecutivo en los de venta y adjudicación, entre ellas la relativa al desembargo pedido por terceros, pues se dice que la certificación emanada del Registrador por sí lo descarta, por mostrar quién es el poseedor inscrito, a lo que se anota en contrario que debe admitirse como medio propio de rectificar los posibles errores en que haya incurrido al impedirlo, máxime que ello no acarrea notorios perjuicios y tiene una saliente base de justicia.

Conviene anotar aquí que deben tenerse muy en cuenta en los juicios tratados las normas sobre prenda agraria e industrial y sobre créditos de los Bancos Hipotecarios (Leyes 24 de 1921, 36 de 1931 y 134 de 1931), que fueron mencionadas al analizar los ejecutivos.

ART. 1198. — El embargo y secuestro decretados en el proceso de venta o adjudicación pone fin a los dispuestos en los procesos ejecutivos seguidos con acción personal. A primera vista es comprensible que lo dispuesto en el artículo constituye una salvedad a la norma general sentada en otros artículos (280 y 1013), pero que se explica y justifica en atención a que la hipoteca y la prenda dan al sujeto en cuyo favor se constituyen acción real, un verdadero privilegio, mejor situación que la que tienen los acreedores puramente personales. Ello ha sido censurado por algunos expositores argumentando que ocasiona la liquidación del crédito personal por

colocar a los acreedores personales en situación precaria, etc., pero esa argumentación no tiene aceptación general por la razón clara de que esos derechos accesorios no deben desnaturalizarse en su esencia y consecuencias, permitiendo que las acciones meramente personales prevalezcan sobre ellos.

Ahora, la finalización de que se habla no es absoluta sino relativa, a pesar de que el artículo en estudio parezca darle notoria generalidad, pues es equivocado olvidar que la hipoteca y la prenda sólo tienen una preferencia relativa por ocupar mejor lugar para el pago ciertos créditos personales (Arts. 2495 ss. C. C.) y de allí que por ellas no deba operarse la terminación del embargo y secuestro en el caso de que sobre lo hipotecado o entregado en prenda puedan hacerse efectivos los aludidos créditos (Arts. 2498, 2500, 2501 y conc. ib.) puesto que sería absurdo que no obstante tener preferencia para el pago y ante el acreedor hipotecario o prendario las acreencias de determinadas personas a la medida preventiva invocada y practicada en la acción suya, desapareciera por la de aquellos acreedores. La primacía de un derecho hace primar lo que directamente está ligado a él, de donde se infiere que el embargo y secuestro ordenados en un proceso de la clase en referencia no finaliza por sí los existentes en acción personal, siempre que el crédito perseguido en la última prevalezca en su efectividad sobre los de los acreedores prendarios e hipotecarios.

Sin olvidar lo expresado, no sólo finalizan el embargo y depósito judicial ordenados en los ejecutivos, los que se dispongan y practiquen por mérito de las acciones reales sino también los dispuestos en otros juicios como en el de nulidad del matrimonio (Art. 792), en el de divorcio, en el de separación de bienes (Art. 801) y en las sucesiones (Art. 900, 904), porque prima con relación a ellos el interés de los acreedores quienes no deben quedar burlados en sus derechos con la subsistencia de los mismos. Nótese que no es la simple disposición del embargo y secuestro ya varias veces mencionada la que opera la finalización sino su práctica, ya que antes de la inscripción del embargo en realidad no se producen sus efectos. En consecuencia, para reconocer la terminación del practicado con anterioridad es preciso que al Juez que lo haya dispuesto se presente la prueba satisfactoria de la nueva inscripción, la que emanará de la certificación que expida el Registrador que actúe y no de otro origen.

En caso de que sea dispuesto el embargo de un mismo bien en varios juicios de venta o adjudicación podrá hacerse su acumulación conforme las reglas que rigen la materia (Art. 396 ss.), por lo que apenas viene a subsistir un solo embargo y no varios, cosa bien comprensible, que no requiere mayores explicaciones ya que es claro que no es aceptable la existencia simultánea de más uno sobre un solo bien. Por tal motivo no es propio hacer la inscripción del segundo ante la acumulación mencionada. Lo que aparece a conti-

nuación ilustra mejor el asunto acotado y sirve para resolver las dificultades posibles.

En caso de que uno de los embargos haya sido hecho en juicio ejecutivo instaurado con acción real y el otro en juicio de venta o adjudicación, prevalece el embargo correspondiente a la hipoteca más antigua, en concordancia con la ley sustantiva (Art. 2499 C. C.) y se considera insubsistente el otro, lo que también sucede con relación al secuestro. Ante esa ocurrencia el sujeto cuyo embargo finaliza no queda despojado por ese mero acto de acción para la efectividad de su derecho, pues entonces dispone de la facultad de reclamarlo por otros medios y con relación a lo embargado, desistiendo del procedimiento iniciado antes por él y proponiendo otro procedente. Así, si la hipoteca más antigua es la del ejecutivo introducirá tercería, etc. Contémplase un desistimiento que podemos llamar forzado, de origen y consecuencias distintos al común (Art. 461 ss.), que no acarrea condena en costas, desaparición de la acción y demás.

Si el proceso ejecutivo se hubiere iniciado con acción mixta personal y real a un tiempo, y en él se han embargado bienes distintos al hipotecado, la prevalencia del embargo dispuesto en la acción de venta o adjudicación a causa de la mayor antigüedad de la hipoteca que le sirva de sustento, no se refiere al embargo y secuestro de esos bienes, el que subsiste, y el desistimiento mencionado tendrá por objeto único y exclusivo la acción real, sin mengua de la personal incoada. En tal caso, el impulso de la acción ejecutiva se suspende hasta tanto termine el procedimiento de venta o adjudicación por absolución del demandado o por pago al actor en él (Arts. 1197, 981), suspensión distinta a la de ocurrencia en los casos comunes (Arts. 369, 370, 360). Su transcurso hace renacer en favor del ejecutante el derecho a proseguir la ejecución y a hacer rematar los bienes embargados para lograr el pago de la parte insoluta de su derecho. Debe aclararse que la suspensión de la ejecución ocurre únicamente en cuanto al bien hipotecado y no a los otros distintos embargados, pues en relación con ellos no obra ningún motivo de suspensión.

TÍTULO XLIII

REDUCCIÓN DE LA HIPOTECA O DE LA PENA ESTIPULADA Y FIJACIÓN DE INTERESES

ART. 1199. — La ley sustantiva da derecho a los deudores para pedir la reducción de la pena estipulada en sus contratos cuando sobrepase el duplo de la obligación que con ella se garantiza (Art. 1601 C. C.) y también para obtener que la hipoteca constituída que caucione mayor cantidad del doble de lo debido sea reducida a ese

importe (Art. 2455 *ib.*), y a hacer efectivo ese derecho tiende el procedimiento consagrado en el artículo, del que conocen los Jueces indicados en las reglas generales sobre competencia (Arts. 142 ss.), y es como sigue:

Una vez admitida la demanda presentada porque reúna los requisitos legales (Arts. 205 y conc.) se corre en traslado al demandado por tres días, pasado el cual, haya o no hecho oposición a la pretensión del actor, el negocio se recibe a prueba por seis días, vencidos los cuales se pronuncia, dentro de los cinco siguientes, la decisión que corresponda, la que es apelable según las reglas comunes (Arts. 490 ss.) y tiene los efectos propios de los fallos comunes una vez en firme (Art. 473); de allí que defina una situación definitiva, en cuanto a su contenido, entre los litigantes.

En los acotados negocios la carga probatoria pasa sobre el actor, quien para lograr éxito está en el deber de acreditar en forma eficaz la existencia de la obligación, el exceso de la pena o de la hipoteca, pues sin esos elementos mal puede el juzgador reconocerle derecho y disponer la reducción suplicada, por ser incuestionable que ellos la apoyan.

ART. 1200. — La legislación busca proteger a los deudores de los intereses usurarios concediéndoles derecho a su reducción cuando los estipulados exceden por lo menos en una mitad al interés corriente o común al tiempo de serlo (Art. 2231 C. C.), derecho que pueden ejercitar dentro del juicio que se les promueva para el pago (Art. 994) o bien independientemente de él. El asunto se define en la forma indicada en el artículo anterior y es de cargo del deudor acreditar el exceso, lo que hará con las certificaciones extendidas por la Cámara de Comercio, por los establecimientos Bancarios o por medio de otras pruebas, pues el procedimiento vigente no precisa de los elementos probatorios aducibles, como lo hacía la ley 40 de 1907.

Pedida la reducción dentro del juicio promovido contra el deudor es competente también para conocer de ella el que lo sea de ese juicio. Si es solicitada fuera de tal juicio, conocerá de ella el funcionario determinado según las reglas sobre jurisdicción y competencia (Arts. 142 ss.), atendiendo sí a que es un asunto de los llamados contenciosos por oposición a los denominados de jurisdicción voluntaria.

De igual manera a la relacionada cabe proceder para la fijación de intereses comerciales (Arts. 219, 934 y cons. C. de Co.).

TÍTULO XLIV

MEJORA DE LA HIPOTECA, REPOSICIÓN DE LA PRENDA Y EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN NO VENCIDA

ART. 1201. — Los acreedores gozan de la facultad de exigir que se declare extinguido el plazo pendiente para la exigibilidad de lo debido (Art. 1553 C. C.), que se reponga la prenda (Arts. 2416 y 2431 ib.), a que se mejore la hipoteca (Art. 2455 ib.), en los casos claramente definidos en la ley sustantiva. Para ello han de presentar demanda que satisfaga las exigencias legales (Art. 205) ante Juez competente (Arts. 142 ss.), quien al admitirla ordena notificarla al demandado (Art. 312), con la prevención de que en caso de que no mejore la hipoteca, reponga la prenda o constituya garantías satisfactorias, dentro de seis días, es declarada la extinción del término de que disponga para la solución de la deuda.

Por ser ésa una actuación en verdad sumaria, es indispensable que a la demanda se adjunte la prueba de la obligación, de la desmejora real del bien hipotecado, de la pérdida de la prenda, etc., en una palabra, de los hechos y actos garantes del derecho del actor, puesto que sin ellos no es posible hacer el reconocimiento suyo y requerir al deudor. Todo requerimiento exige elementos probatorios que lo sustenten en consideración a que las actuaciones judiciales obedecen a la certeza que debe formarse en el funcionario actuante por algo objetivo y no por su exclusivo criterio y los asertos de parte interesada, evitándose así la arbitrariedad.

Por tanto, si se omite la presentación de pruebas que basen la petición del actor o si ellas son deficientes —*prima facie*— lo propio es desechar la demanda por falta de cumplimiento de lo ordenado al final del artículo tratado. La falta de lo exigido por las disposiciones procesales con miras a una correcta constitución de la *litis contestatio* impide lógicamente el primer acto jurisdiccional que hace que después cristalice con la notificación de la demanda.

ART. 1202. — Cuando no cumple el deudor con lo ordenado en aplicación del artículo precedente el Juez dicta la correspondiente resolución de extinción del plazo, dentro de los cinco días siguientes, la cual es apelable sólo en el efecto devolutivo (Art. 499), y susceptible de revisión (Art. 473) a pedimento del deudor, dentro del juicio que para la solución de la deuda proponga el acreedor, mediante los trámites de articulación (Art. 395), en la cual la carga probatoria pesa sobre tal acreedor, quien debe probar que tenía derecho a la extinción del plazo. En consecuencia, es notorio que la primera providencia queda condicionada en su valor a la súplica de revisión y a la prueba que se presente, lo que es explicable por la calidad de actuación sumaria que tiene el procedimiento de declaración de ter-

minación del plazo, en la que no tiene oportunidad de defensa notoria el demandado.

Lo anotado pone de presente que la consecuencia propia e inmediata de la declaración de extinción del plazo es la de colocar al acreedor en condición de promover la acción que sea de lugar, por lo que inicialmente no se mira como propuesta antes de tiempo oportuno.

No sobra advertir aquí que en los casos de concurso de acreedores, por ejemplo, es innecesaria la súplica de extinción del plazo (Art. 1088, núm. 12).

TÍTULO XLV

ASUNTOS VARIOS

ART. 1203. — En los asuntos judiciales en que el Juez ha de decidir con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, se entiende que no debe acceder al pedimento formulado si no aparecen acreditados en la actuación surtida los hechos o los actos que sustenten una providencia favorable al peticionario y sin que sean satisfechas las otras exigencias legales, por ejemplo, la de oír a los parientes y al Agente del Ministerio Público. Este procedimiento, reproducción de lo dispuesto en el llamado Código Arbeláez, por su misma calidad no hace otra cosa que acatar el principio en gracia del cual ninguna decisión judicial debe dictarse sin elementos de convicción que la sustenten, exige, pues, que el peticionario aporte pruebas que hagan procedentes las pretensiones suyas bajo pena de fracasar en su intento.

No obstante que se contempla en el artículo un procedimiento en esencia distinto al ordinario y a los especiales que han quedado vistos, de naturaleza sumaria, la decisión del Juez del conocimiento debe apoyarse en la convicción legal que produzca el proceso, pues él no goza de la facultad amplísima de decidirlo por su propia voluntad y con independencia de las normas jurídicas. En concreto, su resolución tiene que apoyarse en las constancias de autos y en el convencimiento que ellas ofrezcan.

Cuando la cuestión sometida a la decisión del Juez no sea de las de jurisdicción voluntaria sino contenciosa —las que atrás quedaron estudiadas (Art. 195)— goza de la facultad de determinar a su prudente arbitrio la forma de oír en el proceso a quienes sean partes, mejor dicho, de indicar los trámites propios a seguir. A no dudarlo, esa determinación será hecha considerando los principios normativos del procedimiento, o sea, la celeridad, la economía, que a los litigantes hay que ofrecer oportunidad de acreditar sus derechos, la imparcialidad, etc., en síntesis, en armonía con los intereses de las partes y los altos fines de la justicia.

Apréciase en lo dicho un caso de verdadero arbitrio judicial, de excepción al principio de que las ritualidades procedimentales son predeterminadas e independientes de la voluntad de los Funcionarios judiciales, justificado en un todo como limitación al exagerado formulismo y por la necesidad y conveniencia de propiciar la rápida resolución de los negocios que por sus características escapan a los otros procesos.

A nadie se oculta que se trata de un procedimiento sumario, pero de allí no se desprende que la providencia finalizadora de él no tenga en principio estabilidad (Art. 473) y a propósito transcribimos la jurisprudencia de la Corte, transcrita por algún autor: "No puede admitirse que hay lugar a proponer indefinidamente juicios sumarios sobre una misma cosa, para que se revoque en el posterior lo que se falló en el anterior de la misma clase, ni esto es compatible con la firmeza de los fallos judiciales. Las sentencias que se dicten en juicios especiales, no por eso dejan de ser sentencias definitivas, aunque no están sometidas..."

"Si bien es cierto que la sentencia dictada en juicio sumario hace tránsito a la cosa juzgada, aunque puede revisarse en juicio ordinario, eso ha de entenderse que es tratándose de las mismas partes que intervinieron en el juicio sumario en que la sentencia fué dictada, pero no respecto de terceros que no intervinieron en la litis en que se dictó tal sentencia, y por consiguiente para ellos esa sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada."

Casos de aplicación del artículo estudiado son los que propone el Banco Agrícola Hipotecario para obtener la tenencia del inmueble hipotecado en su favor (Leyes 68 de 1931, Art. 31, y 57 de 1931, Art. 8º), los que se promueven para la cesación del derecho de retención por pago (Ley 95 de 1890, Art. 10), los de reclamación por terceros de la prenda entregada a las Sociedades Cooperativas (Ley 134 de 1931, Art. 16), aquellos sobre diferencias entre las Cooperativas y sus socios (Art. 18, ib.), los que se susciten entre los cónyuges acerca de la liquidación provisional de la Sociedad conyugal (Ley 28 de 1932, Art. 8º), los que se promueven por la Caja Agraria para entrega de la prenda (Ley 33 de 1933, Art. 18, y Ley 16 de 1936, Art. 28), los de oposición sobre concesiones de petróleo (Ley 160 de 1936, Arts. 5º y 7º).

Todos los supuestos relacionados reciben la tramitación del artículo 1203 por mandato expreso de las leyes citadas entre paréntesis, pero fuera de ellos hay otros mencionados por los expositores del procedimiento, v. gr.: los previstos en los artículos 103, 155, 188, 225, 242, 303, 311, 313, 345, 482, 486, 490, 572, 1810, 1815 y 1826 del Código Civil.

ART. 1204. — En los casos en que el Juez del conocimiento está en el deber de resolver con prudente juicio o a manera de árbitro, en los que no pronuncia la decisión sino atendiendo a su convencimiento íntimo por facultarlo así la ley, goza de la atribución de

ordenar las pruebas que estime de mérito en apoyo de su fallo; de suerte que tiene el funcionario judicial la iniciativa probatoria en los procesos en referencia, la que no disfruta en los comunes en que está ligado a guardar en relación con las pruebas una conducta pasiva por carecer de atribuciones investigativas. El ejercicio de la aludida atribución no conlleva para los interesados particulares el derecho a recursos en contrario y es viable varias veces dentro del respectivo proceso, mejor dicho, dispuesta una vez la práctica de pruebas, cabe disponer ulteriormente otras ante la deficiencia o ineficacia de las primeras, en mérito del arbitrio que tienen los Jueces entonces y por cuanto que los principios legales no quieren forzarlos al pronunciamiento de fallos desprovistos de base probatoria.

Por otra parte, los Jueces no pueden omitir el lleno de las exigencias legales, de oír a los parientes, al Agente del Ministerio Público y demás, y siendo propiamente contencioso el negocio propuesto, o materia de pretensiones encontradas de los intervinientes, debe oírlos por un lapso que no pase de dos días y señalar los términos (Arts. 366 y ss.) para la petición y práctica de pruebas, conforme la urgencia del caso debatido. Por tanto, en esos eventos las partes tienen facultad de solicitar pruebas sin que ellas dependan únicamente del querer del Juez de la causa y de acuerdo con las reglas generales.

Han sido enumerados como ejemplos de aplicación del artículo en estudio, los contemplados en los artículos del C. Civil que en seguida se citan, tomándolos de la obra de un autor nacional: 91, 103 inc. 2º, 163 inc. 2º, 169, 178, 199, 204, 205, 209, 226, 227, 242 inc. 2º, 254, 256, 257 inc. 2º, 259, 262, 268, 278, 279, 299, 305, 306, 307, 315, 342, 381, 400, 407, 441, 442, 453, 457, 463, 483, 485, 487, 488, 489, 491, 493, 499, 501, 502, 503, 505, 518, 520, 521, 530, 542, 554, 555, 556, 559, 560, 561, 567, 571, 573, 577, 583, 612, 614, 620, 630, 711, 811, 820, 836, 904, 924, 1000, 1013, 1151, 1152, 1175, 1192, 1289, 1293, 1295, 1297, 1318, 1319, 1333, 1338, 1339, 1340, 1342, 1349, 1354, 1357, 1359, 1362, 1399, 1435, 1451, 1458, 1566, 1612, 1642, 1811, 1813, 1815, 1817, 1819, 1829, 1837, 1929, 1986, 1990, 1997, 2003, 2030, 2035, 2037, 2048, 2060, 2095, 2098, 2216, 2227, 2333, 2355, 2451, 62, 63, 64, 115 y 117 de la Ley 153 de 1887.

ART. 1205. — Existen casos de derecho en los que la legislación, abandonando las normas comunes sobre la necesidad de que la actuación judicial sea provocada, impone a los Funcionarios el deber de proceder oficiosamente, sin petición de interesado legítimo, en los que por mérito del artículo tratado débense practicar las pruebas dentro del menor término posible y darse cumplimiento a los preceptos legales a que haya lugar. Las pruebas, es elemental, son ordenadas por los Jueces atendiendo sólo su criterio, mejor dicho, a ellos toca la iniciativa de escogerlas, ordenarlas y practicarlas, sin que contra ello tengan recurso de ningún género los particulares, análogamente (Art. 203) a lo previsto en otros artículos del Código (Arts. 600, 1209, 515, etc.), por tratarse del ejercicio de una atribución

exclusiva que se desnaturalizaría con la admisión de recursos en su contra, perdiendo su razón de ser.

En el evento de que en el correspondiente negocio haya partes con intereses enfrentados, que tenga aspecto de contencioso, es obligación de los Jueces oírlas en forma similar a la establecida en el artículo 1204 y entonces debe reconocérseles la facultad de pedir pruebas y demás, por ser el aludido supuesto distinto al mencionado en el párrafo anterior.

Lo comentado hasta aquí sobre los artículos 1203, 1204 y 1205 permite sentar en conclusión que lo reglamentado por ellos habría quedado más conforme a la brevedad legislativa en un solo artículo en atención a que así se tendría una unidad de mejor conveniencia por cualquier aspecto que sea mirada la cuestión, conclusión que resulta fundada considerando que esos artículos no son de contenido esencialmente diferente y opuesto en el fondo y, además, que con lo afirmado tendríamos mejor y mayor certeza en las actuaciones, argumentación nada despreciable.

Como ejemplos de aplicación del artículo se suelen citar por los autores los casos de protección al que está por nacer (Art. 95 C. C.), de declaración oficiosa de la nulidad del matrimonio (Art. 15, Ley 57 de 1887), de emancipación judicial (Art. 315), de remoción del curador (Art. 630), de herencia yacente y otros.

ART. 1206. — El proceso de oposición al registro de una marca de fábrica o de comercio, o concesión de una patente y el de que trata el artículo 76 de la Ley 45 de 1923, de los que conocen los Jueces de Circuito de Bogotá por los trámites del procedimiento breve en consideración a que son asuntos que exigen rápida decisión, se tramitan así: De la demanda admitida por estar conforme a la ley (Art. 205) se confiere traslado al demandado (Art. 312) por tres días; luego se recibe a pruebas la causa por el lapso de diez días, prorrogable por otros diez, a petición de cualquiera de los litigantes y después se falla dentro de los cinco días siguientes.

El fallo es recurrible en apelación en el efecto suspensivo (Art. 490 y ss.) ante el Tribunal Superior del Juez *a quo* y él tramita el recurso como el de auto interlocutorio y sentencia en Sala de Decisión (Arts. 502 y 504), parte ésta que repite lo dispuesto en otros artículos, la que no tiene recurso de casación (Art. 519).

Las leyes 31 de 1935 y 94 de 1931 autorizan las oposiciones que hacen nacer los procesos estudiados.

