

# Estudios sobre el Código General del Proceso



*Fredy Andrei Herrera Osorio*  
*John Freddy Saza Pineda*  
(Editores)



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE COLOMBIA  
SEDE BOGOTÁ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES JURÍDICO - SOCIALES  
"GERARDO MOLINA" - UNIJUS





# **Estudios sobre el Código General del Proceso**

**Volumen I**



# Estudios sobre el Código General del Proceso

## Volumen I

Hernando Blanco García  
José Alejandro Bonivento Fernández  
César Augusto Brausín Arévalo  
Rosa Elizabeth Guío Camargo  
Fredy Andrei Herrera Osorio  
Harbey Peña Sandoval  
Eddy Rolando Ramírez Gómez  
John Freddy Saza Pineda  
Iván Javier Serrano Merchán



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES JURÍDICO - SOCIALES  
"GERARDO MOLINA" - UNIJUS

Bogotá, D.C.

2014

Catalogación en la publicación Universidad Nacional de Colombia

Blanco García, Hernando

Estudios sobre el código general del proceso : tomo 1 / Hernando Blanco García [y otros ocho]; edición y bibliografía general Fredy Andrei Herrera Osorio, John Freddy Saza Pineda. – Bogotá : Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico- Sociales Gerardo Molina – UNIJUS, 2014

204 páginas – (Serie libros de texto Jurídico-Políticos de la Universidad Nacional de Colombia;  
3)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN : 978-958-775-196-3

1. Derecho procesal - Colombia 2. Procesos (Derecho) 3. Recurso de casación 4. Conciliación  
5. Apelación 6. Audiencias 7. Nulidad (Derecho) I. Herrera Osorio, Fredy Andrei, 1980-, editor II. Saza  
Pineda, John Freddy, editor III. Título II. Serie

CDD-21 347.86105 / 2014

## ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

© Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
*Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales “Gerardo Molina” – UNIJUS*

© *Edición y bibliografía general:*  
Fredy Andrei Herrera Osorio  
John Freddy Saza Pineda

© Hernando Blanco García / José Alejandro Bonivento Fernández / César Augusto Brausín Arévalo / Rosa  
Elizabeth Guío Camargo / Fredy Andrei Herrera Osorio / Harbey Peña Sandoval / Eddy Rolando Ramírez  
Gómez / John Freddy Saza Pineda / Iván Javier Serrano Merchán, autores

Primera edición, 2014  
Impreso y hecho en Bogotá, D.C., Colombia

ISBN: 978-958-775-196-3

Serie de libros de texto Jurídico-Políticos  
Tomo 3

Diseño y diagramación:  
Editorial Kimpres

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso en Colombia / Printed en Colombia

# Contenido

PRESENTACIÓN .....	11
VIGENCIAS Y DEROGATORIAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	
<i>César Augusto Brausín Arévalo</i> .....	15
1. Gradualidad.....	15
2. Normas derogadas actualmente en todo el territorio nacional, del Código de Procedimiento Civil. ....	17
3. Otras disposiciones vigentes del Código General del Proceso.....	18
3.1.Normas en materia de procedimiento civil que entraron a regir desde el 12 de julio de 2012. ....	18
3.2.Normas en materia de procedimiento administrativo que entraron a regir desde el 12 de julio de 2012.....	20
3.3.Otras normas vigentes desde el 12 de julio de 2012. ....	20
3.4.Normas vigentes desde el 1 de octubre de 2012. ....	21
4. Régimen de transición y adición al artículo 40 de la Ley 153 de 1887. ....	21
5. Coexistencia de regímenes procesales en Colombia.....	21
6. Actualización a Junio de 2014 .....	22
CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL PROCESO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	
<i>Rosa Elizabeth Guío Camargo</i> .....	25
AUDIENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	
<i>Fredy Andrei Herrera Osorio</i> .....	33
1. La oralidad: ¿un nuevo paradigma?.....	34
2. Los principales cambios del nuevo proceso.....	37
3. Los principios que rigen las audiencias.....	44
3.1. Igualdad procesal .....	44
3.2. Oralidad .....	45
3.3. Inmediación .....	46



3.4. Concentración .....	48
3.5. Publicidad .....	48
3.6. Intervención en las audiencias .....	48
3.7. Idioma .....	50
3.8. Grabación .....	50
3.9. Programación .....	50
3.10. Continuidad .....	51
3.11. Uso de toga .....	52
4. La audiencia inicial.....	52
4.1. Finalidad .....	53
4.2. Reglas que la informan.....	54
4.3. Contenido.....	55
4.4. Consecuencias de la inasistencia.....	62
5. La audiencia de instrucción y juzgamiento. ....	63
5.1. Finalidad .....	63
5.2. Contenido.....	64
5.2.1. Práctica de pruebas .....	65
5.2.2. Alegación de conclusión .....	66
5.2.3. Sentencia .....	68
5.3. Efectos de la inasistencia .....	70
6. Conclusiones.....	70

LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL.  
ALGUNOS ASPECTOS TRATADOS POR EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

<i>John Freddy Saiza Pineda.....</i>	75
--------------------------------------	----

1. Primer paradigma .....	76
2. Segundo paradigma .....	78
3. Tercer paradigma .....	81
4. Cuarto paradigma .....	83
5. Quinto paradigma .....	86
6. Sexto paradigma .....	87
7. Novísimo paradigma .....	89
8. Énfasis .....	89