ART. 1207. — La acción propuesta por quien tenga el derecho de retención en seguridad de lo que se le adeuda por el dueño de las cosas retenidas o por razón de ellas para que sean enajenadas y obtener así el pago de sus créditos, recibe la tramitación propia del juicio de venta o adjudicación de la prenda (Art. 1189 y ss.), en lo que se ve que el artículo encajaría mejor en el Título XLII que en el presente. Disfrutan del derecho de retención: el usufructuario (Art. 859 C. C.), el poseedor de buena fe (Art. 947 y 970, Ley 200,

de 1936), el arrendatario (Art. 1995, ib.), el arrendador (Art. 2000, ib.), el mandatario (Art. 2188), el depositario (Arts. 2258 y 2259, ib.), el acreedor autorizado por la justicia (Art. 2417, ib.) o por la Ley (Art. 2426, ib.) y el anticrético (Art. 2463, ib.). Las personas relacionadas deberán promover sus acciones, en consecuencia, ciñéndose a las exigencias predeterminadas en los artículos 1189 y siguientes y aportando siempre la prueba del derecho de retención (Art. 551) en su favor, pues la acción es concedida en pro de quienes lo poseen en la actualidad, motivo bastante para cimentar lo dicho. Sería absurdo adelantar acción de venta o adjudicación propuesta por quien no tiene derecho a ella por no ser titular del derecho prementado.

TÍTULO XLVI

PROCEDIMIENTO VERBAL

ART. 1208. — Con un gran criterio de acierto estableció el legislador el procedimiento llamado verbal (Arts. 774 y ss.), de ningunos antecedentes legislativos entre nosotros, el que llena un verdadero vacío en el sistema procesal y se inspira en el principio de la brevedad de la actuación judicial a fin de no someter la decisión de los litigios a dilatadas tramitaciones que implican para los litigantes marcados inconvenientes, como son los mayores gastos, de tiempo, dinero y actividad, notorias y largas mortificaciones por la duración prolongada de los pleitos, la ocasión de proposición de incidentes impertinentes a lo debatido y que apenas son un visible efecto de la rabulería.

A lo largo de los tiempos se ha repetido siempre que justicia tardía no es en verdad justicia, lo que tiene un notorio contenido de certeza, y a desvirtuar eso tiende el procedimiento verbal que se inspira ante todo en la necesidad de que la administración de justicia sea pronta, para que así se llenen los altos fines por ella perseguidos, como el mejor medio de garantía de los derechos particulares.

Ciertamente, el procedimiento en cuestión, aunque no en la legislación patria, tiene marcados antecedentes históricos, pues como bien lo aseveran los autores y se desprende del estudio de la legislación antigua, las primeras manifestaciones de la administración de justicia son salientemente orales, en el derecho germano, en el romano, etc. Ahora, no por ello cabe sostener que la consagración actual del procedimiento acotado representa una regresión infundada, puesto que aquélla es el resultado evidente de una realidad social presente a cuyas exigencias no puede sustraerse la norma legal que en ella encuentra razón de ser, ya que la organización de derecho de los pueblos obedece, o debe obedecer, a la realidad que ellos ofrezcan por cuanto que el derecho no es ni puede ser una mera entidad de orden metafísico.

Además de decir que representa el proceso verbal una regresión, se argumenta en su contra diciendo que es dado a decisiones faltas de madurez y a estrechar a los litigantes en forma que los fuerza a no debatir ampliamente sobre sus derechos e intereses como en los procesos generales y en armonía con una mejor técnica procesal. Las bases que apoyan el proceso en estudio descartan la validez de esa argumentación, fuera de que la decisión lenta de un asunto debatido no es por sí sola garantía de acierto, conforme lo muestra la diaria experiencia; de que es posible aducir en la actuación denominada verbal todos los elementos que puede aducir la parte en la actuación ordinaria; de que la presencia de ambas partes en la audiencia clarifica mejor sus pretensiones y los fundamentos de ella; de que cada uno de los litigantes conoce su derecho y los medios más eficientes para hacerlo valer, de donde se infiere que no hay por qué desechar la actuación verbal; de que las facultades que en ésta tienen los Funcionarios judiciales garantizan su acierto; de que propicia la intervención de los profesionales más capaces; mayor sinceridad de los litigantes que se encuentran personalmente ante la autoridad judicial y verdad de los declarantes que deponen en presencia de aquéllos, etc.

Esta ligera relación de argumentos en pro del procedimiento verbal convence de que es fundado por completo y de que es de desearse la mayor generalidad en su aplicación.

El procedimiento en estudio, denominado verbal especialmente por la forma propia como se cumple, sin que ella descarte lo escrito, según lo hacía la antigua, se presenta por varias causas, que son: la voluntad de las partes y la ley.

Para que se dé la primera causa es menester que una vez notificada la demanda, constituída la *litis contestatio* y en ningún caso antes, las partes, en quienes debe concurrir capacidad para transigir (Arts. 2469 y ss., 1503 y 1504 C. C.) pidan por escrito y en forma unánime al Juez del conocimiento que siga la tramitación del proceso, cualquiera que sea la inicial, menos en relación con cuestiones no susceptibles de transacción, v. gr., el estado civil, por los trámites verbales y a lo que debe accederse. No limita la disposición hasta cuándo es procedente ejercitar esa facultad, pero la dificultad proveniente de ello se salva sentando que es propio ejercitarla antes de que se dicte sentencia de fondo, por cuanto que el interés de las partes es el que predomina en esos asuntos.

El Juez autorizará en cada caso concreto el seguimiento del proceso en estudio, siempre que se reúnan los requisitos previstos porque de lo contrario se da ocasión a nulidad (Arts. 448 y ss.). El derecho a que se siga el procedimiento verbal surge únicamente de la ley que lo autoriza y cabe calificarlo como una limitación o excepción al principio general de que las normas procesales son de orden público y que no corresponde a los particulares fijarlas o escogerlas con entera libertad. Por lo demás, únicamente en las cabeceras de Distrito Judicial es posible el procedimiento en referencia, por acuerdo de

parte, lo que se ha calificado de infundado porque la ley es general y porque no hay argumentos de peso para negarlo en lugares distintos a esas cabeceras. Ojalá el artículo fuera reformado por el legislador en el sentido de permitir el proceso verbal por súplica de las partes en dichos lugares.

Además del acuerdo de partes, la legislación ordena el proceso en cuestión para la decisión de los negocios apellidados sociales, como los de cesantía, horas suplementarias, descanso dominical, etc. (Ley 45 de 1939, Leyes 10 de 1934 y 134 de 1931), en los que —es elemental observarlo— no importa la voluntad de ellas, en otros términos, éstas tienen que acogerse de todas maneras al procedimiento verbal en la proposición de sus respectivas acciones, porque de lo contrario se incide en causal de nulidad por violación de una norma de carácter imperativo a la que no es posible sustraerse. En consecuencia, los negocios "sociales" no deben tramitarse por vía distinta a la verbal, v. gr., por la ordinaria.

Finalmente, el proceso tratado, que se adelanta en papel común si se refiere a prestaciones sociales, no debe confundirse con el establecido en los artículos 774 y siguientes, puesto que éstos lo establecen únicamente para los negocios de mínima cuantía y no tienen la preferencia de turno en su tramitación y despacho, la que sí tienen los primeros, en gracia del artículo 5º de la Ley 165 de 1941.

ART. 1209. — En la admisión de la súplica de que el procedimiento distinto antes iniciado sea continuado por la vía verbal se dispone fijar fecha y hora para que las partes comparezcan ante el Juez de la causa a presentar sus pruebas, etc. Si no se trata de ello, sino de una demanda de las que conforme las reglas de la ley se tramitan verbalmente, debe admitirse porque reúna las exigencias legales (Art. 205) y disponerse también el señalamiento de fecha y hora para que las partes se presenten al Juez en audiencia pública, exhiban sus pruebas escritas (lo que no impide que se adjunten a la demanda), lleven sus testigos y peritos, se interroguen y contrainterroguen en su presencia y hagan en seguida sus alegaciones orales.

Esto es lo que caracteriza más el proceso verbal, pues se trata de una demanda de la cual no se confiere traslado y que no requiere contestación anterior a la audiencia, en la que es oportuno el asentimiento o contrariedad a las bases de aquélla por el demandado, el pedimento de prueba y demás. En tal audiencia es cuando propiamente se hace el debate entre las partes, el que en realidad se cumple entre presentes dando con ello a los litigantes oportunidad de conocer lo pretendido por el contrario, de rebatirle en el acto sus argumentos y pretensiones, a la contrainterrogación de los testigos, a la petición de ampliación del dictamen pericial, a la toma de posiciones, etcétera.

En caso de que la audiencia se prolongue por más de tres horas procede citar para otra nueva de duración máxima de tres horas, lo que quiere decir que la primera puede sobrepasar ese lapso, aun sin

acuerdo de partes. Conforme el artículo, dos son las audiencias que cabe celebrar en los procedimientos verbales en estudio, sin embargo de que sería mejor que se diese a los Jueces atribución de disponer otras que estimen convenientes, ya que así no se limitaría forzosamente la aducción de elementos de juicio por los litigantes con sus interrogaciones, contrainterrogaciones, etc. y que tampoco se ocasionarían dilaciones arbitrarias.

Por cuanto que las ocurrencias de la correspondiente audiencia son los mejores elementos de juicio de que dispone el fallador, en relación con la materia probatoria especialmente, para sustentar su fallo, es claro que de ella, al igual que de las otras diligencias judiciales, corresponde hacer acta lo más completa posible, la que firman todos los intervinientes. Al efecto los interesados gozan de la facultad de pedir que sea hecha una relación taquigráfica de la audiencia y a su costa, a lo que debe accederse.

En los negocios cuestionados el Funcionario judicial goza del arbitrio de ordenar práctica de pruebas aún no pedidas (Arts. 600, 692, 719, 724, 536 y conc.) cuando a su prudente criterio sean necesarias para una acertada decisión, facultad análoga a la establecida en otras disposiciones, que se ejerce señalando un término prudencial para dicha práctica (Art. 367), que no depende de la voluntad de partes y contra la que no tienen recurso alguno, análogamente (Art. 203) a lo dispuesto en la parte final del artículo 600 y ante todo porque se desconocería el principio esencial de brevedad que inspira el procedimiento tratado.

Pasada la celebración de la audiencia, los litigantes gozan de la atribución de presentar resúmenes escritos de sus sendas alegaciones orales al día siguiente, de donde se desprende que antes de que pase éste no debe el Juez dictar el fallo, para no despojarlos de ese derecho en la práctica. La decisión del Juez se pronuncia dentro de los diez días siguientes a ese término (Art. 375).

Los litigantes tienen facultad de ampliar acordemente los términos preindicados, según convenga a sus intereses, en lo que se aprecia una verdadera excepción a las normas generales sobre términos (Arts. 366 y ss.), los que son predeterminados imperativamente por la ley e independientes, en principio de la voluntad de quienes sean partes en los litigios.

En lo anotado se comprenden las características del juicio verbal, a las cuales se agrega que cuando es referente a prestaciones sociales se tramita en papel común, que él no da lugar a proposición y tramitación especial de excepciones dilatorias (Arts. 328 y ss.), las que han de decidirse en la sentencia en caso de que sean alegadas, pues mal podría decidirse de fondo no obstante la existencia de cualquiera de ellas.

ART. 1210. — Conforme lo convenido por las partes capaces en el escrito en que pidan el procedimiento verbal, el correspondiente fallo, será en derecho o en conciencia. Si es en lo primero, en él se aplicarán las normas sobre motivación (Art. 470), los preceptos de

orden legal que sustenten los intereses de cada litigante, el principio de que en caso de duda se resuelve en favor del opositor (Art. 234), etc. A propósito de esto último es de lugar advertir que en relación con las cuestiones sociales ha sufrido modificación doctrinal y jurisprudencial el principio, pues aunque los asalariados sean actores las dudas repercuten en su beneficio, por ser mirados como parte débil y en aplicación del criterio de interpretación del derecho con sentido social, medio apropiado de lograr la cristalización de la equidad y justicia en las decisiones judiciales, motivo último de ellas, que por su mérito aleja la aplicación de la fórmula antigua haciendo más humano el reconocimiento judicial del derecho.

La actuación judicial parte del supuesto de la igualdad de las partes y a hacerla real tiende lo anotado, porque la administración de justicia no puede sustraerse a una realidad social que muestra que los empleadores y patronos son parte fuerte ante la escasez de medios de reclamación de sus derechos por los empleados y obreros, máxime que la experiencia enseña el afán patronal común de burlar la jornada de trabajo, los auxilios de cesantía, etc., en concreto, las prestaciones a que están obligados.

El fallo en conciencia autoriza al fallador para proceder ante todo con un criterio de equidad, según su convencimiento íntimo, sin tener que acatar principios sustantivos del derecho, tarifas de pruebas y demás, sin estar obligado a formular motivaciones conformes al derecho escrito, ya que así se desprende de la naturaleza misma de su decisión. En ella usa su propio y personal criterio con un sentido de justicia, en lo que se ve que no se le permite parcializarse, por su mero interés, por capricho o maliciosamente. De allí que si falla por lo último compromete su responsabilidad. Tal fallo difiere por otros aspectos de los comunes, como se expone adelante. En la reglamentación de la ley 10 fué autorizado el fallo en cuestión, sin voluntad de parte, para los asuntos a que ella se refiere, pero la respectiva disposición fué declarada inexequible por la Corte.

ART. 1211. — La sentencia dictada en los procedimientos verbales es apelable en el efecto suspensivo (Arts. 490 y ss.), cuando lo es en derecho, recurso que se tramita y decide como tratándose de un auto interlocutorio, o sea, se hace el repartimiento del negocio, se corre traslado al Agente del Ministerio Público por cuatro días, si es el caso, se fija en lista por igual término y luego se resuelve (Art. 502). Cuando el funcionario ante quien se apela es un Tribunal o la Corte la sentencia es proferida en Sala de Decisión, según el texto del artículo acotado, que no hace otra cosa que repetir lo preceptuado en el artículo 504.

La sentencia dictada en conciencia tiene la calidad de ser inapelable, en atención a que los litigantes al solicitarla así someten su controversia a la decisión primaria y última del Juez *a quo,* haciéndola depender, por consiguiente, de su único criterio, y de allí que carezca de objeto verdadero la apelación, porque no hay entonces

materia revisable, digamos, un motivo bastante para ella, ocasión de estudiar si las normas de derecho fueron aplicadas correctamente y necesidad de garantizar los intereses de las partes con una segunda instancia. El Juez que obra según su conciencia es absoluto por proceder con su fuero interno, consideración que muestra por sí la razón de lo anotado, ya que de lo contrario el fallo suyo no tendría ningún mérito en la práctica o perdería su razón de ser.

ART. 1212. — Fallado un litigio mediante procedimiento distinto al verbal, no desaparece la posibilidad del último en la segunda instancia que se promueva por recurso legalmente concedido, pues en ésta pueden pedir los interesados legítimos que se tramite conforme a él, a lo que se accede, siempre que se reúnan las condiciones que lo hacen viable, esto es, la capacidad de parte, que el Funcionario del conocimiento actúe en cabecera de Distrito Judicial, que la materia del juicio sea susceptible de transacción, etc. Resalta, pues, que el proceso estudiado, en los eventos en que depende de la voluntad de las partes, es procedente en una u otra instancia, por la razón bien clara de que ningún argumento de peso concurre en contra de ello, para vedarlo en la segunda, no obstante que no haya sido promovido en la primera

ART. 1213. — El fallo de un Tribunal en esta clase de procesos no está sujeto, aunque sea dictado en derecho, al recurso de casación (Arts. 519 y ss.) a causa de la estructura de ellos, de la verdadera renuncia que cabe estimar hecha al solicitarlos. Con todo, convendría que sí fuera recurrible en casación dicho fallo, por lo menos con una tramitación más breve del mencionado recurso y que no tuviera las dilaciones de la actual, para que los interesados no se priven de recurrir a tales juicios por no disponer de ese recurso, para su mayor actualización, etc., para no sustraer las cuestiones sociales, de suyo de tanta importancia, a la labor jurisprudencial unificadora de la Corte, de notoria trascendencia en la aplicación del derecho patrio.

TÍTULO XLVII

ARBITRAMENTO

ART. 1214. — El legislador comprendió en el Código Judicial el llamado arbitramento, autorizándolo (Art. 1º) en forma clara, a fin de que las personas en la definición de sus controversias no solamente dispongan de la facultad de accionar ante la justicia ordinaria para que las defina, sino, también, ante un Tribunal Arbitral, integrado por tres personas que comúnmente no desempeñan funciones judiciales, quienes tienen a su cargo definirlas sin adelantar los trámites de los procedimientos comunes, en conciencia o en derecho, verdadera garantía de las partes, porque no se las somete a esos procedimientos dilatados y costosos, con los recursos procedentes, términos sacramentales, etc.

Se ha censurado el arbitramento diciendo que es la consagración de la desconfianza contra los Jueces comunes, lo que tiene algo de verdad, pero que carece de mérito bastante para negar su existencia, la que en la vida moderna es una verdadera necesidad que trae notorios beneficios a la sociedad y a los derechos particulares de manera que en la época presente no puede prescindirse de ella, pues tiene mejor justificación que en la antigua, en la que fué consagrada, por ejemplo, en las Partidas.

Dice el artículo que pueden someterse a la decisión de arbitradores todos aquellos asuntos sobre que pueda hacerse transacción (Arts. 2469 y ss. C. C.), en lo que se aprecia la extensión de la materia sobre que puede recaer el arbitramento, el que tiene más razón de ser después de la vigencia de la Ley 2ª de 1938, que reconoció validez a la cláusula compromisoria, que es aquella en virtud de la cual las partes contratantes convienen en someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que puedan surgir por motivo del contrato suyo (Arts. 1º y 2º, ib.).

Por otra parte, algunas leyes como la 134 de 1931 en su artículo 60; la Ley 28 de 1931 en sus artículos 16, 17 y 18; la Ley 78 de 1919 en su artículo 6º; la 21 de 1920 en sus artículos 6º, 7º y 12; la 57 de 1920 en sus artículos 15, 16, 17 y 18 y otros, tratan de la conciliación y arbitraje, especialmente en relación con los conflictos de trabajo, por lo cual recomendamos su estudio, el que escapa a los estrechos límites del nuestro.

ART. 1215. — El arbitramento puede adoptarse por quienes tengan facultades para ello, bien antes de la iniciación de los pleitos, porque antes de presentarse choque entre sus intereses lo hayan estipulado directamente o luego de que se presente, y bien luego de iniciados los litigios, pues falta razón para vedar lo anotado. La constitución de la *litis contestatio* no crea para los litigantes un vínculo de derecho en gracia del cual el reconocimiento de los derechos puestos en debate ante la autoridad jurisdiccional ordinaria únicamente puede ser hecho por ella. Considerando que el artículo no hace distinción alguna, cabe afirmar que el arbitramento puede adoptarse por los litigantes en la primera o en la segunda instancia, puesto que en realidad iguales motivos para permitirlo en la primera obran para aceptarlo en la segunda.

ART. 1216. — Los interesados deben otorgar escritura pública o documento privado, extendido en papel sellado y firmado por ellos ante dos testigos, en que conste:

1º El pleito, asunto o diferencia que sometan a la decisión de los arbitradores. A propósito, claro es que ha de determinarse específicamente la materia de la decisión arbitral por los contendientes, por cuanto que ellos son quienes la conocen y los llamados de determinarla y por ser evidente que no se dispone de otros medios directos para la última.

2º Las dos personas que designen para constituir el Tribunal

Arbitral, las que designan el tercero (Art. 4º, Ley 2ª de 1938), pues deben ser tres y capaces de comparecer en juicio por sí mismos, sin el ministerio o autorización de otras (Arts. 240 y ss.). De suerte que la designación de dos arbitradores es atribución directa de las partes, a menos que la hayan delegado a otra autoridad (Art. 3º, Ley 2ª de 1938). Además, ya no existe la calidad de tercero en discordia en el Presidente, como ante los preceptos de la legislación anterior.

3º La clase de sentencia que debe dictarse, es decir, si en conciencia o en derecho (Art. 1210), la que no autorizaba la legislación preexistente; si absolutoria o condenatoria simplemente, o si conciliadora de los intereses opuestos, esto es, transaccional o mixta, porque a la vez que condena a una parte la absuelva y reconozca cierto derecho en su favor y en contra de la otra. Es esto una concepción amplia del arbitramento, ajustada a las concepciones doctrinales dominantes acerca de él y destinada al cumplimiento verdadero de su finalidad social. Al respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 2ª de 1938, de este tenor. Si en la cláusula compromisoria o en acuerdo posterior comunicado a los árbitradores antes de la primera audiencia, no se les facultare para fallar en conciencia o para transigir las opuestas pretensiones, la sentencia habrá de ser en derecho.

La falta de cualquiera de las formalidades preindicadas acarrea nulidad del compromiso.

Antes de seguir adelante debe anotarse que cuando los interesados convengan en someterse sus diferencias a la Cámara de Comercio, o a cualquiera otra entidad (Arts. 15 y ss., Ley 28 de 1931), dicha Cámara tiene la facultad de designar los tres arbitradores, quienes se constituirán en Tribunal (inc. 2º, Art. 3º, Ley 2ª de 1938), designación que se hace luego de que los interesados presenten personalmente ante el Presidente de la Cámara y su Secretario un memorial con estas especificaciones: Nombre completo, domicilio y nacionalidad de los interesados; si obran en su propio nombre o en representación de otra persona o entidad; la exposición clara y concisa del asunto; la clase de sentencia que debe dictarse por el Tribunal (Art. 15, Ley 28 de 1931).

Débese transcribir el texto del artículo 5º de la citada Ley 28, que llena un vacío de que adolecía el Código: "Si al ocurrir una diferencia de las que por virtud de cláusula compromisoria haya de someterse al fallo de arbitradores nombrados por las partes, una de ellas se negare a designar el árbitro que le corresponde, la otra parte podrá requerirla de acuerdo con el artículo 325 del Código Judicial en escrito que contenga el nombre de la persona que designa de arbitrador, y si la parte requerida se abstuviese de efectuar el nombramiento dentro de los tres días siguientes, el Juez designará el árbitro correspondiente, quien procederá con el nombrado por la parte que hizo el requerimiento en la forma indicada en el artículo 4º.

"Si en la cláusula compromisoria se hubiere convenido en que los arbitradores sean nombrados por una Cámara de Comercio o por otra entidad nacional o internacional, tal Cámara o entidad deberá proceder a efectuar los nombramientos a petición de cualquiera de las partes."

ART. 1217. — Al ser el arbitramento causado por voluntad de las partes capaces, cesando tal voluntad suya es claro que desaparece aquél por carecer de sustento, que las labores cumplidas y las iniciadas por los arbitradores vienen a ser inoperantes, lo que ocurre por cuanto que el compromiso no es acto irrevocable que ligue a las partes forzosamente al pronunciamiento de la decisión arbitral, pues la cesación aludida equivale a un desistimiento de la acción y la oposición, el que en todo tiempo pueden hacer los interesados (Arts. 461 y ss.).

Abstracción hecha de lo anterior, los efectos del compromiso cesan:

1º Por la no aceptación de todos o de uno cualquiera de los designados arbitradores, porque el arbitraje lo convienen los individuos generalmente en consideración de las personas a quienes designan para llevarlo a término, y es de lógica que la falta de ellas o de una sola haga desprovisto de mérito forzarlas a que sin embargo se lleve a efecto;

2º Por la muerte de uno de los arbitradores antes de la sentencia arbitral, por iguales motivos a los preindicados;

3º Por transcurrir el término que tienen los arbitradores para pronunciar la decisión sin que la dicten (Arts. 1221, inc. final, y 1222), pues no quiere la ley someter a los interesados a demoras contrarias a sus intereses.

Ante una de las ocurrencias previstas en los numerales primero y segundo, las partes tienen facultad de designar por acuerdo suyo la persona que deba sustituir a quien no acepte o falte, sin necesidad de llenar de nuevo las exigencias del artículo 1216, pues basta que a continuación de la escritura o del documento hagan constar el nombre de la respectiva persona, bajo sus firmas y las de testigos, con expresión de la fecha que corresponda al acto.

ART. 1218. — Cuando los arbitradores acepten el cargo, deben reunirse lo más pronto posible y designar a uno de los mismos para que presida el Tribunal y un secretario, aun distinto a ellos. Difiere esto último de la legislación antigua que disponía que el presidente hacía las veces de secretario, cosa inconveniente y nada ajustada a la técnica, por varias razones. Nótese que al presente cualquiera de los árbitros puede ser secretario. De la aceptación del cargo y de la reunión en que se hagan los mentados nombramientos ha de extenderse, a continuación de la escritura o documento ordenados en el artículo 1216, una diligencia en que consten esos actos. Así se inicia el desempeño de las funciones de los arbitradores, quienes no tienen que posesionarse ante entidades del orden político ni del judicial.

En manos del presidente deben consignar los interesados la suma

necesaria para satisfacer los gastos de la actuación, lo que no obsta para consignaciones posteriores ni se agota la primera o las primeramente hechas. Sin ella, que comprende los honorarios de los árbitros, que son señalados por la Cámara de Comercio, no puede darse curso al arbitramento, por mandato del artículo 19 de la Ley 28 de 1931.

ART. 1219. — En caso de que sobre el asunto materia del arbitramento exista litigio pendiente (Art. 1215), una vez reunidos los árbitros y nombrado presidente, éste se dirige por escrito en papel competente y firmado por los interesados, quienes deben presentarlo, al juez de la causa a fin de que le entregue los autos. La entrega se ordenará y hará bajo recibo al presidente, pero siempre que el litigio sea susceptible de transacción ya que si no lo es (Art. 1214) carece de razón y objeto hacer la cuestionada entrega.

Terminadas las funciones del Tribunal es deber del presidente devolver los autos a la oficina de origen, deber que en defecto de aquél deben cumplir los otros dos arbitradores, con copia autorizada por el secretario de la sentencia dictada, supuesto distinto al del artículo 1225, que ordena la protocolización del expediente. El momento propio de la devolución será una vez que el fallo pronunciado haya sido notificado, como lo prevé el artículo 1224, y registrado. En la hipótesis de que no se llene oportunamente el aludido deber, no viola ninguna norma sustancial el que el juez del conocimiento inicial del negocio, solicite la entrega del proceso, a petición de parte legítima.

ART. 1220. — En la misma fecha de aceptación del cargo, según la doctrina del artículo, aun antes de la designación de presidente, y secretario o en la siguiente de la recepción del proceso, en el evento del artículo anterior, el tribunal determina fecha (y hora) para que las partes comparezcan ante él a fin de ser oídas, la que no debe ser posterior a los seis días siguientes al en que se haga el señalamiento. Para representarlas en esa oportunidad, las partes en mención tienen facultad de constituir apoderados (Arts. 251 ss.) o designar sujetos que lleven su voz, mejor dicho, voceros (Arts. 768, inc. 2º, 777, inc. 2º y conc.). La presentación en audiencia, es, en consecuencia, el medio de que se dispone en los asuntos de arbitramento para las partes hacer valer sus derechos, con la aducción de elementos de convicción, de sus argumentaciones y demás, pues antes de ella no hay recepción del negocio a pruebas o algo similar.

ART. 1221. — Llegados el día y hora de la audiencia, se la declara abierta y el Tribunal oye ordenadamente a las partes, examina los declarantes presentados, recibe y se entera de los documentos aportados y de las argumentaciones que hagan oralmente los interesados. En caso de que estime que faltan elementos probatorios dispone de la atribución amplia de ordenar la práctica de determinadas pruebas necesarias para un fallo más acertado, hasta por el término de doce días, contra la cual no tienen los contendientes recurso alguno; análogamente a lo dispuesto en otros casos (Arts. 600 y conc.) y

durante el trascurso de dicho término el Tribunal puede continuar oyendo a las partes, pues el artículo acotado no contiene limitación de audiencias, como el 1209, ni tampoco del tiempo de ellas. De las ocurrencias que se presenten en las mencionadas audiencias ha de levantarse acta que autorizan los arbitradores y el secretario.

La sentencia se dicta dentro de los doce días siguientes al vencimiento del término probatorio o del en que se haga la última audiencia, si no lo hay, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo siguiente, y al efecto ha de colocarse en el expediente una nota indicativa de ese vencimiento o de la fecha de la última audiencia celebrada. Tal sentencia tiene la fuerza de las pronunciadas por los jueces comunes en asuntos contenciosos y normalmente tiene calidad suficiente para estimarla como definitiva y bastante para sustentar la excepción de cosa juzgada (Art. 473), ya que ninguna razón milita en contra de lo dicho y que ése debe ser su efecto propio para que el arbitraje no pierda su significación jurídica y venga a ser inoperante en la existencia de las relaciones de derecho.

ART. 1222. — Porque el expediente sobre que actúen los arbitradores contenga más de doscientas hojas se les aumenta el término indicado en la parte final del artículo que precede en un día por cada cincuenta hojas de exceso, pero hasta el límite máximo de veinte días, del que no puede pasarse sin incurrir los mentados arbitradores en responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones (Art. 377.) Es innegable esa responsabilidad en consideración del numeral 3º del artículo 1217 y del artículo 1226. Por lo demás, ese aumento del término para sentenciar es análogo al del artículo 376.

ART. 1223. — La sentencia proferida por los arbitradores se extiende en seguida de lo actuado antes en el proceso sometido a su decisión y debe acomodarse, en lo posible, a las que dictan los jueces en los juicios ordinarios (Arts. 734 ss.) y como ellas (Arts. 468, 469 ss.) puede aclararse, corregirse o enmendarse (Arts. 482 y 483), y es firmada por los árbitros y el secretario del tribunal arbitral. El recurso de corrección o aclaración es el único que procede contra tal sentencia, pues contra ella son improcedentes los de apelación y casación, y aun el de revisión por la vía ordinaria, en atención, a que esos recursos proceden es contra los fallos de las autoridades judiciales propiamente dichas y a que la ley no los autoriza en forma expresa contra los de los tribunales arbitrales, para no menoscabar la integridad del arbitramento.

Bien fundada es la jurisprudencia de la Corte cuando dice: "Las sentencias de los tribunales de arbitramento no pueden ser objeto de ulterior revisión por parte de otra autoridad. Por su naturaleza, el fallo arbitral es definitivo. Si las sentencias de los Tribunales de arbitramento que declaran obligaciones, como la de pagar una suma de dinero, estuviesen sometidas a una revisión por otro juez o tribunal, tales fallos apenas tendrían el valor de un

dictamen pericial, avalúo o concepto que habría de servirle al sentenciador de última instancia como ilustración o prueba para su fallo. Pero no es esto lo que la ley ha querido establecer al autorizar la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Sus sentencias han de ser apelables para que se alcance el objetivo buscado por el legislador al definir por una sola vez y para siempre las cuestiones litigiosas que las partes estimen por conveniente sustraer a las naturales dilaciones de los procedimientos judiciales ordinarios, y hay además, una razón, también legal, para considerar que las sentencias de arbitramento no pueden ser materia de revisión o apelación, y es la que se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 1224 y 1225 del Código Judicial, conforme a las cuales, notificada una sentencia arbitral y registrada, lo único que sigue es la protocolización que el presidente y el secretario harán en una notaría del expediente formado por el tribunal" (G. J. Nº 1917, pág. 380). Por último la inapelabilidad la establece el artículo 7º de la Ley 2ª de 1938.

Para terminar el estudio del artículo, anotaremos que la ejecución de sentencia arbitral, si no se allanan a ellas las partes, se lleva a cabo por las autoridades judiciales, aplicando las normas comunes (Arts. 549 ss.), por mandato del artículo precitado.

ART. 1224. — La sentencia se notifica personalmente a los interesados, siempre que se presenten a recibir la notificación que debe hacérseles dentro de los seis días siguientes a su pronunciamiento, puesto que si omiten hacerlo la notificación se surte por aviso firmado por el presidente y el secretario del tribunal, que se publica en un periódico del lugar en donde actúe, y en su defecto en el oficial del departamento, intendencia o comisaría respectivo y en último caso en el Diario Oficial. Esa forma de notificar, diferente a la de los casos comunes (Art. 307), es debida a la naturaleza misma del arbitramento y que así se cumple sin mayores dilaciones, por no requerir las formalidades propias de la notificación en los juicios tramitados por las autoridades judiciales propiamente dichas.

Después de esa notificación es cuando debe hacerse por el Tribunal la entrega de los autos a la oficina de origen, contemplada en la parte final del artículo 1219, y aquélla inviste a la sentencia dictada del sello de la ejecutoria (Art. 7º, Ley 2ª de 1938).

ART. 1225. — Notificada la sentencia de la manera indicada en el artículo anterior y registrada (Art. 2652 C. C.) el Presidente del Tribunal y el secretario proceden a la protocolización en una notaría del expediente formado por la controversia que la motiva. La disposición, en buena lógica, se refiere a aquellos asuntos en que la actividad de los árbitros se inicia con el proceso mismo y no a aquellos en que haya empezado a actuar la jurisdicción ordinaria, pues con relación a ellos no puede desatenderse lo dispuesto en el inciso final del artículo 1219. Así desaparece todo asomo de contradicción entre las dos disposiciones y se aplica un recto criterio de

interpretación de la ley, en el sentido de armonizar los textos al parecer incongruentes.

ART. 1226. — Aceptado por todos los arbitradores el cargo están en la obligación de desempeñarlo en el término y forma previstos en la ley y de lo contrario son responsables a las partes de los perjuicios que por su incumplimiento les cause. Por la aceptación que hagan quedan ligados fatalmente al cumplimiento de sus obligaciones, del que no pueden sustraerse por medio de renuncia —al igual que los conjueces (Art. 67)— sino solamente por relevo que hagan las partes al desistir del compromiso (Art. 1217, inc. 1º). Bien se sabe que el compromiso cesa en sus efectos porque el tribunal arbitral no llene sus funciones dentro del lapso fijado para ello (Art. 1217, núm. 3º), acaecimiento que puede acarrear perjuicios a los interesados en el arbitraje, de los que vienen a ser responsables civilmente (Arts. 2341 ss. C. C.) los arbitradores, siguiendo también las normas generales.

ART. 1227. — Los arbitradores actúan como verdaderos jueces, pero, no obstante, contra ellos no procede la llamada recusación por obra de las partes y que sí procede contra los funcionarios judiciales propiamente dichos (Arts. 440 ss.). Razón de esa improcedencia es que el arbitramento descarta incidentes como el de recusación, para evitar demoras y que en la escogencia de los árbitros opera la voluntad de los interesados, la que debe descartar las recusaciones, precisamente porque ellos encuentran en los arbitradores calidades que los hacen insospechables.

A pesar de lo anotado, el interesado puede promover la acción penal a que haya lugar porque en el pronunciamiento del fallo haya habido cohecho (Art. 160 ss. C. Penal), dice el artículo, lo que no descarta que la promueva también por concusión (Art. 156 ss. ib.) o prevaricato (Arts. 168 ss. ib.) cuando los haya. Sin embargo de que la disposición no lo exprese, es claro que dentro de la acción penal el perjudicado tiene facultad de reclamar las indemnizaciones procedentes por el delito (Art. 112 ss. C. de Procedimiento Penal).

En ello se ve una confirmación de que la responsabilidad de quienes desempeñan funciones judiciales, aun en la calidad de árbitros, surge porque delincan al ejecutarlas.

DISPOSICIONES FINALES

ART. 1228. — Preceptúa el artículo: "que las disposiciones del Código se aplican a los juicios pendientes al momento en que empiece a regir (desde el primero de enero de 1933); pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió la tercería o el incidente". El es equivalente en su fondo al artículo 40 de la

Ley 153 de 1887, en acatamiento del principio universal de derecho según el cual la ley no tiene efecto retroactivo, que mira al respeto que se consagra a las situaciones jurídicas concretas (derechos adquiridos), lo que tuvo en consideración la comisión revisora, y de allí que no obstante sentar que las nuevas disposiciones se aplican de preferencia a las anteriores, establezca que sobre términos y recursos pendientes etc., se aplica la ley anterior.

Cuando empieza a correr un término y demás, se define en los procesos una situación jurídica concreta, en esencia distinto a la de una mera expectativa, por lo que se sigue aplicando sobre él la legislación anterior ya que no puede desconocerse tal situación sin mengua de los principios cardinales del derecho. Así cuando antes de la vigencia de una ley una persona ha instaurado en forma debida un recurso que la nueva no establezca, sin embargo ha de ser tramitado y decidido a pesar de la última, por implicar ello una posición de los sujetos particulares merecedora de respeto y garantía ante las normas de justicia y equidad, y no solamente ante ellas sino también ante los principios constitucionales.

Es racional considerar la nueva norma expedida por el legislador como mejor que la antigua, más ajustada a las exigencias sociales, principio que lleva a concluir que su aplicación debe ser inmediata a la vigencia suya, siempre que no menoscabe los llamados derechos adquiridos aludidos en lo precedente. Por tanto, dados casos de juicios pendientes, con las salvedades previstas, han de continuar adelantándose con arreglo a la ley nueva, la que lleva en sí el interés social o público que no permite postergar la aplicación de ella (v. Art. 722 C. de P. P.).

ART. 1229. — El Código Judicial anterior en sus artículos 407 a 415 inclusive reglamentó la acción accesoria de suspensión, consistente en conceder al demandante facultad de pedir al juez de la causa que suspenda toda operación que pueda ejecutar el demandado en perjuicio de los derechos de aquél mientras esté pendiente el correspondiente proceso, la que perdió su vigencia general, pues el artículo únicamente la conservó para los efectos del artículo 28 de la Ley 37 de 1931, el que fué sustituído por la Ley 160 de 1936.

ÍNDICE

PÁG.

Presentación 9

PRIMERA PARTE

ORGANIZACION JUDICIAL

DISPOSICION, PRELIMINARES

ART.

1º—A quién corresponde la administración de justicia, entidades comunes del Órgano Judicial, entidades y personas que en ciertos casos ejercen funciones judiciales 11
2º—Prohibición de acumulación de cargos judiciales, incompatibilidades de éstos, etc. 12
3º—Voluntariedad de aceptación de cargos judiciales, confirmación, comunicación, forma, confirmación a los suplentes 12
4º—Medios probatorios del nombrado acreditar que reúne las condiciones legales exigidas, demostración de versación en la ciencia del derecho 12
5º—Causas que hacen desprovisto de efecto el nombramiento para un empleo judicial 13
6º—Cuándo se adquiere la calidad de Magistrado o de Juez, cuándo desaparece 13
7º—Presunción de posesión de los funcionarios, consecuencias 13
8º—Renuncia de los cargos judiciales 13
9º—Licencias, formas de concederlas, renunciabilidad 14
10.—Duración de las licencias 14
11.—Permanencia de la administración de justicia, separación de los poderes 14
12.—Deberes de la entidad a quien corresponde nombrar, iniciación del período 14
13.—Causas de pérdida de los empleos judiciales, enumeración, anotaciones 14
14.—Incompatibilidad de los cargos judiciales, explicación 15
15.—Clases de vacancias, relación, intermitencia de la administración de justicia 15
16.—Despersonalización de la administración de justicia, continuidad del despacho, explicación 15
17, 18.—Prohibiciones a los funcionarios judiciales 16

SENADO

19, 20.—Funciones judiciales del Senado, anotaciones 16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Personal

21, 22.—Puesto que ocupa la Corte, Magistrados que la integran, división, condiciones requeridas para serlo, atribuciones con relación a la Constitución Nacional 16
23, 24, 25.—Presidente, Vicepresidente, funciones, duración, residencia de la Corte, variación de ella, condiciones 17
26, 27, 28.—Suplentes de los Magistrados, funciones, actuación, extensión de la jurisdicción de la Corte 18

Atribuciones

Sala Plena

ART. PÁG.

29, 30, 31.—Relación de las funciones de la Sala, etc., discusión 18

Sala de casación en lo civil

32.—Atribuciones de esta Sala, relación, naturaleza sustantiva de la división de la Corte 18

Sala de cásación en lo criminal

33,34,35.—Relación de los negocios de que conoce esta Sala, anotaciones 19

Sala de negocios generales

36.—Enumeración de los asuntos atribuídos a esta Sala en primera instancia, observaciones 19
37.—Negocios de que conoce en segunda instancia 20
38, 39.—Jurisdicción para definir competencias, etc. 20

Sala civil de única instancia

Disposición especial

40.—Atribuciones, etc., imposición de sanciones, excusas de los Conjueces 20

Sala de gobierno

41, 42.—Integración, formación de reglamento, objeto, rendición de informes, audiencia de quejas, etc., anotaciones, reuniones 21

Repartimiento y sustanciación de los negocios y modo de dirimir las discordias

43, 44.—Objeto del repartimiento y modo de hacerlo, firmas, turno .. 21
45, 46.—Consecuencia del repartimiento, obligaciones del ponente .. 21
47, 48.—Atribuciones del Magistrado sustanciador 22
49.—Quién debe hacer la redacción de los proyectos para decidir sobre actos acusados de inexequibilidad 22
50, 51, 52.—Deber de firmar las resoluciones, término, mayoría relativa para la motivación, mayoría absoluta para la parte resolutiva de las providencias, sorteo de Conjuez, a qué se limita su intervención, salvamento de voto, observaciones 22

Presidente de la Corte

53, 54.—Enumeración de las funciones suyas y del Vicepresidente, etc. 23

Presidente de Sala

55, 56.—Deberes y atribuciones, enunciación 23
Ley 67 de 1943 24

Conjueces

57, 58.—Objeto de la institución, nombramiento, calidades de los Conjueces, diferencias, número, observaciones 24
59.—Actuación del Conjuez, cuándo se presenta, alcance 25
60.—Obligaciones del Conjuez, con qué actos no es incompatible el cargo 25
61, 62.—Juramento del Conjuez, modo de designarlo 25
63.—Falta de los Conjueces, manera de suplirla 26
64.—Impedimento y recusación del Conjuez, causa 26
65.—Honorarios de los Conjueces 26
66.—Caso delimitación de funciones del Conjuez, quién sustancia 26
67.—Separación del Conjuez, interpretación del artículo 26

TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL

Personal

ART. PÁG.

68 a 75.—División de la República para la administración de justicia, Tribunales Superiores, lo que representan, integración, forma, condiciones para ser Magistrado, número de ellos, división en Salas, Sala de Acuerdo, formación de Sala de Decisión, Sala Dual, período de los Magistrados, residencia, formalidades, suplentes, personal subalterno .. 27

Atribuciones

76.—Asuntos de que conocen en primera instancia los tribunales, relación de ellos y demás .. 28
77.—Condición de la sentencia dictada en negocio en que sea parte el Estado, explicación .. 28
78.—Negocios de qué conocen los Tribunales en segunda instancia .. 29
79.—Atribuciones de los Tribunales en Sala de Acuerdo, enumeración .. 29
80, 81.—Organización de los Tribunales en dos Salas, atribución de cada una para nombramientos, etc. .. 29
82.—Otras atribuciones de los Tribunales, enumeración, etc. .. 29

Modo de ejercer los tribunales sus atribuciones

83.—Modo de hacer el repartimiento .. 30
84.—Actuación en los negocios que deben fallarse en Sala de Decisión, explicaciones .. 30
85.—Cómo se forma la mayoría para las decisiones .. 30
86.—Quién preside las audiencias, anotación .. 30
87.—Cómo se dictan las decisiones sujetas a apelación y a casación .. 30
88.—Nombramientos de dignatarios y sus funciones .. 31

Conjueces

89, 90.—Calidades de ellos, nombramiento, número, normas aplicables sobre ellos .. 31
Ley 67 de 1943 .. 31

JUZGADOS SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL

Personal

91 a 99.—Nombramiento, iniciación del período, duración, calidades de sus atribuciones, categoría que ocupan, suplentes, condiciones de su actuación, cambio de residencia, etc. .. 31

Atribuciones

100, 101, 102.—Enumeración de los delitos de que conocen los Jueces Superiores .. 32
103.—Otras funciones de ellos .. 33

JUZGADOS DE CIRCUITO

Personal

104 a 108.—División de la República en Circuitos Judiciales, residencia de los Jueces de Circuito, nombramiento, suplentes, duración e inicia-

ART. PÁG.
ción del período, repartimiento, reemplazo en las faltas, intervención de los suplentes, designación de Juez ad-hoc, calidades exigidas .. 33

Atribuciones

109.—Asuntos civiles de que conocen los Jueces de Circuito, enumeración, anotaciones, atracción de fuero, etc. 34
110.—Funciones de los Jueces de Circuito en materia penal 34
111.—Negocios de que conocen en segunda instancia los Jueces de Circuito 34
112.—Otras atribuciones de esos Jueces, relación de ellas. *Anotación final,* competencia en relación con negocios en que se ejercita la jurisdicción coactiva 34

JUZGADOS MUNICIPALES

Personal

113 a 118.—Juzgados Municipales, designación, número, división de funciones, atribuciones de los Concejos, alcance de ellas, ejemplo, condiciones para ser Juez Municipal, duración del período, críticas al sistema imperante, etc. 35

Atribuciones

119.—Relación de las atribuciones de los Jueces Municipales en materia civil, penal, general 36
120.—Excepciones a lo dispuesto en el artículo anterior 37

SECRETARIOS Y SUBALTERNOS

121.—Funcionarios judiciales subordinados a los Magistrados y Jueces, Secretarios, actividades que les corresponden, calidad de ellas .. 37
122.—Oficiales mayores, cuando reemplazan a los secretarios 38
123.—Intervención de Secretario ad-hoc 38
124.—Dependencia de los Oficiales mayores, escribientes y porteros .. 38
125.—Deberes de los porteros, explicación 38
126.—Atribuciones para la concesión de licencias, duración 38
127.—Impedimentos de los Secretarios y subalternos por razón de parentesco 38
128.—Carácter de auxiliares en los Secretarios, subordinación suya 38
129.—Calidades para ser Secretario 38
130.—Reserva obligatoria de los Secretarios y subalternos 39
131.—Deberes del Relator de la Corte, enumeración 39
132.—Obligación de conservar los archivos, a quien corresponde 39