LA REFORMA AL RÉGIMEN PROCESAL CIVIL EN COLOMBIA. EL RECURSO DE APELACIÓN

<i>Eddy Rolando Ramírez Gómez .....</i>	93
---	----

1. Introducción .....	93
2. Congestión judicial, el costo económico y “el ciudadano de a pie” .....	94

3. La oralidad, el retorno a la raíz .....	95
4. Finalidad de los recursos.....	96
5. El recurso de apelación, algunos aspectos básicos.....	96
5.1. Finalidad .....	97
5.2. Elementos .....	98
5.3. El objeto.....	98
5.4. Sentencias apelables según el Código General del Proceso .....	98
5.5. Autos apelables según el Código General del Proceso .....	99
5.6. Limitación del objeto, la competencia del <i>ad quem</i> .....	101
5.7. Los sujetos .....	102
5.8. Los efectos .....	102
6. La reforma, los criterios de eficiencia del Código General del Proceso .....	103

BREVES APUNTES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO  
(LEY 1564 DE 2012) CON VISTA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

<i>José Alejandro Bonivento Fernández</i> .....	107
---	-----

1. La casación: recurso extraordinario contra sentencia.....	108
2. Los fines de la casación.....	108
3. La procedencia del recurso de casación.....	110
4. Las causales de casación.....	113
5. Oportunidad y legitimación para interponer el recurso de casación .....	118
6. Interés para recurrir en casación: cuantía, justiprecio y concesión .....	119
7. Efectos del recurso de casación.....	121
8. Admisión y trámite del recurso. Traslado de la demanda .....	125
9. Los requisitos de la demanda de casación.....	129
10. Extemporaneidad de la demanda e inadmisión de la demanda de casación.....	138
11. Selección en el trámite del recurso de casación.....	139
12. Traslado de la demanda al opositor.....	140
13. La sentencia de casación .....	141
14. Ineficacia del cumplimiento de la sentencia recurrida.....	143
15. Acumulación de fallos .....	143
16. Aspectos puntuales a tener en cuenta para no caer en las trampas de la casación .....	144

NULIDADES PROCESALES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

<i>Iván Javier Serrano Merchán</i> .....	147
--	-----

1. Nulidades en la Constitución y debido proceso.....	149
2. Diferencias principales entre las nulidades del Código General del Proceso y las del Código de Procedimiento Civil.....	150

3. Taxatividad de las causales de nulidad .....	154
4. Artículo 372-8 del Código General del Proceso .....	154
5. Trámite de las nulidades .....	155
6. Corolario.....	157

#### COMENTARIOS A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

<i>Hernando Blanco García</i> .....	159
-------------------------------------	-----

1. Eliminación de caución previa .....	161
2. Inscripciones de demanda en litigios declarativos .....	163
3. Cautela innominada .....	165
4. Cautelas por fuera del proceso .....	169
5. Novedades en innembargabilidad .....	170
6. Algunos cambios en materia de secuestro de bienes .....	171

#### LA CONCILIACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

<i>Harbey Peña Sandoval</i> .....	175
-----------------------------------	-----

1. Introducción .....	175
2. Concepto de conciliación y sus clases.....	176
3. La conciliación judicial en el Código de Procedimiento Civil y en el Código General del Proceso .....	177
4. Concepto de la conciliación judicial en la Corte Constitucional .....	184
5. Concepto de la conciliación judicial en dos doctrinantes .....	185
6. La conciliación judicial en la comisión redactora del proyecto del Código General del Proceso.....	187
7. La conciliación judicial en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y Código de Procedimiento Penal.....	190
8. Comentarios finales sobre la conciliación judicial .....	193

# Presentación

La inquietud originada en la comunidad jurídica por la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso, sirvió de pretexto para convocar a estudiosos del derecho en orden a que compartieran sus reflexiones y análisis sobre puntos específicos de este nuevo estatuto procesal, con la idea de fomentar la discusión crítica sobre las materias que, en pocos años, serán la pauta de actuación en los asuntos civiles, comerciales y de familia, así como el régimen residual de toda la estructura procedural del país.

Los análisis reunidos en este libro, son el resultado de la discusión en torno a las modificaciones sustanciales que conlleva el nuevo Código General del Proceso, y han sido posibles, gracias al decidido apoyo de la Decanatura y la Videcanatura, quienes han facilitado el desarrollo de este ejercicio académico.

Se logró contar con la participación de exmagistrados (doctor José Alejandro Bonivento Fernández), profesionales con formación internacional (doctor Harbey Peña), docentes universitarios (Universidad Nacional de Colombia, Universidad Católica, Universidad de los Andes y Universidad del Externado), funcionarios y ex funcionarios Judiciales (doctores César Brausin y John Freddy Saza), y abogados corporativos (doctor Hernando Blanco).

¿Cuál es la relevancia del Código General del Proceso que explique este esfuerzo? Si bien el nuevo estatuto no constituye un cambio radical a la estructura procesal de nuestro país, al punto que se conserva la presentación del Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que sí supone modificaciones sustanciales en los principios que lo informan, situación que demanda una “nueva” concepción para los operadores jurídicos. Dentro de los principales cambios se resaltan los siguientes:

- Aplicación general de la oralidad en la fase de instrucción, alegación y decisión, reduciéndose la escritura a la fase preparatoria del proceso (entramamiento de la litis y excepciones previas), expresada a través de la práctica de audiencias.
- Responsabilidad de las partes en la práctica de las pruebas de cargo o descargo, al punto de entenderse desistidas aquellas que no puedan realizarse por falta de diligencia de la solicitante.
- Posibilidad de encargar la procuración judicial a personas jurídicas, bajo la concepción de que las barras o colectivos de abogados son indispensables para el correcto funcionamiento del sistema.
- Concentración de las actuaciones procesales en audiencias, con la posibilidad real de que la instrucción y juzgamiento se realice en una única audiencia, como sucede con la reconstrucción de expedientes, el proceso verbal sumario y el verbal en que ello sea posible y conveniente.
- Incorporación de la segunda generación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) al proceso civil, comercial y de familia, permitiéndose la presentación de demandas y demás escritos por medio de mensaje de datos.
- Reafirmación de la pérdida de competencia judicial para fallar cuando el proceso se extienda más allá del plazo indicado en la regulación para el efecto.
- Simplificación del reconocimiento de obligaciones no documentadas o con títulos extraviados o destruidos, como se evidencia en el nuevo procedimiento extraprocesal de reposición de títulos valores y el proceso monitorio.
- Consagración de la carga dinámica de la prueba, bajo la consideración que ello debe hacerse antes de fallar para permitir al afectado con la misma que pueda desplegar una correcta labor probatoria.

- Ampliación del marco de actuación de las autoridades administrativas en desarrollo de funciones jurisdiccionales, como mecanismo para permitir que ciertas actuaciones no sobrecarguen el aparato judicial, como sucede con las controversias sobre propiedad intelectual, derecho societario, derecho de consumo y, recientemente, las garantías mobiliarias (Ley 1676).
- Publicidad general para todas las actuaciones y procesos, en orden a permitir un mayor control social y la socialización de la justicia.

En la presente publicación se pone a disposición de la comunidad jurídica el primer grupo de artículos, en torno a la entrada en vigencia del nuevo Código General del Proceso.

El primer artículo es el del doctor César Brausin, relativo a la vigencia de la ley 1564 de 2012, por cuanto nos permitirá comprender cómo ha entrado en vigencia de forma progresiva esta norma, así como la permisión para que sea el Consejo Superior de la Judicatura el encargado de definir el momento exacto de su completa aplicación.

A renglón seguido nos adentramos en el tema de la capacidad para ser parte en el nuevo proceso civil, comercial y de familia, a través del análisis presentado por la doctora Elizabeth Guío, donde se examina cómo los patrimonios autónomos reciben una legitimación para comparecer al proceso siempre que lo hagan a través de la sociedad fiduciaria que actúe como su vocera.

El artículo del doctor Fredy Herrera, por su parte, analiza el tema de las audiencias en el Código, como la más importante de las manifestaciones de la oralidad dentro de la nueva estructura procesal, llamándose la atención sobre la exigencia de que el juez presida su práctica y las consecuencias nefastas de la inasistencia a cualquiera de ellas.

La revisión de la sentencia judicial y los paradigmas que han sido objeto de superación en los últimos años constituye el eje del documento escrito por el doctor John Freddy Saza, quien devela cómo la sentencia dejó de ser el acto final de un proceso judicial, por cuanto es posible que se profiera de forma anticipada o que se componga de dos actos diferenciados, pero sucesivos.

Con el artículo del doctor Eddy Ramírez se abre la discusión en torno al recurso de apelación y sus principales modificaciones en el Código General del Proceso, considerando algunas razones económicas que llevaron a ello, a partir de las necesidades de mercados globales y rápida movilización de activos.

El doctor José Alejandro Bonivento Fernández se detuvo en la revisión de la casación y sus cambios, buscando que todos los interesados conozcan cuáles son las “trampas” creadas por el legislador para dificultar el uso del mecanismo extraordinario, de suerte que los defectos formales no hagan nugatoria la finalidad nomofiláquica de la misma.

Con el tema de las medidas cautelares, presentado por el doctor Hernando Blanco, se advierte sobre la permisón general consagrada a favor de los jueces para decretar medidas innominadas, rompiéndose así el principio de la taxatividad de ellas.

Por último, se aborda el tema de la conciliación en el Código General del Proceso y sus principales cambios frente al estatuto anterior, donde el doctor Harbey Peña enseña cómo este mecanismo alterno de solución de conflictos se encuentra sumergido en una maraña procesalista que le impide desarrollar toda su potencialidad.

Esperemos que en un corto plazo podamos presentar el segundo bloque de artículos, de suerte que el estudio del nuevo estatuto procesal sea integral y que podamos contribuir de forma decisiva al debate académico sobre la materia.

*Fredy Andrei Herrera Osorio*  
*John Freddy Saza Pineda*  
Editores

# Vigencias y derogatorias en el Código General del Proceso

César Augusto Brausín Arévalo\*

El tema se abordará de la siguiente manera: inicialmente trataremos la gradualidad prevista por el legislador en el art. 627 para la vigencia del Código General del Proceso (CGP), a continuación veremos las normas derogadas del Código de Procedimiento Civil (CPC) reemplazadas por disposiciones del CGP; luego se evidenciará la vigencia anticipada de normas de la Ley 1564 que hoy complementan el CPC y otras disposiciones, las normas de transición del CGP y la modificación al art. 40 de la Ley 153 de 1887; finalmente, la posibilidad de coexistencia de regímenes procesales diferentes.

## 1. Gradualidad

El art. 627 del CGP tiene varias entradas en vigencia: una a partir de su promulgación, otra desde el 1 de julio de 2013, otra del 1 de octubre de 2013, una gradual por tiempo y espacio posible desde el 1 de enero de 2014 y una posible entrada total el 1 de enero de 2017.

Frente a la tradicional entrada en vigencia de las leyes sin más condicionamientos que su promulgación, la Ley 1564 de 2012<sup>11</sup>

---

\* Abogado por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales. Docente en la Universidad de los Andes. Miembro de la Comisión de Magistrados y Jueces para el Plan de Acción del Código General del Proceso. Juez civil del Circuito.

<sup>1</sup> Código General del Proceso. Artículo 627. *Vigencia*. 1. [...]6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1.º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga



hereda de la Ley 1395 de 2010<sup>2</sup> la vigencia gradual de la mayoría de sus artículos, por decisión del Consejo Superior de la Judicatura, en virtud de las competencias constitucionales y estatutarias de la Sala Administrativa, condicionada a dotación de infraestructura física y tecnológica, capacitación, número de despachos requeridos al día y demás elementos necesarios para la implantación del procedimiento verbal y por audiencias.