JUECES COMISIONADOS

133.—Qué es la comisión, justificación, presupuesto suyo, a quienes se comisiona, materia propia de la comisión, a quien corresponde la calificación del desempeño de la comisión, límite de las atribuciones del comisionado, casos en que no puede comisionarse 39
134.—Calidad que se exige en el comisionado, cómo debe obrar cuando no tenga jurisdicción, significación del envío de la comisión por el comisionado al funcionario competente para ella 40
135.—Carácter de la comisión, atribuciones del comisionado, alcance exacto del artículo, forma de actuar el comisionado, consulta de dudas .. 41
136.—Responsabilidad de los comisionados, obligaciones 41
137, 138 y 139.—Impedimento del comisionado, manifestación de él,

envío de la comisión a quien no esté impedido, recusación, aspecto especial, impedimento y recusación del Secretario, forma de reemplazarlo 41
140.—Término para cumplir la comisión, sanciones por el incumplimiento, forma de imponerlas 42
141.—Formalidades para el cumplimiento de diligencias en el extranjero 42

LA COMPETENCIA

142.—Atribución del Estado en la decisión de controversias sobre derechos, sobre quienes recae, justificación, a qué derecho pertenece, por medio de qué entidad se ejerce, a qué se subordina, definición de la jurisdicción, objeto, clases de jurisdicción y explicación, ordinaria, especial, contenciosa, voluntaria, delegada, prorrogada, acumulativa, coactiva, militar, territorial, elementos de la jurisdicción, jurisdicción contencioso-administrativa, por quiénes se ejerce, fuentes, contenido, diferencia con la ordinaria, objeto de aquella 43
143.—Definición de la competencia, diferencia con la jurisdicción, qué es la primera, distintas clases, privativa, prorrogable, improrrogable, anotaciones 44
144.—División de la organización judicial, enumeración, explicaciones .. 45
145.—Suspensión transitoria de la jurisdicción, observación, causales, licencia, apertura de causa criminal, pena de suspensión, etc. 46
146.—Pérdida particular de la jurisdicción, causales, impedimento, recusación, devolución del negocio, finalización de la actuación, acumulación, consideraciones 46
147.—Suspensión especial de la jurisdicción, concesión de apelación, en efecto evolutivo no suspende la jurisdicción del inferior para requerir el pago de portes y admitir el desistimiento, explicación y argumentos, excepción expresa a la suspensión, manifestaciones de impedimento y proposición de recusación, suspensión del proceso, competencias, consideraciones 46
148.—Subordinación de los inferiores a los superiores, usurpación, interpretación racional del artículo, usurpación del comisionado, de quien revive procesos terminados, por la pretermisión de una instancia 47
149.—Necesidad de la jurisdicción preventiva, cómo opera, consecuencias de la aplicación de esa jurisdicción 48
150.—Fijación de la competencia por la naturaleza de la acción, cómo se determina ésta, por la calidad de las partes activas o pasivas, por el lugar en donde debe tramitarse el negocio 48
151.—Jurisdicción improrrogable por la calidad de las partes y de la acción, ejemplo, casos de excepción en relación con las llamadas prestaciones sociales, jurisprudencia 49
152.—Reglas que fijan la competencia por el lugar en donde han de tramitarse los litigios, en los de jurisdicción voluntaria, en los contenciosos, domicilio del demandado, etc., determinación de domicilio, en las citaciones y requerimientos, en los sucesorios y contra las sucesiones, en los negocios de división de bienes comunes, en las acciones reales sobre bienes muebles, en la acción hipotecaria, en las cesiones de bienes, concurso de acreedores y quiebras, en las capellanías laicas, en relación con bienes vacantes o mostrencos, en relación con reivindicaciones de inmuebles y servidumbres, en los casos de rendición de cuentas, en los negocios de acciones personales contra varios demandados, comentarios generales 49
153.—Prórroga de competencia, negocios en que no puede hacerse, origen y razón de aquella, negocios en que es viable, formas de hacerla, quiénes pueden verificarla 52
154.—Competencia por razón de la cuantía, concepto de esta, estabilidad de ella, elemento esencial para determinarla 53
155.—Competencia en los procesos contra el Estado, en los de estos contra las personas privadas, consideraciones 53

ART. PÁG.
156.—Competencia en negocios de particulares contra los Departamentos, caso inverso, etc. 53
157, 158.—Competencia en cuestiones penales 54

MINISTERIO PÚBLICO

Personal

159.—Necesidad de la institución, origen, finalidad, personas que ejercen el Ministerio Público, dependencia, funciones que desempeñan, posición ocupada por esas personas, cómo se les llama a intervenir y demás 54
160.—Intervención del Procurador General ante la Corte 55
161.—Actuación de los Fiscales de los Tribunales 55
162.—Nombramiento, posesión, etc. de los Agentes de Ministerio Fiscal 55
163, 164.—Fiscales de Juzgados Superiores y de Circuito, nota 55
165.—Exención a los Personeros Municipales 55
166, 167.—Norma en el obrar de los Agentes del Ministerio Público, negocios en que no pueden actuar, recusación 56
168.—Modo de suplir al Agente que falte 56
169.—Asimilación de los Agentes del Ministerio Público a los apoderados comunes, sanciones que no perjudican a las personas que representen 56
170.—Actos que por sí no pueden ejecutar los Agentes del Ministerio Público, autorización especial requerida, desistimiento de recursos, alcance del artículo, etc. 56
171.—A qué se subordina la iniciación de acciones civiles por los mentados Agentes y demás 57
172.—Atribución de los Agentes dicho en relación con los incapaces, proposición de acciones sobre paternidad 57
173.—Confección de poderes a quienes contraten la representación de las personas públicas, etc. 57

Atribuciones

Cámara de representantes

174.—Relación de sus funciones, etc. 57

Procurador general de la Nación

175.—Funciones, etc. 57

Fiscales de los tribunales superiores

176.—Explicación 58

Fiscales de los juzgados superiores

177.—Observaciones 58

Fiscales de circuito

178.—Anotaciones 58

Personeros municipales

179.—Funciones 58

DISPOSICIONES GENERALES

180.—Constancia de la Administración de Justicia, concurrencia diaria al Despacho, fijación de horario 58
181.—Días de vacancia, suspensión de la actuación, presentación de demanda ante la Alcaldía, etc. 59
182.—Despachos y exhortos 59
183.—Reserva impuesta a los Funcionarios Judiciales 59
184.—Pedimento y suministro de informes por los funcionarios 59
185.—Visitas a las Oficinas Públicas 60

ART. PÁG.
186.—Fijación de relación de negocios, observaciones 60
187.—Investigación de demoras 60
188.—Medios coactivos de que disponen las autoridades judiciales 60
189.—Informes a los Agentes del Ministerio Público 61
190.—Uso del telégrafo para el cumplimiento de mandatos judiciales .. 61
191.—Forma de entrega de la comunicación telegráfica 61
192.—Remisión de exhortos y despachos por telégrafo 61
193.—Órdenes de libertad 61
Competencia en las acciones sobre prestaciones sociales contra las personas públicas, aspectos del problema, etc. 61

SEGUNDA PARTE

EVOLUCION DEL DERECHO PROCESAL. — NATURALEZA DEL CODIGO JUDICIAL Y SU OBJETO

DEFINICIONES Y DISPOSICIONES PRELIMINARES

194.—Necesidad del Código Judicial, su finalidad y contenido, su base, forma del procedimiento —escrita, oral— concepto de juicio 71
195.—Juicios Especiales, ordinarios, su división, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, cómo se distinguen 72
196.—División de los juicios por su cuantía, concepto de ésta, cómo se determina, lo accesorio del derecho ejercitado influye en la cuantía y porqué, en qué momento se determina la cuantía, las costas no pesan en ella, la cuantía de un juicio no determina la del posterior que busque su revisión, qué se considera para calificar las acciones, mínima cuantía y casos de excepción 73
197.—Denominación general de las actuaciones judiciales 76
198.—Dos instancias, su base, impropiedad del artículo, cuándo empieza la primera, qué es instancia, segunda instancia, única instancia, cuándo es indispensable la segunda, cuándo no 76
199.—Qué son los traslados, cuál su finalidad, consecuencias de su falta, mérito de las atestaciones de los Secretarios sobre ellos, qué elementos integran el traslado, su significación antigua 77
200.—Su base, copias de la demanda, en qué papel se hace, qué efectos surten, pueden continuarse los procesos sin contestación de aquella 78
201.—Deber de compulsar las copias, qué fines cumple 78
202.—Calidad jurídica de parte, activa y pasiva, integración de parte por varias personas, situación jurídica de cada una de éstas, interés jurídico 78
203.—La analogía, qué es, qué requiere, su base, sus fines, prevista en el art. 8, ley 153 de 1887 79
204.—Procedimientos generales y especiales, su primacía, inconvenientes, leyes especiales sobre asuntos de procedimiento, explicación del artículo 79

Acciones civiles

Origen etimológico, origen histórico, definición, diversas concepciones de la acción, derecho público, mera norma de procedimiento, derecho autónomo, medio de hacer efectivos los derechos, unidad de la acción, relación de la acción y el derecho a que se refiere, diferencia de acción y demanda, elementos integrantes de la acción, identificación, presupuestos de ella, contra quién se dirige, división de la acción 80

DEMANDA Y RESPUESTA

ART. PÁG.

205.—Qué es demanda, certeza de lo demandado, calidades de la demanda, indicación demandado, no puede crearlo el Juez, ejemplo, interpretación demanda, limitación para interpretarla, ejemplo, domicilio del demandado, otras indicaciones de la demanda, su naturaleza 84

206.—Cuantía de la demanda, determinación de ella, objeción, manera de resolverla, la decisión liga a todos los colitigantes cuando varios forman una parte, la objeción no suspende el curso del negocio, en qué negocios es viable 87

207.—Presentación de las pruebas con la demanda, su estimación 88

208.—Corrección de la demanda, qué la basa, qué comprende, límites de ella, a qué se refiere, indicación de nuevo demandado, unidad de la demanda y la corrección, tiempo para hacer la última 88

209.—Acumulación de acciones, sus bases y diferencias, primera condición, atracción de fuero, cuantía en la acumulación; segunda condición, tercera, forma de acumular acciones distintas o contrarias, ejemplo, la acumulación unilateral, oportunidad de hacerla, clases de acumulación 89

210.—Qué se reconoce en las sentencias, carga probatoria, condena bilateral, sanción al demandante excesivo, a qué puede referirse el exceso, si se pide menos no puede condenarse a más 91

211.—Distinción de acciones y cosa juzgada 92

212.—Reclamación de propiedad materia de delito, su base, antecedentes 92

213.—Personería demandado en enajenación de la cosa materia del juicio 93

214 y 215.—Acción contra el falso poseedor, deber del indicado como poseedor de manifestar no serlo, consecuencias, articulación, cuándo se tramita y cuándo no 93

216.—Nueva acción sin embargo de absolución anterior 94

217.—Identificación de los bienes muebles perseguidos, su importancia .. 94

218.—Demanda de bienes que contengan otros 95

219.—Las acciones sobre herencias e identificación de su objeto material, acciones en favor de las últimas 95

220.—Negocios de rendición de cuentas y su cuantía 95

221.—Determinación posterior a la demanda de bienes muebles que consten de peso, número, medida, su condición, cuál es su oportunidad 96

222.—Identificación de inmuebles, su mayor necesidad, especificación de mejoras 96

223.—Presentación de las demandas 97

224.—Copias de las demandas 97

225.—Contestación de la demanda, código anterior 97

226.—Presentación de documentos con la contestación de la demanda .. 97

Litis contestatio

Su naturaleza.—Un contrato, un cuasicontrato, cuándo nace, la notificación de la demanda, en la contestación, antes de aquélla, efectos que produce la litis contestatio, permanencia, modificación 98

Demandante y demandado

227.—Importancia de esas calidades 100

228.—Variación de las calidades de los litigantes 100

229.—Inmunidad, congresistas, agentes diplomáticos 101

230.—Capacidad procesal 101

231.—Representación judicial, su prueba 102

232.—Prueba de la representación del demandado, falso representante, en negocios ejecutivos, hipotecarios y prendarios, cuándo se acredita la personería 102

ART. PÁG.
233.—Intervención adhesiva, condiciones, diferencias 102
234.—In-dubio pro reo, en cuestiones sociales 103
Calidad de demandante y demandado en negocios de minas 104

Litis consorcio

Naturaleza, activa, pasiva, mixta, efectos, independencia del litis consorte, aparición de la litis consorcio, sus finalidades, división, simple, necesario e impropio, finalización 104

Denuncia de pleito

235.—Naturaleza, consecuencias, oportunidad 106
236.—Denuncia sucesiva 106
237.—Determinación del denunciado 106
238.—Pruebas de la denuncia, efectos, situación del denunciado, calidad del auto que admite o deniega una denuncia 107
239.—Forma de llamamiento del denunciado 107

REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Incapaces

240.—Incapacidad procesal 108
241.—Menor adulto, designación de curador, los impúberes 108
242 y 243.—Curador del menor por ausencia del representante legal, remoción de aquél, cesación del curador ad-litem 109
244.—Patria potestad de la madre 109
245.—Autorización al menor para actuar por sí mismo, duración 110
246.—Impedimentos de los padres para representar al hijo, cuando existe, interés opuesto, tesis contrarias sobre él 110
247.—Curador del habilitado de edad, forma de designarlo 112
248 y 249.—Comparecencia de la mujer casada en juicio 112
250.—Representación judicial de las personas jurídicas 112

Apoderados

251.—Apoderado judicial, objeto, facultad de comparecer por sí mismo en juicio, condición del apoderado, en casos de filiación natural, el Procurador, facultades apoderado 113
252.—Apoderados de las personas públicas 114
253.—Constitución de apoderado por el Curador ad-litem 115
254.—Quiénes no pueden ser apoderados 115
255.—Condiciones de los poderes 116
256.—Forma de los poderes especiales 116
257.—Modo de presentación de poderes 117
258.—Calidad de la admisión de un poder, por quien se hace 117
259.—Aceptación de los poderes, reconocimiento de personería, nulidad por actuación de quién no puede ser apoderado 117
260.—Voceros, constitución, alcance, representación suya, diferencia con los apoderados 118
261.—Sustitución del poder por el apoderado 119
262.—Sustitución que implica revocación, facultad de reasumir el poder .. 119
263.—El poder comprende la ejecución de la sentencia 119
264.—Terminación del poder por muerte o cesación de funciones del mandante 119
265.—La renuncia por sí no termina inmediatamente el poder, cuando termina por ella 120
266.—Revocación del poder, expresa y tácita 120
267.—Gestión del litigante con apoderado 121

ART. PÁG.
268.—Apenas se permite un solo apoderado, intervención del principal y del sustituto, actuación de éste .. 121
269.—Agencia oficiosa en interposición de recursos y contestación de demandas .. 122
270.—Proposición de demanda por agente oficioso, cuando empieza a correr el término para la ratificación de lo actuado .. 122
271.—Otorgamiento de poderes en el extranjero .. 123
272.—Personas jurídicas de origen extranjero y sus apoderados .. 123

ACCIONES ACCESORIAS

Finalidad y fundamentos, embargo y secuestro preventivos, naturaleza .. 124
273.—Embargo y secuestro a petición del reivindicante de muebles, condiciones, características, efectos, definición, caso debatido .. 124
274.—Embargo y secuestro de muebles o embargo de inmuebles para el cumplimiento de obligaciones personales, requisitos, forma de cumplirse el embargo, contra quiénes produce efectos, qué implica el secuestro, son improcedentes el embargo y secuestro preventivos contra las personas de derecho público .. 125
275.—Secuestro de inmuebles en reivindicación, condiciones, tramitación, competencia para disponerlo .. 127
276.—Práctica del secuestro, apelación, se puede practicar sin previa notificación y antes de ser firme el respectivo auto .. 128
277.—Embargo de créditos, cuándo produce efectos .. 129
278.—Práctica del secuestro y los terceros, deber de los funcionarios, oposición del presunto demandado, excepción a los principios generales 129
279.—Tenedor a nombre del demandado y que alega derecho para retener, forma de secuestrar en tal supuesto, real y simbólica .. 131
280.—No cabe practicar más de un secuestro sobre una misma cosa, excepción .. 131
281.—Secuestro de derechos en comunidad, práctica, administrador de ellos .. 132
282.—Embargo de derechos litigiosos, efectos .. 132
283.—Reducción del embargo y secuestro, su base, demostración del exceso 133
284.—Estimación de la cuantía para las medidas preventivas, objeción de ella .. 133
285.—Designación de secuestre, interino, inconvenientes .. 134
286.—Necesidad del acta de la diligencia de secuestro, su falta, el lugar donde debe hacerse, copias, significación del acta .. 134
287.—Secuestro de empresas, forma, modalidades, obligaciones y facultades del secuestre, límite de éstos .. 134
288.—Intervención del dueño de la empresa secuestrada en ella, autorización por el Juez, finalización .. 135
289.—Remoción del secuestre, por voluntad de las partes, situación de aquél, remoción por súplica de una de ellas y tramitación, otorgamiento de caución, cuándo se exige, oportunidades de solicitar remoción .. 136
290.—Falta de secuestre, medidas que debe tomar el Juez .. 136
291.—Efectos de las medidas preventivas en el juicio principal, modo cómo se operan .. 137
292.—Competencia para decretar medidas preventivas, deber del peticionario para ocurrir luego al Juez competente, resultado del incumplimiento, cómo se produce .. 137
293.—Finalización del embargo y el secuestro —por petición de quien los promueve— por caución del demandado, por no presentación de demanda en el término, desde cuándo corre, por desistimiento y caducidad, por petición de terceros, por finalización de los procesos, por la absolución del demandado .. 138
294.—Condenación en costas en los levantamientos, liberación de la condena, forma de aplicar el artículo, jurisprudencia .. 139

ART. PÁG.

295.—Bienes embargables, su razón, calidad de la inembargabilidad, enumeración de los bienes inembargables, privilegio de las cooperativas, quién es peón, jurisprudencia, embargo de rentas: líquidas o brutas de algunas entidades de derecho público 140
296.—Obligación del secuestre de rendir cuentas, importancia, partidas importantes, procedimiento sobre ellas 141
Depósito de dinero en caución 142

Exhibición:

297.—Modalidades y objeto de la acción, finalidades, carácter, objeto .. 143
298.—Brevedad de la exhibición 144
299.—Tramitación de ella 144
300.—Condiciones de su demanda, carga probatoria 144
301.—Modo de practicarse la exhibición, facultades 144
302.—Autorización de inspecciones en exhibición 145
303.—Presunción de confesión por omisión de la exhibición, cuándo no existe, condena al remiso 145
304.—Quién sufraga las costas 146
305.—Defensa del demandado en exhibición, cómo fracasa ésta, no puede ordenarse la general de los libros de comercio, amplitud en la indicación del objeto 146
306.—Exhibición de terceros, correspondencia privada 146

Notificaciones

307.—Notificación, qué son, su forma, importancia procesal 147
308.—Notificación personal, su forma y oportunidad, acta que se firma y sus elementos, firmas 147
309.—Notificación de sentencias por edicto, sus condiciones, fijación y desfijación, días en asuntos judiciales 148
310.—Notificación de los autos, estados, cuándo se inserta la notificación en ellos, contenido de los estados, excepción 148
311.—Exigencia de notificación personal, momento en que puede hacerse, cuándo no, sus resultados 149
312.—Notificaciones personales, su base, cuáles son 149
313.—Indicación de lugar para recepción de notificaciones 150
314.—Notificación en el lugar de residencia del demandado y por funcionario comisionado 150
315.—Llamamiento del residente fuera del lugar del juicio, autenticación de sus escritos, consecuencias de la contumacia, señalamiento del término de comparecencia 151
316.—Notificación por medio de Cónsules, requisitos previos 151
317.—Desconocimiento del demandado o de su residencia, manera de emplazarlo, ocultación del conocido, designación de curador ad-litem y determinación de sus gastos, restricción en cuanto a las personas inciertas, publicación de los edictos 152
318.—Presentación del poder del apoderado del demandado, no ejercicio del poder, designación de curador, caso de nulidad 153
319.—Aplicación general de lo visto antes cuando hayan de hacerse notificaciones personales 153
320.—Conocimiento preventivo de los negocios por la notificación del primer auto, ejemplos, ineficacia de lo obrado por otro Juez luego de aquél 154
321.—Manifestación de que un sujeto se da por notificado, forma escrita y requisitos, efectos 154
322.—Notificación en procesos paralizados por más de seis meses 154
323.—Forma de notificar a las mujeres casadas 155
324.—Naturaleza de la notificación, facultades que en el acto tiene el notificado, para qué está impedido 155
325.—Acto de requerimiento y análogos, el modo, atribuciones del requerido 155
326.—Notificación y traslados únicos al apoderado de varias personas, caso de exigencia de notificación por parte de ellas 156

ART. PÁG.

327.—Necesidad de la notificación de las providencias judiciales para que produzcan sus efectos .. 156

EXCEPCIONES

328.—Medios de defensa del demandado, su objeto, su clasificación, perentorias y dilatorias, distinción, presupuesto de la excepción, base de determinación .. 156

329.—Naturaleza de la excepción perentoria, sus aspectos, total, parcial, temporal, definitiva, ejemplos, posición de quien la propone, consecuencias .. 157

330.—Importancia de la constitución de la litis contestatio, naturaleza formal de las excepciones dilatorias y su objeto, clasificación; declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería, inepta demanda, pleito pendiente .. 157

331.—Declinatoria de jurisdicción, su esencia, diversos orígenes, su apoyo, finalización por prórroga de jurisdicción, relación con la colisión de competencia .. 158

332.—Ilegitimidad de personería, sustantiva y adjetiva, base, se presenta ésta por falta de habilidad del demandado para actuar por sí, caso, del apoderado o para la identificación de la parte, consideraciones 158

333.—Inepta demanda, casos y sus fundamentos, aceptación por el demandante .. 159

334.—Pleito pendiente, fines y consecuencias, identificación necesaria, elemento subjetivo, falta de base de la excepción .. 160

335.—Tramitación de la excepción dilatoria, ocurrencias, carga probatoria, su operancia .. 160

336.—Criterio de la condena en costas en la decisión de excepciones dilatorias .. 161

337.—Deber de contestar la demanda luego que se desechan las excepciones, procede estimarlo cumplido si se ha dado contestación condicional .. 161

338.—Oportunidad de apertura a pruebas cuando hay varios sujetos excepcionantes o demandantes, traslados, supuesto de un solo apoderado .. 161

339 y 340.—Forma de concesión de apelación contra la decisión de las excepciones, cuaderno especial requieren éstas .. 161

341.—Cosa juzgada y transacción, carácter mixto, calificación expresa del interesado, tácita, tiempo de proposición de las perentorias .. 162

342.—Las perentorias se deciden en la sentencia, sin incidente previo, por qué .. 162

343.—La declaratoria de las últimas mencionadas es un deber del fallador, su apoyo y justificación, excepción en cuanto a la prescripción, sus razones, observaciones sobre ella, cuándo es proponible y alegable .. 163

344.—Forma de actuación al encontrar procedente una excepción perentoria, en las diversas instancias .. 164

ACTUACIÓN

345.—Cómo se surte la actuación en juicio, papel sellado, sanciones, papel común .. 165

346.—Carga de suministrar el papel, casos, suministro por el no obligado 165

347.—Personas exentas del suministro de papel sellado, razones .. 165

348.—Actividad provocada de los funcionarios y no oficiosa, sus obligaciones luego de la proposición de las acciones, impulso procesal, anotaciones .. 166

349.—Firmas de las diligencias, su forma, importancia, efectos de su falta, firma entera y media firma .. 166

ART. PÁG.