En cuanto al tiempo, se fija en tres años, aunque nada obsta para la entrada en vigencia en una sola fecha en todo el territorio nacional, y el espacio sugiere que puede ser por distritos judiciales.

Ahora bien, vista la especial redacción de la vigencia gradual, surge la posibilidad de que el CGP pueda entrar a regir por artículos, situación que no es descabellada y que como bondad puede permitir el tratamiento homogéneo en materia de la aplicación del Código, que recordemos, además de derogar el CPC, también deroga normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPA y CA), de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, e incluso del Código Civil, como es el caso de su art. 1434, derogado por el literal c) del art. 626 del CGP, referente a la notificación a los herederos del deudor sobre la existencia del crédito; por ejemplo, si en Bogotá se aplicara el CGP no se requeriría la notificación a los herederos del deudor fallecido, pero si en Soacha se aplican por gradualidad el CPC y la Ley 1395, la norma del Código Civil (CC) estará vigente, generando traumatismos en materia de adelantamiento del litigio, porque en Bogotá no habría causal de suspensión del proceso, mientras que en Soacha sí, por virtud del art. 168 del CPC. ¿Qué pasará con el litigante en causa propia, teniendo en cuenta que está cobijado por la presunción de conocimiento de la norma del art.9.º del Código Civil?

Ni hablar de la carga del perito de acudir a rendir el dictamen en audiencia, de cara al paso al art. 25 de la Ley 1395, caso en el cual los genetistas deben acudir a todos los juzgados

---

de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

<sup>2</sup> Ley 1395 de 2010. Artículo 44. [...] Parágrafo. Las modificaciones a los arts. 366, 396, 397, 432, 433, 434 y 439, la derogatoria de los arts. 398, 399, 401, 405 y del capítulo I —Disposiciones generales—, del título XXII—Proceso abreviado—, de la sección I—Los procesos declarativos—, del libro III—Los procesos del Código de Procedimiento Civil y la modificación del art. 38 de la Ley 64º de 2001—, entrarán en vigencia a partir del 1º de enero de 2011 en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo máximo de tres años. Los procesos ordinarios y abreviados en los que hubiere sido admitida la demanda antes de que entren en vigencia dichas disposiciones, seguirán el trámite previsto por la ley que regía cuando se promovieron.

de familia del país, pero que podría resolverse aplicando inmediatamente el párrafo del art. 228 del CGP.

Es dable que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura considere la vigencia por normas del CGP, en beneficio de los usuarios de la Administración de Justicia en casos como el que antecede.

## **2. Normas derogadas actualmente en todo el territorio nacional, del Código de Procedimiento Civil**

Por la novedad de la Ley 1564 y la costumbre de una vigencia única, se cree que muchas normas del CPC ya no están vigentes, pero en realidad solo ocho artículos han sido derogados.

Para el 12 de julio de 2012 se derogaron los arts. 211, de juramento estimatorio, ya modificado por la Ley 1395, y el 544, de realización de la garantía real, que fueron sustituidos por los arts. 206<sup>3</sup> y 467 del CGP.

De estas normas es necesario detenernos en la realización especial de la garantía real, como se verá a continuación: a la presentación de la solicitud se acompaña avalúo con arreglo al art. 444, se libra mandamiento ejecutivo del art. 430, el trámite de excepciones es el del art. 443, la adjudicación se surte con arreglo a los arts. 448 y 450 a 457, todas ellas normas del CGP.

A primera vista se observan dos posibilidades extremas en la aplicación especial de la garantía real: dar aplicación al articulado del CGP, o aplicar el avalúo, el mandamiento ejecutivo, el trámite de excepciones y la adjudicación del bien del CPC.

El segundo momento de derogatorias del CPC fue el 1 de octubre de 2012, en el cual se derogaron los arts. 19 (sobre cuantía), 90 y 91 (sobre interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora), 346 (sobre desistimiento tácito), 499 (del proceso de reposición, reivindicación y cancelación del título valor) y, finalmente, el 690, de medidas cautelares en procesos ordinarios, que actualmente han sido sustituidos por los arts. 25, 94, 95, 317, 398 y 590 del CGP, temas sobre los cuales se referirán los demás autores.

<sup>3</sup> En este artículo se declaró exequible condicionalmente el párrafo del art. 206 del CGP bajo el entendido de que la expresión por falta de demostración de perjuicios no procede cuando la misma sea imputable a la sent.C-157 de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo.

### **3. Otras disposiciones vigentes del Código General del Proceso**

#### ***3.1. Normas en materia de procedimiento civil que entraron a regir desde el 12 de julio de 2012***

3.1.1. El art. 24 del CGP retoma de la nefasta reforma constitucional a la justicia la atribución de facultades jurisdiccionales otorgadas a autoridades administrativas y ha dado lugar a dos pronunciamientos sobre constitucionalidad, acerca de los literales 3b y 4.

El literal b del numeral 3 fue objeto de pronunciamiento en la sent. C-436 de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo, que en lo pertinente adujo: “[...] siempre y cuando la estructura y funcionamiento de la Dirección Nacional de Derechos de Autor garanticen los procedimientos de imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas”, produciendo decisión de constitucionalidad condicionada, aunque en mi opinión los arts. 13 y 29 superiores serían aplicables por prelación constitucional, sin necesidad del pronunciamiento allí realizado.