350.—Constancia de la presentación de escritos, momento de pasarlos al despacho, cuando se trate de asunto que interesa a varios sujetos, razones, falta de aquéllas 166
351.—Suplimiento de la falta de papel sellado cuando es necesario, sanción a quien no suministra el primero, modo de aplicarla 167
352, 356, 357.—Deberes de los secretarios en las notificaciones, los vencimientos de términos, en relación con las demoras, etc. 167
353.—Deber de suministrar papel en las apelaciones, término, sanción, inaplicabilidad 167
354.—Hora de principio de las diligencias, su necesidad, su apoyo, ejemplo, iniciación anterior o posterior a su señalamiento 168
355.—Recibo de los documentos presentados, requisitos, su finalidad, su mérito 168
358.—Actuación escrita y oral, observación, rechazo de la segunda 168
359.—Amplitud del procedimiento, presentación de escritos ante funcionario distinto al del conocimiento del negocio, autenticación, caso debatido, análisis y tesis más fundada, argumentaciones, suspensión y restitución de términos 169
360.—Suspensión del negocio, motivo, quiénes no pueden solicitarla por sí mismos y por qué, autorización para ello, interviniente adhesivo, denunciado de pleito, efectos de la suspensión 170

Copias y desgloses

361, 362.—Solicitud unilateral o bilateral de copias por las partes, por terceros, audiencia, adiciones, oportunidad, momento de pago, copias de procesos finalizados, la forma suya 171
363.—Desglose, qué es, manera de hacerlo en los distintos casos, condiciones, restricción 171

Caducidad

364.—Caducidad, su apoyo, modo de decretarla, condiciones, tiempo requerido, caso de inexistencia en los procesos ejecutivos, alcance de ella, la caducidad y la acción, efectos sobre ésta, contra quiénes no procede aquélla, caducidad en algunos procesos y sus consecuencias, hasta qué oportunidad puede presentarse, en qué otros negocios no hay caducidad, diferencia de ella, la prescripción y la suspensión, orígenes, otros procedimientos, jurisprudencia 172
365.—Caducidad en la segunda instancia, diferencia con relación a la primera 175

TÉRMINOS

366.—Qué son, desde qué momento corren, lo esencial para ello, no requieren providencia ejecutoriada para que corran, naturaleza, división, legales, judiciales, convencionales, individuales, comunes, perentorios, prorrogables, ordinarios, extraordinarios, días hábiles e inhábiles, excepción 175
367, 368.—Términos señalados por el Juez, duración, prórroga, consideraciones para determinarlos, hora judicial, cuándo empieza, legislación anterior 176
369.—Suspensión general de los términos, excepción, actuación sin correr los términos 176
370.—Suspensión especial de términos, muerte del litigante, enfermedad, expiración del poder o de la representación legal, otros casos, suspensión de la jurisdicción, denuncia de pleito, acumulación de autos, reposición, paso al despacho, jurisprudencia, art. 11 C. P. P., constatación de la suspensión, finalización 177

ART. PÁG.
371, 373.—Cierre de las oficinas judiciales, deber de anunciarlo, efectos, constancia, término de distancia, anotaciones 178
372.—Restitución de términos, qué es, hasta cuándo procede, condiciones, fuerza mayor y caso fortuito, su estudio, elementos, carga probatoria, jurisprudencia, caso 178
374, 375, 376.—Términos para los funcionarios, desde cuándo corren, señalamiento general y especial, aumento de los términos, reconocimiento, continuidad de los funcionarios 180
377.—Sanciones contra el empleado que incumple los términos, renuncia de los términos y demás 180

ENTREGA Y DEVOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

378, 379, 380.—Su esencia y conveniencia 181
381 a 390.—El requerimiento, supuestos de retención injustificada de los expedientes, sanciones, en la primera instancia, en la segunda, fundamentos, temeridad y costas, casos en que la retención no obra como en los generales 181
Conservación de expedientes en las oficinas de Correo 185

INCIDENTES

391.—Incidentes, definición incompleta, naturaleza y objeto, clasificación, importancia 186
392, 393.—Tramitación, efectos comunes, casos 187
394.—Nueva proposición de los incidentes, preclusión, su calidad, improcedentes, oportunidad de proposición 187

Articulaciones

395.—Calidades suyas, diferencias 188

Acumulación de autos

396.—Acumulación de autos, modalidades, diferencias, fundamentos, definición, condiciones 188
397.—Requisitos de la acumulación, casos, división de la continencia de la causa, persecución de los bienes del deudor, carácter restrictivo del artículo 189
398.—Continencia de la causa, los casos de acumulación, enumeración y estudio, consideraciones 189
399.—Acumulación en procesos ejecutivos 191
400.—Acumulación en una misma instancia, en distintas 191
401.—Acumulación de acciones hipotecarias 192
402.—Oportunidad de pedir acumulación, competencia, formalidades, certificación 192
403.—Acumulación de negocios seguidos en una misma oficina, forma de actuación 192
404.—Resolución sobre acumulación, clase de ella, recursos, audiencia de partes 193
405, 406.—Acumulación de asuntos seguidos en distintas oficinas, formalidades 193
407.—Llamamiento de las partes, su falta, calidad de la providencia .. 193
408.—Condenas por fracaso en la súplica de acumulación, apoyo, interpretación del artículo, señalamiento del monto de la condena 193
410.—La competencia y la acumulación, aspectos 194
409, 411, 412.—Suspensión por acumulación, iniciación, terminación, efectos 194

Competencias

ART. PÁG.

413.—Competencias, consecuencias, aparente colisión, diferencias en materia penal, civil y contencioso administrativa, relaciones 195
414.—Inadmisibilidad de las competencias, superiores e inferiores 195
415.—Petición de competencias, no es oficiosa, anotaciones 196
416.—Modo de pedir provocación de competencia, decisión de provocarla .. 196
417.—Consecuencias de la provocación 196
418.—Obrar del Juez provocante, traslados, intervención de parte 196
419.—Aceptación de la competencia, consecuencias 197
420, 421.—Rechazo de la competencia, desistimiento, quién la decide .. 197
422, 423.—Audiencia del ministerio público, su falta, actuación posterior a la decisión, fuerza de la última 197
424.—Competencia negativa, proposición clara, identificación, admisión, suspensión de la actividad procesal 198
425.—Obrar del provocado, resultados 198
426.—Apelaciones 198
427.—Competencias de los funcionarios judiciales y otras personas 198

Allanamientos

428.—Allanamiento, justificación, definición, ejemplo, inviolabilidad del domicilio 198
429.—Ordenación presunta del allanamiento 199
430.—Asistentes al allanamiento, modo de practicarlo, acta de la diligencia, calidad, inoponibilidad 199
431.—Hora de allanar, aplicación del artículo, prevenciones 200
432.—Firma de la diligencia, su necesidad 200
433.—Bienes inallanables, de agentes consulares 200

Impedimentos y recusaciones

434.—Impedimentos, base, finalidad, definición 201
435.—Causales de impedimento, enumeración y estulio, fundamentos 201
436.—Inexistencia de impedimentos por créditos de las personas públicas 203
437.—Obligación de manifestar el impedimento, allanable e inallanable, consecuencias, falta de suplente 203
438.—Allanamiento de impedimento, forma y oportunidad, capacidad, alcance 203
439.—Base de los impedimentos y su allanamiento, los inallanables, su razón, absolutos y relativos 204

Recusaciones

440.—Recusación, su naturaleza, necesidad, base, procedencia, término de proponerla, taxativa, definición 204
441, 442.—Proposición de la recusación, competencia 205
443.—No está impedido ni es recusable quien conoce de una recusación, por qué, consecuencias 205
444.—Carácter limitativo de la recusación, efectos, proposición y tramitación, anotaciones 205
445.—Carga probatoria, condenas al recusante vencido, en favor de quien se hacen, condena al empleado vencido 206

Impedimentos y recusación de los secretarios

446, 447.—Apoyo de los artículos 206

Nulidades

448.—El procedimiento y las nulidades, objeto, base, efectos, causales, incompetencia de jurisdicción, presupuesto procesal, base, casos, ilegi-

ART. PÁG.

timidad de personería, presupuesto procesal, capacidad, casos, fundamento, falta de citación, razón, observaciones 206
449.—Desaparición de la incompetencia, prórroga, expresa, presunta, término de alegar la incompetencia, resolución negatoria de la incompetencia, ratificación, efectos, falta de repartimiento, designación de funcionario inidóneo 208
450.—Anotaciones sobre la inexistencia de ilegitimidad de personería, cuando así se declara, aparición de un poder en los autos, qué es el reconocimiento de personería, ratificación, ejemplo, aceptación tácita de la representación, actuación posterior a la causal de nulidad, existencia de la nulidad no obstante la designación de curadores, nulidad por no especificación cierta de los demandados 209
451.—Nulidades en los procesos ejecutivos, falta de citación para sentencia, de las formalidades previas a un remate, notificación a los herederos del fallecido, jurisprudencia de la Corte, la nulidad del juicio no acarrea la nulidad del remate, crítica razonada y bases de la tesis contraria, alegación de nulidad luego de la sentencia 210
452.—Nulidad en los juicios en que haya venta de bienes 212
453.—Juicios de concurso e ilegitimidad de personería de un concursante, análisis 212
454.—Ratificación y efectos en los distintos casos 213
455.—Indicación de las nulidades por los Juzgadores, bases, oportunidad, forma de notificación, a quién corresponde ratificar o aprovechar la nulidad, modo 213
456.—Alegación de nulidades por las partes, su época, carácter restricto de aquéllas, asuntos desechables 213
457.—Alegación de nulidad en juicio ordinario, carga probatoria, al ejecutar la sentencia, excepción, no comprende la nulidad por informalidades en el remate, ocurrencia 214
458.—Condena en costas por nulidad, falsedad del artículo, análisis de su inaplicabilidad 214
459 y 460.—Ratificación, modalidades, autorización requerida por ciertas personas 215
Declaración de nulidad en la 2ª instancia, sistemas de nulidad, alegación por el personero ilegítimo 215

Desistimiento

461.—Efecto de la litis contestatio, posibilidad del desistimiento, trascendencia, efectos del desistimiento, sobre qué recae, cómo es hecho, ante quién, especificación del objeto, providencia para aceptarlo o desecharlo 217
462.—Alcance del desistimiento, capacidad, efectos, imposibilidad de nueva proposición de la acción, desistimiento condicional, relatividad del desistimiento en ciertos negocios, observaciones, desistimiento parcial 217
463.—Desistimiento de recursos, unilateral, bilateral ante quién se hace, conocimiento del inferior 218
464.—A quién perjudica el desistimiento, sanción, evitabilidad, desistimiento de un litis consorte 219
465.—Autorización de desistimiento por los Jueces a los incapaces, curadores, desistimiento de apoderados, etc. 219

AUTOS Y SENTENCIAS

466.—División de las providencias judiciales, sentencias, qué son, clasificación, condenatorias, absolutorias, declarativas, constitutivas, la sentencia sobre filiación natural de qué naturaleza es, autos interlocutorios, definición, elementos, diferenciación con los de sustanciación, lo expresado por la comisión revisora 220
467.—Autos con fuerza de sentencia 222

ART. PÁG.
468.—Cuándo una sentencia es firme, por qué, declaración de ejecutoria, medio 222
469.—Contenido de las actuaciones judiciales, consideraciones 222
470.—Necesidad y justificación de fundamentación de las resoluciones judiciales, no la requieren los autos de sustanciación 223
471.—Forma de la sentencia, elementos, deberes del Juez, extralimitación, sus modalidades 223
472.—Calidad de las actuaciones judiciales, criterio de aplicación del procedimiento 224
473.—Cosa juzgada, relación de diversas teorías sobre ella, anotaciones tesis ecléctica, sus razones, efectos y alcance, juicios en que se produce 224
474.—Condiciones de la cosa juzgada, elementos, identidad física y jurídica, solidaridad e indivisibilidad, la parte resolutiva de los fallos integra la cosa juzgada 225
475.—Contra quién surte efectos la cosa juzgada, sentencias sobre el estado civil 226
476.—Acciones populares, naturaleza, efectos, contra terceros, concepto de terceros, exposición de él, efectos generales de las sentencias, sobre estado civil, reflexiones, perjuicios 226
477.—Llamamiento de personas distintas a las partes, finalidad, diferencias, época 230
478.—Perjudica a los acreedores el fallo dictado contra el deudor, modo, colisión, la mala fe no crea derechos 231
479.—Publicación de las sentencias, inmodificabilidad, corrección 231
480.—Condena en abstracto, condiciones 231
481.—Derecho a decisión judicial, obligación de los funcionarios, relación 232
482.—Irreformabilidad e inmodificabilidad de las sentencias, alimentos y amparo de pobreza, aclaración, alcance, forma 232
483.—Errores aritméticos, corrección 233

EXTRALIMITACION DE LOS JUZGADORES

RECURSOS

Disposiciones Generales

484.—Recursos, consideraciones, enumeración, naturaleza 233
485.—Consulta, recurso de hecho, de queja 234
486.—Recurso del litis consorte, alcance 234

Reposición

487.—Reposición, naturaleza, procedencia, contenido 234
488.—Reposición de interlocutorios, forma de interposición, de decisión .. 235
489.—Calidad preclusiva de la actuación judicial, improcedencia de segunda reposición, salvedad 235

Apelaciones y consultas

490.—Apelación, naturaleza, efectos, a quienes corresponde, consecuencias, devolutivo y suspensivo, calidades, apelaciones en el efecto devolutivo providencias sin apelación, base de la apelación, razón de interposición, quienes la hacen, concesión equivocada 236
491.—Voluntad de que la apelación se conceda en el efecto devolutivo, forma de interposición del recurso, oportunidad, efectos de la apelación en el suspensivo 237

ART. PÁG.

492.—Inapelabilidad de la decisión de la reposición, salvedad, consideraciones .. 238
493.—Apelación de sentencias .. 238
494.—Apelación en lo favorable al apelante, observaciones, jurisprudencia 238
495.—Diversos efectos del recurso, oportunidad de concesión, unidad de las actuaciones, ejemplo, abstensión del estudio de la apelación concedida irregularmente .. 239
496.—Denegación de apelación por no pago de costas .. 240
497.—Rechazo de la apelación por el superior si es concedida antes del pago de las costas, obtención de lo contrario .. 240
498.—Condición de aplicación de los dos artículos anteriores, anotaciones 240
499.—Efecto devolutivo, modalidades, condiciones, etc., casos de incumplimiento de lo resuelto en la decisión apelada, jurisprudencia 241
500.—Efecto suspensivo, consecuencias y demás .. 241
501.—Situación creada por el efecto suspensivo, excepciones, conceptos 242
502, 503 y 504.—Forma de situar y decidir las apelaciones de interlocutorios .. 242
505.—Concesión de término probatorio en la decisión de apelaciones, requisitos, comentarios, duración del término .. 242
506.—Terminación de la segunda instancia, devolución de los autos, omisión de tasar las costas .. 243
507.—Auto de cumplimiento, aspectos, etc. .. 243

Consultas

508, 509 y 510.—Consultas, base, analogía, efectos, equivalencia, exclusión, interdicción .. 244

Súplica

511 y 512.—Súplica, quien la decide, competencia, procedencia, recursos restrictos, tramitación y decisión .. 244

Recursos de hecho

513.—Recurso de hecho, carácter, diferencias, interposición, requisitos, objeto .. 245
514, 515.—Formalidades, deberes del recurrente, término, decisión, calificación de la negativa, facultad del superior, analogía 245
516.—Condiciones de la admisión del recurso, elementos 246
517 y 518.—Recurso de hecho contra la apelación concedida en efecto distinto al debido, características, tramitación, oportunidad de recurrir, término, etc. .. 246

Casación

Sentencias sujetas al recurso

519.—Casación, diferencias, naturaleza, competencia, finalidad, materia, presupuestos, no es una instancia, sentencias susceptibles de casación, enumeración, dudas, restricción .. 247

Causales

520.—Motivos de casación, enumeración, consideraciones, medios nuevos 248

Interposición y concesión del recurso

521.—Desde cuando puede interponerse, hasta cuando, la aclaración integra la sentencia, quien puede interponerlo .. 250
522, 523.—Forma de la interposición, competencia, concesión, envío del expediente, procedencia, interposición ilegítima 250

ART. PÁG.
524.—La cuantía, modos de determinarla, estimación genérica, intervención pericial 250
525.—Ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación, condiciones, época de pedirla, forma de actuación, diferencia con el artículo 275, distinción con la apelación en el efecto devolutivo 251
526.—Sentencias no susceptibles de ejecución provisional, su apoyo, etc. 252
527.—Recurso de hecho por la negativa del de casación, injustificación del artículo 252

Admisión del recurso

528, 529.—Tramitación, fijación en lista, admisión, el Tribunal no liga a la Corte, en relación con la cuantía, bases 252

Substanciación y sentencia

530.—Orden de traslado, términos, finalidad, presentación de la demanda 253
531, 532.—Forma de la última, observaciones, falta de fundamentación, resultado, costas 253
533.—Traslado de la demanda, término, caso imprevisto, término, forma 254
534.—Audiencia pública, forma de verificarla, alegaciones, apoderado de varias personas 254
535.—Preparación del fallo 254
536.—Audiencia oficiosa, condición, analogía, interrupción, anotaciones 255
537.—Estudio del recurso, etc. 255
538.—Basta el estudio de una causal fundada, analogía, restricción 255
539, 540.—Existencia de una de las tres primeras causales de casación, anotaciones, auto para mejor proveer 255
541.—Efectos de la casación en la ejecución provisional 256

Revisión

542.—Revisión, calidad, distinción, cosa juzgada, procedencia, causales, restrictas, enunciación, fuerza mayor, retención de documentos, testigos falsos, hechos delictuosos 257
543.—Término de la revisión, apoyo, iniciación, carácter 258
544.—Formalidades de la interposición del recurso, diferencias, etc. .. 258
545, 546.—Admisión y tramitación, traslados, presentación de pruebas 258
547.—Invalidación del fallo revisado, su negativa, condena en costas .. 259
548.—Devolución del proceso, analogías 259

EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Resoluciones de los jueces colombianos

549.—Cuando puede pedirse el cumplimiento, fundamento, impropiedad del artículo, carácter de la ejecución, no se señalan plazos, práctica, irregular, legislación anterior, petición para la ejecución, registro de la sentencia, término y prescripción de las acciones 259
550.—Competencia para la ejecución mediante otro juicio, cuando no se requiere, competencia, registro 260
551.—Entrega de inmuebles y muebles, cuando no se encuentra el bien mueble, derecho de retención, concepto de esta 261
552.—Terceros, oposición, efectos, oposición de parte 261
553.—Condena en abstracto, condiciones, criterio de liquidación, límites, oportunidad única de hacerlo, carga probatoria, pérdida del derecho por no acreditar su monto, jurisprudencia, supuestos del artículo 262
554.—El Estado no puede ser ejecutado, argumentaciones en pro y en contra, ejecución de lo resuelto si no se precisa otro juicio. Indivisibilidad de las sentencias, consecuencias en su ejecución 263

Sentencias de los tribunales extranjeros

ART. PÁG.

555, 556.—Bases de su ejecución, norma primera del artículo, segunda, reciprocidad, inconvenientes, inejecutabilidad de las sentencias extranjeras por represalia, alcance, características 264
557.—Requisitos que ha de reunir la sentencia extranjera, enunciación, etc. 264
558.—Concesión del exequatur, competencia, salvedad, traducción 265
559.—Audiencia de parte y del Procurador, traslados, omisión 265
560.—Oposición o no de aquellos, pruebas, decisión 265
561.—Concesión del exequatur, consecuencias 265

EXPENSAS

Arancel

562.—Gratuidad de la justicia, erogación de partes, condena en costas .. 266
563.—Gratuidad en las actuaciones de los funcionarios, necesidad, violación de ella 266
564.—Pago de copias, tasas, permisión a particulares para hacerlas 266
565.—Emolumentos por certificaciones y declaraciones, posiciones 267
566, 567.—Derechos de algunas personas particulares que intervienen en los juicios, aumentos, normas para hacerlos 267
568.—Honorarios de intérpretes y peritos, medios de hacerlos eficaces, sanciones por el no pago, crítica en la jurisprudencia de la Corte, anotaciones en contrario 267
569.—Suministros para diligencias, observaciones 268
570.—Determinación de honorarios de los intervinientes en diligencias, comisionado 268
571.—Solución de gastos por parte contraria, condiciones, anotaciones .. 268
572.—Recibo de los honorarios, cesación de la sanción aplicada, alcance preciso de la sanción 269
573.—Sanciones a los funcionarios que exigen o reciben algo por sus funciones 269

Liquidación de las costas

574.—Condena en costas, su fundamento, calidad de accesoría, obligación de decidir sobre ella, a petición, oficiosamente, eficacia práctica, origen 270
575.—Condena por el hecho objetivo de perder el pleito, crítica, ejemplo, reglas generales del artículo, exigencia de temeridad, noción, estimación de la temeridad, elementos y aspectos, observaciones, ejemplo, recurso si motivo plausible, condenación, bases, motivo plausible, ejemplos, falta, caso código judicial anterior, distinción, costas no causadas, caducidad de la instancia, desistimiento, condena en costas, liberación, otros casos de condena, anotaciones 270
576.—A quienes no puede condenarse en costas 273
577.—Quien liquida las costas, oportunidad 273
578.—Qué comprende la liquidación de costas, enumeración, fijación y retasa, de honorarios de abogado, cuota litis, momento de aquella 274
579.—Qué comprende la tasación de costas, qué excluye, observaciones, concepto de utilidad 274
580.—Regulación de las costas en derecho, competencia, no se hace en la sentencia de fondo, función secretarial 275
581.—Audiencia de las partes en la liquidación, objeciones 276
582.—Determinación de la liquidación objetada, intervención pericial, apelación, reposición 276
583.—Presta mérito ejecutivo la liquidación de costas, división entre varios condenados, etc., perjuicios 276

Amparo de pobreza

ART. PÁG.