Cosa diferente sucede en el caso del numeral 4 y las funciones que el legislador otorgó al Ministerio de Justicia y del Derecho, que la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, declaró inexecutable en gran parte en sent. C-156 de 2013, lo cual amerita los comentarios que a continuación se ofrecen.

Es necesario recordar que la demanda se dirigió contra el art. 199 de la Ley 1450 de 2011, “Plan Nacional de Desarrollo”, disposición derogada por el art. 24 del CGP, numeral 4, situación evidenciada por la Corte Constitucional, que encontró integración normativa y por tal vía vinculó esta última disposición al pronunciamiento.

Luego de memorar los pronunciamientos que ha emitido sobre funciones jurisdiccionales en cabeza de autoridades administrativas, acomete el análisis del caso concreto desde el principio de excepcionalidad; en palabras de la Corte:

[...] en la atribución de tales funciones ya la necesidad de una concreción del artículo constitucional citado que resulte armónica con la separación de funciones entre los poderes públicos, el acceso a la Administración de Justicia como derecho y servicio público, y el debido proceso.

Por lo tanto, concluye que el numeral 4 del art. 24 carece de tales atributos.

Sin embargo, y de manera personal, echo de menos el pronunciamiento de la Corte sobre el principio de gradualidad de la oferta y más teniendo en cuenta que el legislador no entra a definirlo, razón por la cual me aventuro a definir lo que comprendo por gradualidad de la oferta, desde el entendimiento que tengo luego de atender los argumentos de los defensores de la bondad de la medida, según los cuales, las autoridades administrativas presentan una oferta inspirada en descongestión, que absorbe funciones que por su naturaleza no tienen mayor complejidad al carecer de debate. Pero se incorpora otro contenido referente a otras funciones que tradicionalmente han estado en cabeza de las superintendencias, como es el caso del régimen de insolvencia de comerciantes. No obstante, la gradualidad de la oferta parece no concluir allí, sino que con el paso del tiempo se vuelve una oferta paralela a la rama judicial, de modo que será elección el acudir a una autoridad administrativa o ante un juzgado para la resolución de su conflicto.

Pues bien, las características que logran deducirse del principio de gradualidad de la oferta, si bien pueden ser bien intencionadas, rompen el principio democrático de división de poderes, más aún cuando casi todo el presupuesto nacional está a disposición de las autoridades administrativas, en contraste con el mínimo presupuesto de la rama judicial, que en comparativo siempre estará en contra del poder constitucionalmente establecido en materia de justicia.

En el presente momento de la Administración de Justicia, la respuesta legislativa, lejos de un fortalecimiento presupuestal, apunta a la dirección del presupuesto al poder ejecutivo, que a su vez tiene apoyo en el Congreso.

Por lo tanto, es necesario que el poder legislativo proceda a legislar en torno a lo necesario para el fortalecimiento presupuestal de la rama judicial, respetando sus pronunciamientos, separando los intereses personales, y más bien buscando darle a los ciudadanos, la justicia que necesitan y merecen, situación que desde ya puede precaverse sin necesidad de que se acuda a la protesta social.

3.1.2. Los arts. 31 —numeral 2— y 33 —numeral 2— de la Ley 1564 complementan la disposición del art. 24 *ibidem*, señalando que la segunda instancia de las decisiones de las autoridades administrativas corresponde ora a los tribunales superiores ora a los juzgados de circuito, dependiendo de cuál juez hubiera sido competente, entre municipal o de circuito, para adelantar la primera instancia.

3.1.3. El art. 121 del CGP, de duración del proceso, arribó al ordenamiento patrio a través del art. 9 de la Ley 1395 de 2010, que adicionó el art. 124 del CPC, y únicamente está vigente hoy día la prórroga excepcional de la instancia hasta por seis meses.

### ***3.2. Normas en materia de procedimiento administrativo que entraron a regir desde el 12 de julio de 2012***

En los arts. 612, 614, 615, 616 y 623 del CGP el legislador incluyó modificaciones normativas al CPA y CA; la Ley 1437 de 2011, en el art. 199, que versa sobre notificación personal al Ministerio Público, personas privadas con funciones públicas y particulares inscritos en el registro mercantil; arts. 10 y 102, sobre extensión de la jurisprudencia; art. 615, sobre competencia del Consejo de Estado en peticiones de cambio de radicación; y 269, en cuanto a traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El art. 623 adiciona el art. 217 del CPA y CA en lo referente a término de traslado al Ministerio Público.

El art. 613 señala la carga de entregar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación para conciliación extrajudicial.

### ***3.3. Otras normas vigentes desde el 12 de julio de 2012***

- Artículos 618, Plan de Acción para la implementación del CGP, y 619, de la Comisión de Seguimiento al Plan de Acción.
- Artículo 617, trámites notariales que se pueden adelantar ante notario que no generen controversia u oposición.
- Artículos 620 y 621, que modifican la Ley 640 de 2001 sobre posibilidad de apoderado con poder para conciliar cuando la parte se encuentre fuera del territorio nacional, requisito de procedibilidad en materia civil.
- Artículo 622, que modifica el art. 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual excluyó los asuntos referentes a la responsabilidad médica y contratos relacionados.
- Artículos 624 y 625, de modificación del art. 40 de la Ley 153 de 1887 y tránsito de legislación.
- Artículos 626 y 627, sobre vigencias y derogatorias.

### ***3.4. Normas vigentes desde el 1 de octubre de 2012***

- Numeral 1 de los arts. 17, 18 y 20, en competencia para jueces civiles municipales en mínima y menor cuantía, y en mayor cuantía para jueces del circuito, de asuntos agrarios y de responsabilidad médica. En este caso huelga anotar que los jueces laborales perdieron competencia y remitieron los procesos de responsabilidad médica, desde el 12 de julio de 2012, pero los civiles solo adquirieron la competencia desde el 1 de octubre de dicho año.
- Numerales 8 del art. 30 y 6 del art. 31, competencia a la Corte Suprema y a los tribunales superiores en materia de cambio de radicación.
- Régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, de los arts. 531 a 576.
- Acumulación de procesos en casación, del art. 351.
- Sucesión en vida, parágrafo del art. 487.

## **4. Régimen de transición y adición al artículo 40 de la Ley 153 de 1887**

Sigue la regla general de la ley vigente cuando se recurrió, se decretó la prueba, se convocó a la audiencia, se inició la diligencia, el término o el incidente, y por la que cursa la notificación.

En cuanto a la autoridad que conoce, se mantiene la competencia, salvo que la ley la elimine. Se mantiene la competencia del momento de presentación de la demanda.

En cuanto a los procesos, recordemos que desaparecen los procedimientos ordinario y abreviado y, a diferencia del régimen de transición del parágrafo del art. 44 de la Ley 1395, todos los procesos pasarán al CGP en algún momento dependiendo de la etapa procesal. En desistimiento tácito aplica la regla prevista en el art. 317.

## **5. Coexistencia de regímenes procesales en Colombia**

Desde el 1 de enero de 2014 muy posiblemente veremos la coexistencia de tres regímenes procesales; por un lado, donde ingrese la Ley 1395, los procesos que venían tramitándose conforme al CPC concluirán con base en dicha norma, mientras que los nuevos tendrán el trámite de los arts. 25 y 28 de la Ley 1395 de 2010.

Por otro lado, es muy posible que en los siete distritos judiciales que hoy día se encuentran en oralidad, de la Ley 1395 de 2010, pasen al CGP a lo largo del año 2014 para ser pioneros en la aplicación de la norma.

Consecuencia de lo anterior es que coexistirán los tres procedimientos, es decir, el sistema escrito, el oral de la Ley 1395 y la oralidad del CGP.

Se abren las siguientes posibilidades: un paso nacional simultáneo al CGP, paso simultáneo a la Ley 1395, o coexistencia de los tres regímenes.

Vale anotar que el Consejo Superior de la Judicatura tramita un proyecto de ley para prorrogar la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010.

Hasta aquí estas breves reflexiones.

Bogotá, Agosto de 2013.

## **6. Actualización a junio de 2014**

Para diciembre de 2013 llegaba a su final el término de preparación de la entrada a la oralidad de la Ley 1395 de 2010, sin que se hubieran concluido a cabalidad las actividades previstas en el parágrafo del artículo 44, ya que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura consideró que además es necesaria la creación e implementación de nuevos modelos de gestión, organización de personal, procedimientos de trabajo, entre otros.

En consecuencia se dispuso a través del Acuerdo PSAA13 – 10071 del 27 de diciembre de 2013 una prórroga para la entrada en vigencia de la Ley 1395 así: a partir del 13 de enero de 2014 ingresaron Arauca, Barranquilla y Cali; y para el 30 de abril los distritos de Cúcuta, Medellín, Pamplona, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. Los demás distritos quedaron a disposición de la Sala.

En cuanto a la vigencia del CGP, en el Acuerdo PSAA13 – 10073 del 27 de diciembre de 2013 se fijó su cronograma de ingreso, teniendo como avanzada los Distritos que ya se encuentran en oralidad de Ley 1395, en los meses de junio y octubre del 2014 y el resto el 15 de diciembre de 2015.

Así las cosas el año 2014 no trajo consigo el ingreso de oralidad de Ley 1395 siguiendo sin mayores dificultades hasta el 7 de febrero fecha en la cual en pronunciamiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, siendo Magistrado Sustanciador el Dr. German

Valenzuela Valbuena, se determinó que la norma citada y por ende la oralidad, ya estaba en vigencia por cumplimiento del plazo.

El 16 de mayo de 2014 vio la luz la Ley 1716 que, en consonancia con el Acuerdo 10071, prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2015 la entrada en vigencia de la oralidad de la Ley 1395.

Para finalizar, por razones presupuestales, en concreto, la necesaria financiación del gobierno nacional, se suspendió indefinidamente y hasta que se produzca la apropiación de recursos el cronograma de implementación del CGP, mediante el Acuerdo PSAA14 – 10155.

Así las cosas, la oralidad civil aún no se apropia del territorio nacional, pero avanza con paso lento y ojalá seguro.

## **Referencias**

Colombia, Corte Constitucional. Sentencias C-156 de 2013, C-157 de 2013 y C-436 de 2013.

Colombia. Leyes 153 de 1887, 1395 de 2010, 1450 de 2011, 1564 de 2012, 1716 de 2014, Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Acuerdo PSAA13 – 10071 de 2013; y Acuerdo PSAA14 – 10155 de 2014.





# Capacidad para ser parte en el proceso en el Código General del Proceso

Rosa Elizabeth Guío Camargo\*

Cuando se habla de capacidad, jurídicamente suele considerarse ésta desde el punto de vista sustancial: por un lado, *capacidad de goce*, o aptitud para ser sujeto de derechos, y por otro, *capacidad de obrar o de ejercicio*, esto es, la aptitud para que el sujeto de derechos pueda hacer valer por sí mismo los derechos subjetivos que le confiere el ordenamiento jurídico.

Pero el concepto de capacidad también irradia el derecho procesal, y es aquí donde la capacidad para ser parte se erige en uno de los presupuestos procesales de la acción, es uno de los elementos necesarios para que el juez pueda proferir fallo de fondo.

El Código General del Proceso (CGP) constituye un avance en cuanto a la capacidad para ser parte en un proceso, pues al concepto de personas naturales y jurídicas como facultadas para ser demandantes o demandadas en un proceso judicial, agregó al concebido, quien puede ser parte para defender sus derechos, así como también se encargó de mencionar los patrimonios autónomos.