584.—Amparo de pobreza, fundamentos, condiciones, improcedencia .. 277
585.—Consecuencias del amparo, bases 277
586.—Petición de amparo, tramitación, persona a quienes debe llamarse .. 278
587, 588, 589.—Término probatorio, finalidad, pruebas, manera de dictar el fallo, consideraciones 278
590.—Apelación de la sentencia, carácter específico de ella, notificación, revocación, consecuencias 278
591.—Modificación del amparo, argumentaciones, carga probatoria, etc. 279
592.—Papel para la tramitación del amparo 279

TERCERA PARTE

JUICIO ORDINARIO

Reglas generales

734.—Cuáles son, características, crítica, justificación, cuándo no pueden adelantarse, por qué, diferencia con la legislación anterior, ratificación de la nulidad 281
735.—División de los procesos ordinarios, concepto de cuantía: mayor, menor y mínima, significación, excepciones, objeción de la cuantía 282
736.—Procesos que se tramitan por la vía ordinaria 282

Mayor cuantía

Primera instancia

737.—Condiciones de la demanda, su razón 283
738.—Rechazo de la demanda, auto que lo hace, recursos en contrario, bases de aquél, no debe ser extremado, fórmulas sacramentales, espíritu del artículo, significación de la inadmisión 283
739.—Consecuencias de la admisión de la demanda, notificación, término del traslado, forma de hacerlo, significación y consecuencias, lo que define 284
740.—Registro de la demanda, oportunidad, forma, fines que llena 284
741.—Proposición de excepciones dilatorias por el demandado, oportunidad, proposición en la contestación de la demanda, ordenación de corrección, clasificación de las excepciones, a quién corresponde, consecuencias del error del excepcionante en su clasificación, diferencia entre la proposición de ellas y la denuncia de pleito 285
742.—Demanda de reconvención, término, consecuencias, condiciones, explicación, la reconvención es independiente en sí misma, bases de la reconvención, competencia, diferencia de la reconvención y la acumulación de acciones, de la primera y la acumulación de autos, analogías, diferencia de la reconvención y la compensación 285
743.—Formalidades de la demanda de reconvención, corrección, admisibilidad, período de traslado, proposición de excepciones dilatorias en su contra, unidad procesal entre la primera demanda y la de reconvención, apoderado en la primera lo es para representar al poderdante en la segunda, jurisprudencia 286
744.—Traslado para alegar y orden cuando no haya hechos qué probar, alcance racional del vocablo hechos, citación para sentencia, sus consecuencias, término para dictar la sentencia 287
745.—Apertura a pruebas, lo que exige, qué son asuntos pertinentes, cuándo no se hace esa apertura, alcance del silencio del demandado, al no contestar la demanda, interpretación 287
746.—Período probatorio, división, duración, desde cuándo corre, impropiedad del artículo, prórroga del segundo período, condiciones, cri-

ART. PÁG.

terio para hacerla, condición de certeza en la ordenación de pruebas, fundamento, ejemplo .. 288
747.—Concesión de término extraordinario de pruebas, cuándo procede, fundamento, fijación de su duración .. 289
748.—Requisitos del término probatorio extraordinario, oportunidad de solicitarlo, lugar de cumplimiento de los actos en el extranjero o residencia de los testigos, indicación de la residencia, indicación del lugar en que se encuentren los respectivos documentos, bases y razones de tales requisitos, diferencia con la legislación anterior .. 289
749.—Traslado de la súplica de término extraordinario, base, exclusión de tramitación de incidente común, naturaleza de la decisión dictada 290
750.—Sanción por la no presentación de la prueba para la cual se conceda período extraordinario, monto, fijación y oportunidad, naturaleza, carga probatoria .. 290
751.—Iniciación del período extraordinario, ejemplo, innecesidad del artículo, suspensión del período dicho .. 290
752.—Derecho a pedir pruebas al vencimiento del primer período, condiciones, fundamento, relación necesaria entre las nuevas y las primeras, cuándo no existe ese derecho, argumentaciones, trascendencia del asunto, negativa del derecho .. 291
753.—Traslados para alegar, orden, condiciones de los alegatos, cómo se cumplen aquéllos, pueden las partes prescindir del derecho de hacerlos, *qué son las alegaciones* .. 291
754.—Citación para sentencia, oportunidad, efectos propios, cierra el debate, no permite la proposición de incidentes ni agregación posterior de alegaciones, bases, medio de cumplir esto .. 292

Segunda instancia

755.—Remisión de los autos al Superior por apelación, fijación en lista, objeto, otras consideraciones .. 292
756.—Traslado al Ministerio Público previo a la fijación en lista, finalidad, consecuencias de la omisión .. 293
757.—Colocación a despacho, oportunidad .. 293
758.—Apertura a pruebas, formalidad previa, diferencia con la primera instancia .. 293
759.—Traslado personal para las alegaciones, en qué momento y cómo se hace, orden, caso de apelación de ambas partes, traslado común, viabilidad del auto para mejor proveer sin embargo de que no haya *término probatorio, razones* .. 293
760.—Citación para sentencia, consecuencias, disposición de audiencia, época, señalamiento equivocado, corrección .. 294
761, 762 y 763.—Deberes del Magistrado en relación con la audiencia, forma de verificarla, presentación de resúmenes escritos, diferencia con la primera instancia, término para sentencia. *Justificación* de la segunda instancia, argumentos, materia propia de ella, casos diferentes .. 294

Menor cuantía

Primera instancia

764.—Qué negocios comprende, formalidades de la demanda, admisión y traslado, competencia, salvedad .. 295
765.—Diferencias del procedimiento de mayor y el de menor, proposición y decisión de excepciones, anotaciones .. 295
766.—Demanda de reconvención, analogías y diferencias con las que se propone en los negocios de menor cuantía .. 296
767.—Oposición del demandado y hechos que demostrar, apertura a pruebas, período probatorio, duración, límite máximo, etc. .. 296
768.—Citación para sentencia, oportunidad, efectos, señalamiento para audiencia, fijación de su duración, alegaciones escritas, diferencias con el procedimiento de mayor cuantía .. 296

ART. PÁG.

769.—Pronunciamiento de la sentencia, distinciones con los otros, observaciones 296
770.—Modo de conceder las apelaciones, su base y oportunidad de concesión, demora de la sentencia por ellas, concesión irregular del recurso, y de que puede reclamar la parte y que tampoco liga al Superior, ejemplo 297

Segunda instancia

771—Fijación en lista, finalidad, traslado previo al Agente del Ministerio Público, forma de producción de la segunda instancia, observación 297
772.—Apertura a Pruebas, procedencia, duración, límite máximo 297
773.—Traslado para alegar, momento propio, duración, orden, citación para sentencia, término para el fallo 298

Mínima cuantía

774.—Negocios de mínima cuantía, excepción, naturaleza especial, una sola instancia, causa y justificación, actuación verbal, diferencia con el procedimiento del artículo 1208 y siguientes, proposición de la demanda oral, contenido del acta que debe extenderse, citación del demandado para audiencia 298
775.—Nuevo señalamiento para audiencia, anotaciones 298
776.—No comparecencia a la audiencia, desistimiento tácito, excusa legítima, casos, condena en costas por desistimiento, inasistencia del demandado, consecuencias 299
777.—Forma de llevarse a cabo la audiencia, modalidades del procedimiento de mínima cuantía, acta, su mérito 299
778.—Término para el fallo, su contenido, su inapelabilidad 299
779.—Regulación de las costas en la sentencia, su razón, observaciones, notificación 300
780.—Ejecución de la sentencia, forma, reducción de términos 300
781.—Forma de actuar y de conservación de ello en los procesos de mínima cuantía, expedición de copias, etc., etc. 300

NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO

Nulidad

782.—Necesidad de recurrir al Organo Judicial para la declaración de nulidad del matrimonio, imprescindencia de su intervención, consideraciones, competencia, forma del procedimiento, deber imperativo de apertura a pruebas, su necesidad, intervención de los parientes, condiciones, competencia en relación con los matrimonios eclesiásticos 300
783.—Intervención del Agente del Ministerio Público, notificación a él, fin de su actuación, intereses que debe proteger, carácter de esa intervención, consecuencias de su falta 301

Divorcio

784.—Calidades del divorcio, consecuencias, diferencias con otras legislaciones, procedimiento, competencia, en cuanto al matrimonio civil y al eclesiástico, nuevo concordato 302
785.—Intervención del Ministerio Público, en favor de la mujer, personería para demandar el divorcio, a quien compete 302
786.—Los Jueces Colombianos y su subordinación a la legislación patria, qué circunstancias no dan lugar tampoco al divorcio vincular, argumentaciones, lex fori 303
787.—Suspensión de la vida común de los cónyuges, personería, tramitación, llamamiento del Agente del Ministerio Público, traslado, nulidad 303

ART. PÁG.

788.—Oposición del demandado, exigencia de pruebas por el Agente del Ministerio Público, término probatorio, duración, prórroga y justificación .. 303
789.—Resolución que decrete o no la suspensión de la vida común, término para ella, características .. 304
790.—Cesación de la suspensión de la vida en común, procedencia, procedimiento .. 304
791.—Restricción de las causales de divorcio, no se decreta aun cuando el matrimonio haya sido celebrado en el extranjero sino la suspensión de la vida en común, etc. .. 304

Medidas preventivas

792.—Cuando procede su orden y práctica, finalidad, embargo y secuestro, situación, de los terceros, el de estos suspende los efectos de lo dispuesto entre los cónyuges, argumentaciones, jurisprudencia, cesación de la suspensión, oportunidades de la medida preventiva, en favor de quien se dispone, modificación de la Ley 28 de 1932 .. 304
793.—Levantamiento de las medidas preventivas por no presentación de demanda, analogía, petición de parte, práctica de nuevas .. 306

Disposiciones varias

794.—Aplicación de las medidas preventivas en negocios de competencia de las autoridades eclesiásticas, quien las dispone, requisitos cuando se piden antes del juicio, exigencias que se omiten, plazo de presentación de la demanda, ampliación del plazo para proponerla, comprobación de la proposición .. 306
795.—Liquidación de la Sociedad conyugal por nulidad y divorcio, procedimiento, formalidad del registro de la sentencia .. 306

SEPARACIÓN DE BIENES

796.—Diferencia con el divorcio imperfecto, analogía, a quien corresponde la acción, modificación de la Ley 28 de 1932, discusión, tesis más fundada, jurisprudencia, vigencia de las disposiciones sobre separación en frente de la Ley 28 .. 307
797.—Tramitación de la demanda, decisión, inadmisibilidad de la confesión, apoyo .. 308
798.—Oposición del demandado, prestación de caución, calificación de ella, apelación, decisión .. 308
799.—Apertura a pruebas por oposición, etc., término, traslado para alegar, tiempo para la decisión, brevedad de la acción, procedimiento especial y ordinario .. 308
800.—Disposición de la separación de plano, elementos que requiere, apelación .. 309
801 y 802.—Aplicación de medidas preventivas y otros arts. en la separación .. 309

INTERVENCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LOS INCAPACES

La mujer casada

803.—Procedimiento del artículo, inaplicabilidad, competencia, naturaleza voluntaria de lo que norma .. 309
804.—Bases de la decisión, su carácter, necesidad .. 310
805.—Inaplicabilidad en cuanto a la mujer casada mayor, aplicabilidad en relación con la menor, jurisprudencia, tramitación seguida para conceder las autorizaciones a que se refiere el artículo, falta de arbitrio, firmeza de la decisión .. 310

ART. PÁG.

806.—No se aplica en lo referente a las mujeres casadas mayores que no estén bajo curaduría, modo de cumplirse el acto autorizado por el Juez del conocimiento 311
807.—Llamamiento del Ministerio Público y de los parientes para enajenación de ciertos inmuebles, forma, omisión de él 311
808.—Autorización a la mujer para ciertos actos, nota 311

El hijo de familia

809.—Concesión de licencia para enajenar bienes del hijo, competencia, procedimiento, pruebas que deben aducirse, determinación clara del derecho y del acto de que se trate 311
810.—Forma de enajenar el derecho, pública subasta y otras formalidades, necesidad de demostrar el derecho del hijo, argumentaciones .. 312
811.—Enajenación de bienes inmuebles del peculio profesional del menor, autorización judicial, pruebas, procedimiento 312
812.—Qué es la emancipación, división, legal, voluntaria, judicial, forma y modo de hacerse la voluntaria, personas a quienes se oye, procedimiento, pruebas y conocimiento de causa 313
813.—La emancipación judicial, causales, quién puede incoar la acción, personas que son oídas, procedimiento, pruebas, efectos de la decisión. Quienes no pueden ser postores 313

El habilitado de edad

814.—Capacidad, concepto de incapacidad, la habilitación, fundamento, condiciones, efectos, formas, notificación de la demanda a los parientes, su orden y preferencia 314
815.—Exigencia directa de pruebas, por oposición, período probatorio, duración, ampliación, etc. 314
816.—Oportunidad de concesión o denegación de la habilitación, fundamentos, pruebas requeridas, deber de aportarlas, consecuencias de la decisión, acción posterior 315
817.—Efectos relativos de la habilitación, necesidad de autorización judicial para determinados actos, procedimiento y forma, asistencia de curador al habilitado 315

Interdicción judicial

818.—Interdicción, naturaleza, razón de ser, objeto, antecedentes, consecuencias, personería para demandarla, procedimiento, carga probatoria 316
819.—Interdicción provisional, tramitación de articulación, quienes son oídos, registro de la providencia, publicación, levantamiento de la interdicción provisoria 316
820.—Personas llamadas al proceso de interdicción del alienado, diferencia con el procedimiento anterior, modo de actuación, nombramiento e intervención de médicos, exámenes, número, dictamen, calidad, imprescindible, supuesto en que cabe suplirlo, iniciativa probatoria del Juez 317
821.—Pronunciamiento de fondo, época, atribuciones del Juez, procedencia de la consulta, atribución del Tribunal en la segunda instancia 318
822.—Embargo y secuentro en la interdicción provisional, irrenunciabilidad, bases, significación del interés social 318
823.—Semejanzas de la sentencia de interdicción, efectos relativos, rehabilitación, personería, procedimiento 318

Guarda de incapaces

824.—Diversas clases de guardas, discernimiento, requisitos previos, personas llamadas a ejercerlas, conocimiento de causa y audiencia de parientes 319

ART. PÁG.

825.—Atribuciones del Juez en la ordenación de pruebas, semejanzas, desemejanzas, citación por edicto, aspectos, pronunciamiento de la decisión 319
826.—Relación de los actos para los cuales requiere el guardador autorización judicial, modo de concederla, bases, procedimiento 320
827.—Resolución de las quejas contra el guardador, quiénes pueden presentarlas, diferencia con la remoción, etc. 320
828.—Procedimiento de remoción, causales, personería para proponerlo, finalidad, intervención del Ministerio Público 321
829.—Atribución de designar curador interino, manera como obra, tiempo, razón de ser del artículo 321
830.—Exigencia de caución al actor, contra quiénes no procede, fundamento, oportunidad de otorgarla, efectos del no otorgamiento, diferencias 321

ALIMENTOS

831.—Alimentos, clase, procedimiento, condiciones de la demanda 322
832.—Oposición del demandado, término de pruebas, carga probatoria, resultados 322
833.—Decisión del proceso, rapidez, diferencias, admisibilidad de la confesión, contenido del fallo 323
834.—Apelación de la sentencia, concesión errada, conducta del Superior 323
835.—Fijación de modo de pagar los alimentos, plazo, suspensión de éste, remate de bienes 323
836.—Ordenación provisional de alimentos, procedimiento, ordenación de plano, en qué casos, casos entre los cónyuges, fundamentos, naturaleza del incidente 324
837.—Efectos de la sentencia de alimentos, consideraciones, actuaciones en contrario, su apoyo, competencia, tramitación, carga probatoria, apelación del fallo que recaiga, diferencia 324

BIENES VACANTES Y MOSTRENCOS

838.—Cuáles son, condiciones, diferencias, bienes baldíos, ocultos, improcedencia de la acción contra un poseedor, jurisprudencia, requisitos de la acción, enumeración, sujeto pasivo de ella por qué no lo son los Municipios, jurisprudencia, anotaciones 325
839.—Titulares de la acción, aspecto público, llamamiento del Personero, nulidad 327
840.—Edicto, publicaciones, etc., contenido del edicto, deficiencia suya, resultados 327
841.—Orden de secuestro, aspectos, nombramiento de secuestre, práctica del secuestro 327
842.—Término probatorio, tramitación ordinaria por oposición, razones .. 328
843.—Ausencia de opositor, desistimiento, oposición sin demostración de derecho, sentencia de adjudicación, contenido, efectos 328
844.—Exigencia de caución, consecuencias, cuando la piden varios, hasta cuándo procede pedirla, constatación del desistimiento 329
845.—Exigencia de caución al opositor, objeto, omisión de la última, efectos, apoyo, relatividad del desistimiento por no prestación de caución, providencia que ordena ésta, carácter, etc. 329
846.—Competencia, calidades, reducción de términos 330

CAPELLANÍAS

847.—Capellanías, qué son, definición legal, las varias clases, competencia en cuanto a las capellanías eclesiásticas, provisión de capellán de las laicas, condiciones de la demanda, inadmisibilidad 330

ART. PÁG.
848.—Competencia, improrrogable, citación por edicto, forma, finalidad .. 331
849.—Trascurso del emplazamiento, procedimiento ordinario, posterior, carga de quienes se presentan al juicio, inadmisibilidad 331
850.—No comparecencia de interesados, nombramiento de curador ad-litem, procedencia, carácter especial de la curaduría 331
851.—Intervención posterior de interesados, efectos en el proceso, distinción 332

EXPROPIACIONES

Anotaciones sobre la expropiación, qué es, base constitucional, presupuestos, naturaleza de la acción, etc.

852.—Sujeto pasivo de la acción, condiciones de la demanda, documentos que deben adjuntarse a ella, inadmisión 333
853.—Casos en que la demanda debe dirigirse contra el arrendatario y contra quienes tengan el derecho de retención de lo que se trate de expropiar, enumeración, anotaciones 333
854.—Objeto de la demanda, inscripción, consecuencias, supuesto, forma del traslado, lapso probatorio 334
855.—Nombramiento de curador ad-litem, en qué casos procede, quién lo hace, obligaciones, duración de sus funciones 334
856.—Pronunciamiento de la sentencia, oportunidad, plazo, modos de concesión de la apelación 334
857.—Nombramiento de peritos avaluadores, funciones, modo de cumplirlas, conveniencia 335
858.—Condiciones previas de la adjudicación, etapas distintas del proceso, pago del precio, concesión de plazo, registro 335
859.—Entrega del precio, cuándo no se hace directamente, modo de proceder 336
860.—Aplicación de leyes especiales sobre expropiaciones, falta de necesidad del artículo, anotaciones 336
861.—Legitimación de la expropiación irregular, ratificación, capacidad, incapacidad, formas de ratificación 336

Relación de leyes sobre expropiación y utilidad pública 337

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

862.—Naturaleza y finalidad de la acción, titulares, no corresponde al mero poseedor, argumentaciones, jurisprudencia, sujeto pasivo, diferencias, naturaleza del procedimiento, competencia, fijación de la cuantía, condiciones de la demanda, inadmisión, la posesión material en el deslinde 339
863.—Citación de quienes tengan derechos, necesidad y finalidad, derecho a hacerse parte, efectos de la citación 340
864.—Traslado de la demanda, forma, individualización de los demandados 341
865.—Inscripción de la demanda, consecuencias, forma, diferencias, oportunidad de inscribirla 341
866.—Sujetos pasivos de la acción, ejemplos, improcedencia de la que no se dirija contra todos los que tengan derechos en el bien que se pretenda deslindar, indicación exacta de la persona demandada, supuestos, caso de fracaso de la acción 342
867.—Proposición de excepciones, término, modo, base, etc., proposición por uno solo de varios demandados 342
868.—Señalamiento de momento para el deslinde, consideraciones, presupuesto, prevención, oportunidades probatorias, modo de presentación de títulos en la diligencia, presentación de prueba testimonial, ordenación de la intervención de peritos 343

ART. PÁG.

869.—Práctica del deslinde, requisitos, qué es el deslinde, cómo se hace, diferencia de la acción y la reivindicatoria, jurisprudencia, qué se discute en la primera, qué determinan los títulos, la posesión en el deslinde, conformación del terreno, alcance de los títulos, fijación de la raya divisoria, negación del deslinde en la diligencia, observaciones, oposición al deslinde, falta de ella, escogencia de la línea, acta de la diligencia 344

870, 871.—Oportunidades de oposición, aprobación de la línea fijada, inscripción, cancelación de la anterior, oposición parcial, procedimiento ordinario por la oposición de parte, finalidad, aspectos, contenido de la sentencia, calidad, jurisprudencia. Deslinde de minas 346

SERVIDUMBRES

872.—Qué son, clases, objeto del procedimiento especial, procedimiento de la acción negatoria, naturaleza de la acción, competencia, proceso contencioso, condiciones de la demanda, traslado 348

873.—Artículos de otro título aplicables a las servidumbres, causas 349

874.—Oposición a la demanda, apertura a pruebas, las admisibles, inadmisibilidad de la confesión, prueba del dominio, ordenación de inspección ocular, atribución del juez, objeto, forma de practicarla, carga probatoria, negación indefinida, jurisprudencia, tesis contraria, crítica 349

875.—Medidas preventivas, petición de parte, finalidad, ejemplos, amplitud del fallador sobre ellas 351

876.—Consecuencias de la sentencia, revisibilidad, anotaciones, prescripción de la acción de revisión 351

JUICIOS POSESORIOS

Exposición general sobre las acciones posesorias

877.—Demanda de despojo, requisitos, aportación de pruebas, admisión, inadmisión, forma como debe demostrarse la posesión, derecho de los poseedores vencidos 354

878.—Oposición del demandado, término probatorio, a qué se subordina, presentación de pruebas con la demanda, inspección ocular necesaria en relación con predios rurales 355

879.—Exigencia de caución al opositor, analogía, ordenación, consecuencias, aspectos, no exigibilidad en relación con predios rurales .. 356

880.—La sentencia, ejecución, manera de hacerla, apreciación de las pruebas según la Ley de Tierras, sistemas, decisión obligatoria sobre mejoras y principios aplicables en la materia, qué comprende el avalúo, suspensión de la entrega hasta el pago de las mejoras, derecho de retención 356

881.—Formas de apelación de las sentencias, condiciones de la concesión del recurso en el efecto devolutivo, concesión en el suspensivo 357

882.—Oposición de terceros a la entrega, condiciones, admisión, consecuencias, etc. 358

883.—Desconocimiento por el actor del derecho del opositor, carga probatoria, denegación de otras oposiciones, entrega, justificación de la oposición, situación que crea 358

884.—Sanción contra el opositor que pierde el incidente, alcance, imposición objetiva 359

Perturbaciones

885.—Tramitación de las acciones de perturbación, condiciones de la demanda y demás 359

ART. PÁG.