---

\* Abogada por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho (Perfil Investigativo). Docente en la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Católica. Conciliadora y árbitro institucional del Centro de Arbitraje de la Lonja de Propiedad Raíz, en Bogotá.

Dice la norma:

*Capacidad para ser parte.* Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. Los patrimonios autónomos.
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley (art.53).

El señalamiento de los sujetos que tienen capacidad para ser parte en un proceso es enunciativa, *numero apertus*, pues el numeral 4 del art. 53 deja abierta la posibilidad de que otras leyes (anteriores o posteriores al CGP), puedan considerar otros sujetos como capaces para la defensa de sus derechos.

Ahora bien, aunque la ley les confiera capacidad para ser partes en el proceso a los sujetos antes mencionados y a otros que pueden estar señalados en otras normas, ello no significa que estos sujetos puedan acudir por sí mismos a la defensa de sus intereses jurídicos; para estos efectos es necesario preguntarse si el sujeto que será parte en un proceso tiene o no capacidad de disposición de sus derechos.

En este sentido, dispone la norma:

*Comparecencia al proceso.* Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo, o cuando hubiere varios guardadores de un mismo pupilo en desacuerdo, el juez designará curador *ad litem*, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que dispongan la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.

Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales, o apoderados generales debidamente inscritos.

Cuando la persona jurídica se encuentre en estado de liquidación, deberá ser representada por su liquidador.

Los grupos de personas comparecerán al proceso conforme a las disposiciones de la ley que los regule. (art.54)

Así, para las personas naturales aplicaremos las reglas generales sobre la capacidad: los mayores de 18 años, a quienes la ley considera plenamente capaces, pueden comparecer por sí mismos al proceso; por el contrario, aquellas personas a quienes la ley no considera plenamente capaces, deben acudir, bien mediante sus representantes, o bien, autorizados por ellos.

Pero, ¿quiénes son esas personas naturales que deben comparecer por intermedio o con autorización de sus representantes legales?<sup>4</sup>

Las personas naturales que deben comparecer a los procesos por intermedio de su representante legal, son:

En primer lugar, los menores de edad (menores de 18 años), entre quienes debemos distinguir:

1. Aquellos que tengan entre 0 y que aún no cumplen los 12 años, acudirán por intermedio de su representante legal, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 53 de la Ley 1306 de 2009 y el art. 3.º del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2. Discapacitados mentales absolutos, esto es:

- a) Adolescentes o menores adultos a quienes se les ha prorrogado la patria potestad, según lo dispone el art. 26 de la Ley 1306 de 2009, actúan a través de su representante legal. En esta caso, por medio de sus padres.

---

<sup>4</sup> Sobre incapaces absolutos y relativos, consultar: Ortiz (2013) y Valencia y Ortiz (2011).

- b) Menores adultos o adolescentes emancipados con discapacidad mental absoluta, actúan mediante su representante legal, en este caso, a través de su curador, en virtud de lo dispuesto por el art. 53 de la Ley 1306 de 2009.

En segundo lugar, los adultos con discapacidad mental absoluta sometidos a la medida de protección de derechos denominada interdicción. Estas personas deben comparecer a los procesos por intermedio de su curador, según lo dispone la Ley 1306 de 2009 en sus arts. 52, 53 y 54.

Ahora, las personas naturales que deben comparecer al proceso con la autorización de su representante legal, son:

En primer término, los menores adultos, esto es, las personas que superan los 12 años de edad y aún no alcanzan los 18 años. Estas personas, que son consideradas como incapaces relativos, deben acudir a los procesos con autorización de su representante legal, esto es, autorizados por sus padres, o en caso de haber sido emancipados judicialmente, comparecerán, según lo dispone el art. 53 de la Ley 1306 de 2009, con autorización de su curador.

En segundo término, respecto de los discapacitados mentales relativos (que se consideran inhábiles conforme a lo dispuesto por la Ley 1306 de 2009 en su art. 15), debemos distinguir dos situaciones:

- a) La primera, comparecencia a procesos relacionados con los asuntos sobre los cuales recae la inhabilidad. En este caso, el inhábil actuará con el acompañamiento del consejero, según lo disponen los arts. 15 y 55 de la Ley 1306 de 2009.
- b) La segunda, sobre la comparecencia a procesos que no se relacionan con los asuntos sobre los cuales recae la inhabilidad. En este caso, como la inhabilidad solo recae en ciertos negocios jurídicos, en todo lo demás se siguen las reglas generales de capacidad y en este caso el inhábil podrá actuar por sí mismo.

En lo que respecta a las personas jurídicas, debemos señalar:

1. Las personas jurídicas de derecho público acudirán a los procesos judiciales a través de su representante legal, lo que en este caso significa una remisión expresa al art. 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPAyCA), norma que sobre este punto dispone:

*Capacidad y representación.* Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el ministro, director de Departamento Administrativo, superintendente, registrador nacional del estado civil, procurador general de la nación, contralor general de la república o fiscal general de la nación, o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la rama legislativa; y el director ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la rama judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el director general de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b) del numeral 1 del artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el presidente de la república en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor. (art. 159).

2. Las personas jurídicas de derecho privado comparecerán al proceso representadas por su representante legal.

Dentro de estas personas jurídicas podemos señalar:

- a) Las corporaciones, que son agrupaciones de personas que tienen un fin de interés general.
- b) Las fundaciones, que son destinaciones de un capital para la atención de un fin de interés general.

Debe tenerse en cuenta, además, que si la persona jurídica se encuentra en estado de liquidación, comparecerá al proceso a través del liquidador.