886.—Materia de la sentencia, consideraciones para dictarla, fijación de indemnización, etc. 359
887.—Acción de entrega de lo vendido, tramitación, concepto de la Comisión Revisora, presentación de pruebas con la demanda 360

JUICIOS POSESORIOS ESPECIALES

888.—Acciones posesorias especiales, tramitación, traslado, etc., etc. .. 360
889.—Ordenación de la sentencia en cada caso, prevenciones y demás 361
890.—Sentencias en negocios de perturbaciones, analogías 361
891.—Acción de prevención de un peligro, actuación, características, reposición y apelación, etc. 361
892.—Aplicación del artículo en negocios posesorios, bases 362

Lanzamiento por ocupación de hecho

Estudio de las acciones posesorias en relación con las minas

Aspectos principales de ellas, exposición general, posesión de las minas, objeto de las acciones posesorias, acción de despojo, acciones posesorias especiales, etc., etc. 362

JUICIO DE SUCESIÓN

893.—Definición, desde cuándo existe el juicio sucesorio, falta de necesidad de aquella, diferencia entre la apertura de la sucesión y la del proceso sucesorio, fines del juicio sucesorio, competencia, naturaleza, diferencias, terminación 374

Medidas preventivas

Guarda y fijación de sellos

894.—Petición de ellos, competencia, pruebas que se exigen, interés real, interés presunto, indicación de los bienes 375
895.—Forma de actuación, diligencias de cargo del Juez, enumeración, observaciones 376
896.—Práctica de las medidas por funcionario distinto al competente para conocer del juicio, remisión de autos, práctica por comisionado, anotaciones 377
897.—Guarda y colocación de sellos por la Policía, carácter, levantamiento, primacía de la actuación del Juez 378
898.—Duración de la guarda y fijación de sellos, levantamiento 378
899.—Terminación del secuestro, no otorgamiento de caución, término, petición de levantamiento 378

Secuestro preventivo

900.—Secuestro de los bienes herenciales, personería para pedirlo, diferencias, deberes del peticionario, razones 379
901.—Práctica del secuestro, designación de secuestro, oposición, modo de actuar en relación con los bienes herenciales en manos de quienes aleguen derecho para retenerlos, procedencia de la alegación, prevención a los deudores, y a los comuneros con el causante 379
902.—Finalización del secuestro, práctica del inventario, otorgamiento de caución, quien puede hacerlo, calificación de la caución, no otorgamiento de caución por el peticionario del secuestro 380
903.—Reglas aplicables en relación con los secuestros, repetición del artículo 381

ART. PÁG.

904.—Deberes del albacea, cuando lo hay con tenencia de bienes no procede el secuestro, secuestro hasta la partición, interpretación del artículo en relación con el ordinal primero del artículo 902, el secuestro en relación con el que pretendan terceros, exposición, secuestro en relación con el cónyuge que tenga derecho a gananciales, observaciones, modo de practicarlo .. 381
905.—Formalidades del secuestro pedido por los acreedores .. 382
906.—Beneficio de separación, forma de reconocimiento, exigencias, registro .. 382

Aceptación de una asignación y repudiación a instancia de un tercero

907.—Demanda al heredero para aceptación o repudiación, a quien corresponde la acción, interés, pruebas, etc., incapacidades y demás 383
908.—Aceptación de una asignación en lugar del deudor, tramitación .. 384

Rescisión de la repudiación a instancia de un acreedor

909.—Tramitación, audiencia de otros, alcance .. 384

La herencia yacente

910.—Cuando se declara yacente la herencia, lo que significa esto, designación de curador, citación del albacea, del síndico, del personero, fijación y publicación de edictos .. 385
911.—Discernimiento de la curaduría, entrega al curador, forma .. 385
912.—Venta de los bienes, depósito del precio, rendición de cuentas, procedimiento .. 386

Reglas especiales para la sucesión de un extranjero

913.—Medidas preventivas, anotaciones .. 386
914.—Actuación del Juez competente para conocer de la sucesión, del incompetente, analogía .. 387
915.—Práctica de las medidas, testigos, intervención del Cónsul .. 387
916.—Obligación de los funcionarios que conozcan la muerte de un extranjero .. 387
917.—Comunicación de la muerte al Ministerio de Relaciones Exteriores 388
918.—Papel para la actuación .. 388
919.—Práctica de las medidas referidas a petición de interesado legítimo 388
920.—Primacía de los tratados públicos, observaciones .. 388

El testamento cerrado otorgado en el territorio nacional

921.—Elementos previos de la apertura .. 388
922.—Declaraciones de testigos y notario, reconocimiento, disposición de apertura .. 389
923.—Práctica de la diligencia, registro, protocolización, improcedencia de oposiciones en aquélla .. 389
924.—Falta de reconocimiento de las firmas y atestación de no hallarse la cubierta en el estado anterior, efectos, correcta aplicación del artículo .. 389
925.—Oposiciones a la apertura de un testamento, base de ellas, tramitación, qué se discute, su carácter, hasta cuando cabe hacerlas .. 390
926.—Competencia, comisión, alcance .. 390

El testamento cerrado otorgado en el extranjero

927.—Competencia, requisitos, etc. .. 390
928.—Exigencias de la apertura .. 391
929.—Intervención del secretario, designación de uno ad-hoc, deberes de los funcionarios, normas aplicables .. 391

ART. PÁG.

930.—Copias de lo actuado, remisión del original al Ministerio, envío al Juez, lo que éste ordena, copias expedidas por el notario 391
931.—Mérito de las copias hechas por quien abre el testamento, observaciones 392
932.—Ley a que se sujeta el testamento, denegación de la oposición, alcance de ella 392

El testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos y el testamento verbal

933.—Distintas formalidades para la ordenación de publicación, etc. .. 392
934.—Consignación del testamento verbal, consideraciones, etc. 393

Inventarios y avalúos

935.—Quiénes tienen facultad de pedir inventarios y avalúos, pruebas que deben acompañarse, exigencia de la legislación anterior, necesidad de la demostración del domicilio, argumentaciones en favor, crítica a la tesis contraria, hechos notorios, relación que debe hacerse en la petición de apertura, manifestación de la forma de aceptación, reconocimiento de los hijos naturales en la apertura de la sucesión, casos, argumentaciones, cuantía y competencia, concepto, ejemplo 393
936.—El Síndico como parte en las sucesiones, legislación nueva 395
937.—Contenido del auto de apertura, relación, legislación anterior 396
938.—Fijación, desfijación y publicación del edicto, señalamiento para inventarios, diferencia con la legislación anterior, prevención para el nombramiento de peritos, designación de perito único, forma, sorteo, etc. 396
939.—Confección y presentación del inventario, naturaleza suya, obligaciones del Juez, a quien corresponde aquélla, formalidades del inventario, cuándo son satisfechas, cuáles lo integran, manera de determinar los bienes, etc. 397
940.—Nombramiento de peritos para el avalúo de bienes situados en distintos municipios o que los peritos no conozcan, entendimiento del artículo, fijación de honorarios de los peritos, etc. 399
941.—Inclusión de créditos en los inventarios, derechos de los acreedores, formas, oportunidad de pedir los acreedores inclusión de sus créditos, inclusión por quien presenta los inventarios, asentimiento posterior, resultados de la inclusión unilateral de un crédito sin la prueba 400
942.—Apremios para el denuncio de bienes, interesado legítimo, finalidad del artículo 401
943.—Legislación anterior, acuerdo y desacuerdo de los interesados en el inventario, normas vigentes, traslado, objeciones, audiencia anterior, conducta del Juez acerca de la presentación del inventario, momento de hacer objeciones, inapelabilidad de la diligencia de inventario, carácter suyo, traslado, objeciones, decisión de ellas, incidente de inclusión y exclusión, a quien corresponde proponerlo 401
944.—Liquidación de los impuestos, consideraciones 403
945.—Confección de la liquidación, notificación, aprobación, normas anteriores y las actuales 403
946.—Cobro de los impuestos, derogación de los preceptos anteriores, reglas vigentes 404
947.—Exigencias previas a la aprobación de los inventarios, carácter de la aprobación, nulidad de ella 404
948.—Práctica del inventario, decreto de posesión efectiva, etc., etc., antes de la desfijación del edicto 405
949.—Finalidad de los inventarios, base de los adicionales, quiénes pueden pedirlos, oportunidades, disposición del adicional antes de la partición, notificación, etc., solicitud posterior a la partición, formalidades propias, inventario adicional de deudas, discusión, tesis fundada, argumentaciones 405

Inclusión de gastos en los inventarios

ART. PÁG.

Anotaciones .. 408

Posesión efectiva de la herencia

950.—Decreto de posesión efectiva de la herencia, en favor de quien es dictado, inscripción, oportunidad de dictarlo, hipótesis, significación del decreto, petición facultativa, otra legislación sobre la materia, procedencia de la petición, concepto de la Comisión Revisora, caso de necesidad del decreto .. 409
951.—Alcance natural del decreto, forma de dictarlo, oposición, lo que exige, exclusión, acción de petición de herencia contra ella 410
952.—Extensión del decreto en favor de otros herederos, pruebas, actuación, etc., hasta cuándo cabe dictarlo, condición del registro 411

Partición de la herencia

953.—Demanda de partición, calidad, oportunidad, lo que debe contener, oposición por no inclusión de algún heredero, contra quiénes se dirige, situación del legatario, llamamiento de los herederos del heredero, concesión de licencia a los representantes de los incapaces, procedimiento exclusivo para la partición, bienes que debe comprender la demanda, el acreedor no tiene personería para demandar la partición, jurisprudencia .. 412
954.—Notificación de la demanda, traslado, oposición, tramitación y decisión, calidad de la oposición .. 414
955.—Prevención para la designación de partidor, ordenación de la partición, casos de falta de base en la oposición, carácter de la decisión 415
956.—Nombramiento de partidor por el Juez, casos, calidades del partidor, nombramiento por el testador o el causante, tachas al partidor .. 416
957.—Partición por los herederos, condiciones, etc. .. 416
958.—Derechos de los legatarios, procedimiento, observaciones 417
959.—Término para el partidor hacer la partición, prórroga, base de la partición .. 417
960.—Dudas del partidor, resolución, género de ellas, recursos 418
961.—Desacuerdo sobre licitación, forma de decidirlo, carga probatoria 418
962.—Modalidades de la licitación, formas, requisitos, discusión acerca de la oportunidad de ordenarla .. 419
963.—Presupuestos de la partición, supuestos de suspensión 419
964.—Aprobación de plano de la partición, no se aprueba cuando comprende la división de la herencia de un heredero fallecido, argumentación, traslado de la partición, falta de objeciones, presentación de ellas, tramitación, las procedentes .. 420
965.—Aprobación de plano de la partición corregida, fundamentos, nueva orden de corrección, etc. .. 421
966.—Apelación de ciertas providencias, consideraciones 422
967.—Contenido de la sentencia, observaciones, jurisprudencia completa sobre la materia del registro de la sentencia y de la partición, solución a los problemas que surjan, venta de bienes para facilitar la partición, aspectos, procedimiento .. 422
968.—Objeto de la partición, falta de necesidad en caso de un sólo heredero, finalización del juicio, tesis contraria, crítica 425
969.—Aprobación de la partición del ausente, condiciones, anotaciones 425
970.—Modo de aprobación de la partición cuando sólo hay legatarios, consideraciones .. 426

ART. PÁG.
Ley 51 de 1943 426

AUTORIZACIÓN PARA QUE EL HECHO DEBIDO SE EJECUTE POR PERSONAS DISTINTAS DEL DEUDOR Y A SUS EXPENSAS

971.—Naturaleza de la acción, materia propia, presentación de pruebas, calidad, etc. 428
972.—Traslado de la demanda, recepción a pruebas 429
973.—Término para el fallo, brevedad 429
974.—Calidades de la sentencia, apelaciones 429

PAGO POR CONSIGNACIÓN

975.—Qué es, finalidades, traslado de la demanda 430
976.—Exigencias para autorizar la consignación, enumeración, consideraciones, autorización, cumplimiento 430
977.—Ausencia del acreedor, nombramiento de curador 431
978.—Consignación, efectos, actuación posterior para declararla válida, oportunidad de surtirla, recepción de lo debido por el acreedor .. 431
979.—Sentencia sobre la consignación, término probatorio, contenido del fallo, costas 432
980.—Proposición de la excepción de pago en razón de la consignación, prescindencia del procedimiento anterior 432

JUICIO EJECUTIVO

Reglas generales

981.—Carácter, finalidad, presupuestos, clase de jurisdicción ejercitada en él, definición, iniciación del juicio, deficiencia de la definición, definiciones, calidades del juicio, etc. 433
982.—Obligaciones exigibles ejecutivamente, norma general, título escrito, simple, compuesto, documentos, que prestan mérito ejecutivo, relación de ellos, instrumentos negociables, falta de firma, firma a ruego, estampillas, endoso, juramento, resoluciones judiciales, registro de la sentencia para que preste mérito ejecutivo, discusión, tesis, casos, jurisprudencia, condiciones requeridas fuera del título, obligación expresa, etc., exigibilidad, obligación de no hacer, cantidad líquida, concepto, anotaciones, intereses 434
983.—Posiciones que no constituyen título ejecutivo, argumentaciones .. 438
984.—Pedimento con la demanda de ordenación de reconocimiento, de requerimiento, notificación de la cesión del crédito, de éste a los herederos, fundamentos, notificación sin dejar ausentar al deudor 439
985.—Término para resolver sobre la demanda ejecutiva, consideraciones propias para hacerlo, apelación de la denegación, remisión de autos 439
986.—Materia de la orden de pago, comprensión o no de los intereses, procedimiento de fijación de su tipo 440
987.—Obligación de entregar una especie o cuerpo cierto, y de pagar perjuicios, estimación de perjuicios, capitalización de intereses, orden de embargo y secuestro del cuerpo cierto debido, renuncia, extensión de la ejecución al valor de la cosa debida, momento propio 440
988.—Obligación de entregar especies indeterminadas y de pagar perjuicios, contenido del mandamiento, etc. 441
989.—Presentación de las especies, secuestro, etc., oposición del acreedor, modo de resolver, extensión de la ejecución, pruebas 441
990.—Estimación de perjuicios en obligaciones de hacer, forma, etc., contenido del mandamiento en cuanto a la ejecución del hecho, señalamiento de plazo, apremio, nuevo señalamiento, extensión de la ejecución, cambio de objeto material, consideración, etc. 442

ART. PÁG.

991.—Ejecución del acreedor de cuerpo cierto, de la realización de un hecho, etc., cómo ejecuta por cantidad líquida de dinero y demás 443
992.—Ejecución relacionada con obligaciones alternativas, requerimiento del deudor, elección del acreedor 443
993.—Estimación de la cuantía de la ejecución, regulación ulterior, oportunidad, distinciones 443
994.—Reducción de los intereses y la pena, tiempo propicio, procedimiento, interpretación correcta del artículo, inadmisibilidad de la reducción 444
995.—Especificación de perjuicios, juramento, procedencia del mandamiento de pago, presupuestos, cuando no se ordena el juramento, diferencia 444

Ejecución de mayor cuantía

Mandamiento ejecutivo

996.—Características del proceso ejecutivo, forma de librar orden de pago, requisitos de la demanda, clase del auto que ordena el pago, negativa del mandamiento, recursos, notificación, discusión 445
997.—Lo que debe contener el auto de mandamiento, exposición, omisión de prevención para nombramiento 446
998.—Ejercicio en la ejecución de la acción personal y la real, modalidades, forma de actuar 446

Notificación

999.—Manera de hacer la notificación, intimación al deudor, exigencia de denuncio de bienes, prevención para el nombramiento de perito y de secuestre, advertencia sobre caución de saneamiento, requisito, supuesto, observaciones, decreto de embargo, secuestro y avalúo de bienes, eventos, denuncio de bienes por el acreedor, modalidades de él, hasta cuándo cabe, demás actuación 447
1000.—Comparecencia del ejecutado o de su representante para la notificación, necesidad de demostrar con la demanda la personería del representante, personas no obligadas a comparecer 448
1001.—Ocultación del ejecutado, ignorancia de su residencia, nombramiento de curador ad-litem, emplazamiento, notificación regular al ejecutado, recursos, nulidad por el emplazamiento sin embargo de no ocultación del deudor o del conocimiento de su paradero 449
1002.—Embargo de naves, notificación, con quiénes se surte, etc. 450

Embargo y secuestro

1003.—Inembargabilidad de ciertos bienes, de parte de las rentas públicas, parte embargable, discusión, tesis 450
1004.—Bienes inembargables, enumeración, completa de ellos, interpretación racional de las disposiciones, irrenunciabilidad y lo demás relacionado con la materia 451
1005.—Prevención para el nombramiento de peritos, término, actuación de varios, nombramiento por el Juez, etc. 454
1006.—Momento del avalúo, observaciones 455
1007.—Secuestro de los bienes que constituyan el ajuar de una casa, cuáles son, objetos de lujo, duración del secuestro 455
1008.—Embargo de inmuebles, manera de cumplirse, ordenación de certificado, necesidad y finalidad, etc. 455
1009.—Embargo de créditos, actuación, consecuencias 456
1010.—Acciones derivadas de censos, modalidades, etc. 456
1011.—Práctica del embargo y secuestro, observaciones, eficacia, ineficacia, reemplazo de peritos y secuestros, tacha de los peritos, nuevo avalúo 457
1012. Cesación de responsabilidad por el embargo preventivo, interpretación correcta del artículo 457

ART. PÁG.

1013.—Principio de que una cosa no es embargable varias veces, relatividad, caso de excepción expresa, embargo de los cónyuges ante terceros, jurisprudencia, argumentaciones, reactividad del primer embargo por cesación del segundo, etc. 457
1014.—Normas aplicables al secuestro, analogía, etc. 458
1015.—Prescindencia del secuestro, aspectos, interés del tercerista 459

Caución de saneamiento

1016.—Derecho de prestar caución de saneamiento, objeto, condición, ofrecimiento, admisión y calificación de la caución 459
1017.—Formalidades para constituir la caución, observaciones 459
1018.—Levantamiento de las medidas preventivas por consignación, monto y calificación de la consignación, efectos, entrega al secuestre, depósito en establecimiento indicado en el Decreto 1115, tesis .. 460

Desembargos

1019.—Levantamiento del embargo y secuestro indebidos a petición del deudor, hasta cuando puede pedirlo, tesis jurisprudencial, esa facultad en relación con bienes de terceros, debate, tesis aceptable, fundamentos 460
1020.—Práctica del secuestro en relación con quien derive derechos del ejecutado, modo de actuar 461
1021.—Práctica del secuestro cuando los bienes estén en poder de un tercero, desistimiento, atribuciones del Juez, insistencia en la diligencia, tramitación, materia del incidente, su objeto, razones, decisión, sanciones, insistencia en perseguir el derecho que tenga el ejecutado, actuación posterior 462
1022.—Secuestro cuando el bien está en manos de persona diferente a la ejecutada y que lo tenga a nombre de un tercero, deberes del Juez, llamamiento del tercero, su intervención práctica del secuestro .. 464
1023.—Petición de levantamiento por terceros, condiciones, interpretación correcta de la disposición, argumentos, actuación, tercería excluyente 464
1024.—Embargo ulterior de bienes desembargados antes, procedencia, requisitos, etc. 466

Excepciones y apelaciones

1025.—Excepciones, proposición, período de proposición, observaciones, necesidad de concretar con claridad los hechos y actos en que se apoyen, consideraciones, requisito de que la excepción sea propuesta, no cabe declararla oficiosamente, inaplicabilidad del artículo 343, jurisprudencia, limitación de las excepciones en ciertos negocios, consecuencias del incidente 466
1026.—Traslado de las excepciones, recepción a pruebas, término, prórroga, carga probatoria, sentencia, cesación de la ejecución, etc., costas, caso contrario, prosperidad parcial de las excepciones, efectos 467
1027.—Beneficio de competencia, observaciones, reconocimiento, forma, naturaleza, finalización, diferencia 468
1028.—Beneficio de inventario, modalidades, procedencia, actuación 469
1029.—Citación para sentencia, consecuencias, carácter y materia de la sentencia, recursos, etc. 469
1030.—Revisión ordinaria de la sentencia de excepciones y de pregón y remate, del auto que declara válido el pago, estado de derecho antes de la revisión, calidad de la sentencia, recurso en contra, causa de la revisión 470
1031.—Apelaciones contra los autos interlocutorios, distintos efectos, relación, apoyo, etc., recurso contra la sentencia, oportunidad de conceder y conocer de la apelación, caso 470
1032.—Apelación cuando el mandamiento dispone ejecución de un hecho,

ART. PÁG.

o entrega de un bien, etc., suspensión del término, momento de proceder al remate y al pago 471

Remate de bienes y pago al acreedor

1033.—Liquidación del crédito, época, forma, momento de disponer la entrega del dinero, consideraciones 472
1034.—Entrega del dinero embargado y proveniente de sueldo, renta o pensión, forma, casos en que no se hace hasta que se llenen ciertos requisitos 472
1035.—Entrega de la cosa debida, forma, derecho de retención, oposición de terceros, orden de remate 473
1036.—Cita de acreedores hipotecarios, representación de ellos, fijación de plazo 473
1037.—Anuncio del remate, término, casos, reducción, publicaciones, renunciabilidad, discusión, interés público, etc., tesis fundada, admisión de la renuncia unánime 474
1038.—Carteles, contenido, fijación, duración, demostración de esto, jurisprudencia, fijación de carteles antes de la notificación del auto, desde cuándo se cuenta el término, etc. 475
1039.—Formalidades cuando los bienes que se han de rematar están situados en lugar distinto de aquel en donde se siga el juicio 477
1040.—Comisión para el remate, alcance, etc. 477
1041.—Individualización de los inmuebles, nulidad, informes 477
1042.—Ordenación de formación de lotes, aspectos, petición de una parte, de ambas, críticas, consecuencias, término para hacerla 478
1043.—Duración del remate, prórroga, etc. 479
1044.—Pregones preparatorios, de apertura y demás 479
1045.—Monto de las posturas, consignación de los postores, destino de ella, devolución, etc., quién no puede ser postor, acuerdo de base del remate, remate en negocios de jurisdicción voluntaria, certificados para los remates 480
1046.—Anuncio de las ofertas, observaciones 481
1047.—Pago del precio del remate, término, legislación anterior, actual, concesión de plazo 481
1048.—Remate por cuenta de los créditos, etc., aprobación del remate, caución, asentimiento de los acreedores hipotecarios 482
1049.—Nuevos señalamientos para el remate, base de las ofertas, nuevo avalúo, etc. 482
1050.—Acta del remate, contenido, relación, etc. 483
1051.—Aprobación del remate, formalidades, contenido, relación, anotaciones y demás 484
1052.—Mérito de la diligencia de remate y su aprobación, inscripción, manera de hacerla, observación 484
1053.—Depósito de lo que sobre del pago de lo debido, seguridad de otras obligaciones, apuntes 485
1054.—Remate de derechos litigiosos, posición del rematante, subrogación 485
1055.—Prohibición de dones y ofertas en los remates, sanciones civiles, sanciones penales 486

Ejecuciones de menor (mínima) cuantía

1056.—Texto del artículo, impropiedad, a qué procesos se refiere, recursos, dificultad, reducción de términos 486
1057.—Negocios de menor cuantía, anotación 487

Procedimiento por jurisdicción coactiva

1058.—Concepto de jurisdicción coactiva, razones de su existencia, críticas, deudas que se cobran por medio de la jurisdicción dicha, disposiciones que la autorizan, relación, etc. 487
1059.—Elementos que prestan base para el ejercicio de la jurisdicción coactiva, relación, consideraciones, jurisprudencia, etc. 489

ART. PÁG.
1060.—Conocimiento de las excepciones, tercerías y consultas, competencia, proposición de recursos, etc., remisión 490
1061.—Comisiones, preferencia, etc. *Modificación* de la Ley 67 de 1943 .. 491

Tercerías

1062.—Tercerías, definición, lo que presuponen, objeto, inexistencia de las excluyentes, consideraciones, quiénes pueden incoar tercerías, discusión, tesis, argumentos, ilimitación de títulos para basar la tercería, negocios en que no se admite, competencia, rechazo de la tercería 491
1063.—Condiciones de la demanda, forma de notificación, tesis contrarias, exposición, argumentos, diversos aspectos del asunto 493
1064.—Estimación del valor de la tercería, analogía, regulación de aquélla, ocasión, caso 494
1065.—Publicación y fijación de edicto, plazo, diferencia, irrenunciabilidad, naturaleza de la admisión de la tercería, recurso, época de publicaciones, vacío del artículo, modo de llenarlo 495
1066.—Oportunidad para introducir tercerías, desde cuándo hasta cuándo corre 496
1067.—Lapso probatorio, traslado para alegar, posición de cada uno de los interesados, conducta del ejecutado y derechos del ejecutante y tercerista, sentencia de graduación de créditos, recurso 496
1068.—La tercería no acarrea suspensión del juicio, aspectos de la cuestión, etc. 497
1069.—Denuncia de nuevos bienes por la tercería, condiciones 497
1070.—Independencia del tercerista, sustitución del ejecutante, continuación del embargo y secuestro 498
1071.—Acumulación de procesos ejecutivos, carácter de ejecutante y terceristas 498
1072.—Apertura de concurso de acreedores, formalidades, consideraciones 499

CESIÓN DE BIENES

Cesión a un solo acreedor

1073.—Cesión, qué es, efectos, a quién corresponde la acción, desistimiento 499
1074.—Condiciones de la demanda, competencia, relación que debe adjuntarse, etc., admisión 500
1075.—Notificación, traslado, etc. 500
1076.—Apertura a pruebas, condiciones, carga probatoria y demás 500
1077.—Actuación posterior a la admisión de la cesión, observaciones, excepciones, ordenación de secuestro, etc. 501

Cesión a varios acreedores

1078.—Cesión a varios acreedores, qué es, qué comprende, competencia, formalidades de la demanda, admisión 502
1079.—Notificación, traslado, duración, apertura a pruebas, carga probatoria, aportación de pruebas con la demanda 502
1080.—Orden de embargo y secuestro, forma de actuación posterior, nombramiento de secuestre, excepciones, admisión de la cesión, denegación 503
1081.—Fijación y publicación de edicto, objeto, procedimiento de tercería, valor de la sentencia de graduación, término probatorio, procedencia de excepciones, ejemplo, consideraciones, recursos, no suspensión de la competencia por ellos, copias, verificación del pago 503
1082.—Apertura de concurso de acreedores, anotaciones, exigencias 504
1083.—Prescindencia de la sentencia de graduación, causas, hipótesis, etc. 505

CONCURSO DE ACREEDORES

ART. PÁG.

1084.—Condiciones de la apertura del juicio, objeto, pruebas sobre que debe basarse, enumeración de las causales de apertura y anotaciones 505

1085.—Lo que debe contener el auto de apertura de concurso, declaración de quiebra, embargo y secuestro, ocupación de libros y papeles, detención de correspondencia, guarda de bienes, y fijación de sellos, separación del concurso, fijación de edicto, prevención de notificación, prevención a los acreedores, designación de Síndico, nombramiento de secuestres y peritos, declaración de extinción de los plazos, prevención a los deudores 506

1086.—Deberes de los Síndicos, enumeración y observaciones, etc. 508

1087.—Declaración de acreedores, oportunidad, forma, recursos, prevención para el nombramiento de Síndico, designación por el Juez, preferencia 509

1088.—Reglas aplicables en los casos de quiebras, no repartimiento de la demanda y demás 510

1089.—Ejecutoria de la declaración de acreedores, apertura a pruebas, término máximo, fijación, concurrencia de nuevos acreedores, constitución en parte, traslado común, sentencia de graduación 510

1090.—Depósito para el pago de obligaciones condicionales, anotaciones, reconocimiento de derechos de terceros sobre bienes en poder del concursado 511

1091.—Prescindencia de la sentencia de graduación, condiciones, cuándo no procede 511

1092.—Recursos procedentes contra la sentencia de graduación, conservación de la competencia del Juez de primera instancia a pesar de esos recursos, sobre qué materia recae 511

1093.—Facultad de los acreedores para repartir el dinero depositado, condiciones, observaciones 512

1094.—Concurso particular de los acreedores hipotecarios, formalidades, condiciones, obligaciones de ellos, su situación 512

Decreto-Ley 750 de 1940. Exposición de motivos 513

PACTOS ACCESORIOS A LA COMPRAVENTA

1095.—Finalidad del título, pacto, comisorio, demanda, traslado, decisión, presentación de pruebas 543

1096.—Oposición, procedimiento que se origina, exigencia de caución, consecuencias de la no prestación suya, anotación 544

1097.—Pacto de retroventa, requerimiento del comprador, conceptos de él, jurisprudencia, necesidad de presentación de pruebas 544

1098.—Falta de oposición, presentación de ella, apertura a pruebas, fallo 545

1099.—Declaración de la resolución, requisitos, consideraciones 545

1100.—Pacto de adición de día, procedimiento para su eficacia 546

1101.—Entrega de lo perseguido, actuación 546

1102.—Registro de la demanda, explicación 546

TENENCIA

Lanzamiento del arrendatario

1103.—Carácter de la acción de tenencia, condiciones de la demanda, notificación, traslado, falta de oposición, fallo, notificación con fijación de aviso, cuándo se da por hecha 546

1104.—Carga de demostrar la cesación del arriendo, enumeración y anotaciones sobre las causales de finalización 547

1105.—Oposición, término probatorio, término para fallar, consignación para admitir la oposición, término para hacerla, explicaciones, apelaciones, cuándo no procede el recurso, notificación de la sentencia 548

ART. PÁG.
1106.—Ejecución de la sentencia, explicación .. 549
1107.—Oposición de terceros, etc. .. 549
1108.—Retención del arrendador, sobre qué recae, ejercicio del derecho, observaciones .. 550
1109.—Retención del arrendatario, ejercicio del derecho, carga de acreditarlo, cuándo no se reconoce, razones .. 550
1110.—Suspensión de la entrega por enfermedad, modo de conocerla, forma de aplicación correcta del artículo .. 551

Restitución de la cosa arrendada a petición del arrendatario

1111.—Bases de la demanda, traslado de ella, carga probatoria, etc., ordenación de la restitución .. 551
1112.—Oposición del demandado, término de pruebas, fallo, diferencia, analogía .. 552
1113.—Acción del arrendatario en el caso del artículo 1990 del C. Civil, explicación .. 552
1114.—Facción de la entrega, intervención de secuestre, duración, requerimientos .. 552

Disposiciones varias

1115.—Casos a que se aplican las normas precedentes, interpretación correcta del artículo, duda que ofrece .. 553
1116.—Aplicación del título al subarriendo, explicación .. 553
1117.—Acciones de los tenedores para conservar la tenencia .. 553
1118.—Fijación de la cuantía en los negocios comprendidos por el título, competencia, anotaciones .. 554
1119.—Oposiciones de terceros, apelaciones, interpretación justa, explicación .. 554

RENDICIÓN DE CUENTAS

1120.—Quiénes son obligados a rendir cuentas, objeto del juicio, carácter de la acción, procedimientos diversos, competencia, fijación de la cuantía, a quiénes corresponde la acción, exigencia de cuentas al padre, jurisprudencia, tesis contraria, sustentación, aspectos de la acción, requisitos de la demanda, admisión, traslado .. 555
1121.—Oposición, recibimiento a pruebas, etc., jurisprudencia, independencia de la acción, etc. .. 557
1122.—Fijación de término para rendir cuentas, explicaciones .. 558
1123.—Prórroga del término, condiciones, indivisibilidad de la acción .. 558
1124.—Falta de oposición, consecuencias, improcedencia de apelación, significación de no oponerse .. 558
1125.—Incumplimiento de la rendición, ejecución contra el obligado, casos en que se presenta el incumplimiento, razones, ejecución separada, improcedencia de excepciones, regulación de la cuantía .. 559
1126.—Traslado de las cuentas, término, prevención a quien las examina, cómo deben ser las cuentas, documentadas, jurisprudencia, concepto de partidas importantes, jurisprudencia .. 559
1127.—Acción del deudor de las cuentas, procedimiento, traslado .. 560
1128.—Aprobación de las cuentas por falta de objeción, apelación .. 561
1129.—Traslado de las objeciones hechas, asentimiento a ellas, ordenación de reforma .. 561
1130.—Aprobación de las cuentas reformadas, forma, unidad del derecho de objetarlas, etc. .. 561
1131.—Nombramiento de contador por que las cuentas no se reformen en oportunidad, observaciones .. 561
1132.—No asentimiento a las objeciones, nacimiento de proceso ordinario, etc. .. 562

CONTROVERSIAS ENTRE CONDUEÑOS

ART. PÁG.

1133.—Tramitación y decisión de las controversias entre condueños o comuneros, procedimiento, cuáles no se tramitan conforme el artículo, acciones posesorias del comunero, etc., elementos que se requieren para reconocer algunos derechos de los comuneros, observaciones, etc. 562

JUICIOS DIVISORIOS

Disposiciones generales

1134.—Naturaleza de la acción, objeto, competencia, comunidad sucesorial, titular de la acción, venta, partición, prueba requerida para lo anterior, pericial, testimonial, explicaciones 563
1135.—Traslado, condiciones de la demanda, contra quiénes se dirige, qué debe comprender, prueba que debe acompañarse a la demanda, admisión, licencia para la partición 564
1136.—Oposición del demandado, período de pruebas 566
1137.—Falta de oposición, ordenación de la partición 566
1138.—Oposición con base en cuestiones de mero derecho, decisión, facultades de los Jueces, observaciones 566
1139.—Recibimiento a pruebas, condiciones, modo de obrar la carga probatoria, demostración del carácter de comunero para el éxito de la acción 567
1140.—Exigencia de caución, consecuencias, etc. 567
1141.—Recursos, tramitación y decisión, clase de la resolución que ordene o deniegue la partición, jurisprudencia, sentencia, etc. 567
1142.—Suministro de gastos, formación de lote, oportunidad del suministro, explicaciones, reintegro al comunero que los hace 568

Venta de bienes comunes

1143.—Derecho de compra de los demandados, ejercicio, prevención y avalúo, reconocimiento de aquél 569
1144.—Fijación de precio de compra, explicaciones, consignación por los compradores, sentencia de adjudicación, inscripción, oposiciones, anotaciones 569
1145.—Falta de pago del precio, derechos de los demandantes, explicaciones 570
1146.—Oposición a la partición por venta, plazo para ejercitar la facultad de compra, observaciones 570
1147.—Ordenación de la venta, condiciones, forma de hacerla, base de las ofertas 570
1148.—Entrega del precio, observaciones, nombramiento de partidor, actuación posterior 571

División material

1149.—Nombramiento de partidor, partición por los comuneros, etc. 571
1150.—Intervención de varios partidores, división del trabajo, intervención de agrimensores, condiciones, etc. 571
1151.—Diferencias entre comuneros, resolución, procedimiento, fuerza de la decisión, revisión por vía ordinaria, ocasión de hacer valer los derechos por mejoras, etc. 572
1152.—Otras normas aplicables, consideraciones 572

División de las grandes comunidades

1153.—Consideraciones generales, inoperancia del capítulo, explicación, etc. qué son las grandes comunidades, modo de partirlas 573

ART. PÁG.
1154.—Condiciones de la demanda, etc. .. 573
1155.—Admisión de la demanda, ordenación de la partición, notificación, fijación de edicto y demás .. 574
1156.—Comparecencia a hacer valer derechos y presentación de pruebas .. 574
1157.—Elección de administrador, árbitros y agrimensores, señalamiento de honorarios, legislación actual .. 574
1158.—Calidades de los árbitros, subrogación del artículo .. 574
1159.—Tachas a los agrimensores y a los avaluadores .. 574
1160.—Funciones de los administradores .. 575
1161.—Nombramiento de los agrimensores y peritos, posesión, reemplazo .. 575
1162.—Revisión del auto que fija honorarios .. 575
1163.—Constitución de Tribunal, derogación, señalamiento de término a los comuneros para hacer valer sus derechos, oportunidad .. 575
1164.—Naturaleza de los autos que se dictan, notificación, motivación, explicaciones .. 575
1165.—Posesión del administrador, avaluadores y agrimensores .. 576
1166.—Designación del administrador que falte, etc. .. 576
1167.—Funciones que antes tenían los arbitradores y hoy los Jueces, enumeración, consideraciones, etc. .. 576
1168.—Deberes de los avaluadores .. 577
1169.—Solución de las dudas de los agrimensores .. 577
1170.—Obligaciones del administrador nombrado .. 577
1171.—Deberes de los agrimensores, forma de cumplirlos .. 577
1172.—Aplicación de las normas sustantivas en la división de grandes comunidades .. 577
1173.—Las sucesiones ilíquidas en la gran comunidad, características, excepción, consideraciones y demás .. 577
1174.—Presentación de la partición .. 578
1175.—Traslado de la partición, forma, duración .. 578
1176.—Sentencia aprobatoria de la partición, disposición de rehacerla .. 578
1177.—Apelación de las dos providencias anteriores, forma de actuación, consideraciones .. 578
1178.—Comprensión por la comunidad de resguardos de indígenas, leyes sobre ellos .. 578
Ley 51 de 1943. Transcripción de su texto .. 579

PRESTACIÓN O RELEVO DE LA FIANZA Y OTORGAMIENTO DE OTRAS CAUCIONES

1179.—Objeto de lo dispuesto en el artículo, condiciones de la demanda, competencia, traslado .. 582
1180.—Oposición del demandado, apertura a pruebas, silencio del demandado, excepciones, fallo .. 582
1181.—Término de ejecución de la sentencia, prevención al obligado, embargo, observaciones .. 582
1182.—Apelación del fallo por las partes, explicación .. 583
1183.—Decisión sin recibir a pruebas, condiciones, aducción de pruebas, constitución de caución .. 583
1184.—Levantamiento del embargo y secuestro, oportunidad, etc. .. 583
1185.—Procedimiento para que se otorgue la caución contratada .. 584
1186.—Requisitos de las cauciones, calificación de la suficiencia, etc., circular de la Procuraduría, constitución inmediata, aspectos .. 584
1187.—Caución consistente en prenda, en dinero, designación de secuestre, depósito del dinero, formas de constituir la fianza, la hipoteca, agregación de la escritura a los autos .. 586
1188.—Calificación de las cauciones por el Juez, anotaciones .. 586

VENTA O ADJUDICACIÓN DE LA PRENDA O DE LOS BIENES HIPOTECADOS

ART. PÁG.

1189.—Carácter de las acciones, competencia, condiciones de la demanda, presentación de pruebas, admisión, traslado, sujeto pasivo, indivisibilidad, presentación de certificado, embargo, citación de terceros, acreedores, unidad y forma del traslado, no concurrencia de los terceros, depósito del dinero que sobre, cancelación de la inscripción, comparecencia del tercero, situación procesal, procedimiento, explicación 587

1190.—Oposición del demandado, período probatorio, excepciones 588

1191.—Sentencia, diferencias, forma de notificación, otras disposiciones aplicables, revisión por la vía ordinaria 589

1192.—Ordenación de avalúo y venta, modo de hacerla, observaciones, formación de lotes 589

1193.—Disposición de secuestro, modo de practicarlo, oposiciones, observación 589

1194.—Entrega del sobrante del precio, supuestos en que no se hace 590

1195.—Adjudicación a los acreedores, nuevo avalúo, modo de hacerla efectiva, ordenaciones que deben hacerse 590

1196.—Prescindencia del remate cuando los bienes no valen más de ciento cincuenta pesos, crítica, adjudicación al acreedor, concurrencia de varios 590

1197.—Disposiciones del proceso ejecutivo aplicables al hipotecario, explicaciones, dificultades, otras disposiciones que deben tenerse en cuenta 591

1198.—Finalización de otros embargos y secuestros por él dispuesto en el juicio hipotecario, crítica y observaciones, interpretación correcta del artículo, no finalización de algunos, finalización de los no dispuestos en los ejecutivos, cómo se realiza tal finalización, varios embargos en procesos de acciones reales, acumulación, prevalencia, medio de defensa de aquél cuyos embargo y secuestro desaparecen, desistimiento especial, explicación 591

REDUCCIÓN DE LA HIPOTECA O DE LA PENA ESTIPULADA Y FIJACIÓN DE INTERESES

1199.—Casos de reducción de la pena y de la hipoteca, competencia, procedimiento, admisión de la demanda, notificación, traslado, término probatorio, decisión, fuerza de ella, carga probatoria, etc. .. 593

1200.—Casos de reducción de intereses, procedimiento, pruebas, competencia, fijación de intereses comerciales 594

MEJORA DE LA HIPOTECA, REPOSICIÓN DE LA PRENDA Y EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN NO VENCIDA

1201.—Modo de proceder en lo indicado en el título, actuación sumaria, necesidad de pruebas, prevención al demandado, etc. 595

1202.—Presupuesto de la declaración de extinción del plazo, cómo se hace, apelación, revisión en articulación, carga probatoria, naturaleza y efectos de la declaración de extinción, cuándo no es necesaria .. 595

ASUNTOS VARIOS

1203.—Formalidades en los casos en que el Juez debe proceder con conocimiento de causa, explicaciones, casos de asuntos contenciosos, modo de actuar, observaciones, fuerza del fallo, jurisprudencia, casos de aplicación del artículo 596

ART. PÁG.

1204.—Negocios en que el Juez decide a su prudente arbitrio, manera de actuar, iniciativa probatoria, explicaciones, lleno de ciertas formalidades legales, eventos de pretensiones encontradas, etc., ejemplos de aplicación del artículo 597
1205.—Eventos en que los Jueces proceden oficiosamente, formalidades, atribuciones, audiencia de interesados, etc., anotaciones, críticas, ejemplos de aplicación del artículo 598
1206.—Oposición al registro de una marca o concesión de una patente, competencia, procedimiento, segunda instancia 599
1207.—Enajenación de cosas retenidas en seguridad de lo debido, a petición de quienes las tengan, procedimiento, quiénes tienen ese derecho, proposición de las acciones, etc. 599

PROCEDIMIENTO VERBAL

1208.—Bases del procedimiento, consideraciones, censuras, argumentos contrarios, escogencia del procedimiento verbal por las partes, formalidades requeridas, etc., cuándo es obligatorio, anotaciones, papel, distinción, preferencia 600
1209.—Admisión de la demanda, fijación de audiencia, traslado, contestación, práctica de la audiencia, derechos de las partes, duración, nueva audiencia, acta de las audiencias, ordenación de pruebas, presentación de alegatos, ampliación de términos, decisión de excepciones y demás 602
1210.—Clase del fallo, en derecho, en conciencia, interpretación de las dudas en favor de los asalariados, fundamento, condiciones del fallo pronunciado en conciencia 603
1211.—Apelación de la sentencia, forma de decisión, inapelabilidad de la sentencia dictada en conciencia, razones 604
1212.—Adopción del procedimiento verbal en la segunda instancia 605
1213.—Improcedencia del recurso de casación, anotaciones 605

ARBITRAMENTO

1214.—Arbitramento, anotaciones, censuras, etc., asuntos susceptibles del arbitraje, cláusula compromisoria, leyes especiales que lo tratan .. 605
1215.—Adopción del arbitramento, diversas oportunidades para ello, etc. 606
1216.—Acto que deben otorgar los interesados, contenido, materia de él, nombramiento de árbitros, clase de sentencia, anotaciones sobre lo anterior, designación de arbitradores por la Cámara de Comercio, caso de que una parte no designe el que le corresponde 606
1217.—Desaparición del arbitramento, causas, enumeración, sustitución del árbitro que falte, manera de hacerla 608
1218.—Designación de Presidente y Secretario del Tribunal, acta, etc., consignación de gastos, curso de la actuación 608
1219.—Entrega del expediente formado por litigio ya iniciado y sometido a decisión de los árbitros, forma de hacerla, devolución de los autos, momento de hacerla, requerimiento para ella 609
1220.—Determinación para celebración de audiencia, objeto 609
1221.—Forma de verificar la audiencia, disposición de práctica de pruebas, término, duración y repetición de ellas, decisión, carácter de ésta, etc. 609
1222.—Aumento del término para fallar que tienen los arbitradores, límite máximo, analogía 610
1223.—Forma de la sentencia, recursos en contrario, improcedencia de la apelación, de la casación y de la revisión, jurisprudencia, ejecución de la sentencia 610
1224.—Notificación especial de la sentencia, forma, ejecutoria, devolución de los autos 611

ART. PÁG.
1225.—Registro y protocolización de la sentencia, interpretación racional del artículo 611
1226.—Consecuencias de la aceptación del cargo por los arbitradores, responsabilidad y demás 612
1227.—Como quienes actúan los arbitradores, por qué no son recusables, responsabilidad penal suya, acción civil del perjudicado 612

DISPOSICIONES FINALES

1228.—Aplicación de las disposiciones del Código en relación con la legislación anterior, anotaciones 612
1229.—Acción de suspensión, para qué negocios subsisten, etc. 613

ESTE LIBRO SE TERMINÓ
DE IMPRIMIR EL DÍA 25
DE FEBRERO DEL AÑO
MIL NOVECIENTOS CUA-
RENTA Y SEIS, EN
LA IMPRENTA LOPEZ,
PERU 666, BUENOS AIRES,
REPUBLICA ARGENTINA.