Ahora bien, atendiendo a una visión moderna de la capacidad para ser parte, y según la cual ella no está vinculada a la personalidad jurídica, el CGP señaló que también tienen aptitud para ejecutar actos con eficacia jurídica dentro del proceso los patrimonios autónomos, tema que ya había sido decantado por la jurisprudencia.

Estos patrimonios autónomos son un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que son transferidos por un fideicomitente a una fiduciaria con el objeto de cumplir una finalidad en favor de uno o varios sujetos beneficiarios.

Al respecto, el Decreto 1049 de 2006 establece:

Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales (art. 1.º).

Por lo tanto, en punto de los patrimonios autónomos, es necesario indicar aquí que, teniendo en cuenta lo dispuesto por el CGP, aunque los patrimonios autónomos pueden ser demandantes o demandados en un proceso judicial, dado que no tienen capacidad para comparecer por sí mismos al proceso deben hacerlo por medio de su vocera, es decir, de la fiduciaria.

En cuanto al concebido, el CGP le reconoció capacidad para ser parte en el proceso, específicamente para la defensa de sus derechos, lo cual implica que, en ejercicio de ese derecho de defensa, puede obrar en calidad de demandante o de demandado.

Sin embargo, como ocurre con otros sujetos y entes mencionados que si bien tienen aptitud para ser partes del proceso no tienen capacidad de ejercicio de sus derechos, bien en forma absoluta o bien en forma relativa, el concebido actuará mediante la persona que, si ya hubiera nacido, ejerciera su representación legal; el concebido comparece al proceso, en principio, por intermedio de sus padres.

El origen de esta inclusión no es otro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha señalado la importancia de proteger a los integrantes del Estado colombiano, permitiéndoles por ejemplo, el ejercicio de acciones para proteger sus derechos.

Así, por ejemplo, señaló:

Los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el *nasciturus*, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero solo pueden hacerse efectivos si, y solo si, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales pueden ser exigibles desde el momento mismo en que el individuo ha sido engendrado (sentencia T-223 de 1998).

Finalmente, el CGP señala que otros sujetos a quienes la ley les confiera capacidad para ser parte, pueden ser demandantes o demandados.

Entre ellos, considero importante mencionar a los sujetos colectivos de derecho, que comprenden:

- Las comunidades indígenas.
- Los afrodescendientes (sent. C-063 de 2010).



- El pueblo rom (sent.C-864 de 2008).
- Los raizales (sent. C-605 de 2012).
- El pueblo palenquero (sent. C-605 de 2012).

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), podrán también tener capacidad para ser parte en los procesos judiciales, según lo dispuesto en el art.12 del mencionado convenio:

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces (Ley 21 de 1991).

Bogotá, Octubre de 2013

## Referencias

Colombia.Ley 1306 de 2009; Ley 1564 de 2012, Código de la Infancia y la Adolescencia; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Decreto 1049 de 2006.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencias T-223 de 1998, C-063 de 2010, C-864 de 2008 y C-605 de 2012.

Ortiz Monsalve, Á. (2013). *Manual de obligaciones*,6.<sup>a</sup>ed. Bogotá, Colombia: Temis.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2011). *Derecho civil*, t. I. *Parte general y personas*, 17.<sup>a</sup>ed., Bogotá, Colombia: Temis.

# Audiencias de primera instancia en el Código General del Proceso

Fredy Andrei Herrera Osorio\*

A continuación, analizaré el régimen de las audiencias en el novísimo estatuto, labor que afrontaré desde una presentación crítica de lo dispuesto en el Código General del Proceso (CGP), con insinuación de algunas posibles soluciones a los problemas que se avecinan. Advierto que no pretendo hacer una reproducción del código, ni mucho menos abordar cada una de las figuras relacionadas con las audiencias, sino presentar nuestro futuro próximo en materia de oralidad civil, comercial y de familia, con la mención de algunas herramientas indispensables para garantizar el éxito del sistema y de los operadores que en él intervendrán.

Para estos fines, en un primer lugar haré una revisión de la oralidad en nuestro sistema procesal, con el objeto de evidenciar que su incorporación es común al derecho procesal civil desde el Código Judicial; a renglón seguido me adentraré en el diseño planteado por el legislador en el CGP para el adelantamiento del proceso y el valor que allí se le otorgan a las audiencias; posteriormente se analizarán las reglas aplicables a las audiencias (principios o reglas operativas), hasta finalmente concluir con una evaluación de las dos grandes audiencias establecidas en el nuevo estatuto procesal para la primera instancia: la inicial y la de instrucción y juzgamiento.

---

\* Abogado grado de honor de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales. Magíster en Derecho (área investigativa) y candidato a doctor en Derecho. Docente de las universidades Nacional y Externado de Colombia. Árbitro de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá.

Por tratarse de una breve reflexión académica, evitaré las referencias doctrinales y jurisprudenciales, aunque es claro que muchas de las ideas aquí expuestas responden a reflexiones realizadas por expertos en la materia, de quienes soy tributario de forma directa o indirecta.

## 1. La oralidad: ¿un nuevo paradigma?

Tal vez una de las primeras formas de comunicación del ser humano, después de los gestos, fue la oralidad, pues a través de ella se logró captar la atención directa de los interlocutores, así como transmitir sin ninguna interferencia el mensaje entre el emisor y el receptor.

Las comunicaciones primitivas contaban con rudimentarios sistemas orales, que mezclaban gestos y algunos sonidos, los cuales servían para interactuar y llegar a mínimos de actuación que se estimaban deseables. Estos sonidos no se originaban en el simple instinto, como los animales, sino que se hacían con alguna forma de conciencia y provocaban en los congéneres algún tipo de representación realidad.<sup>5</sup>

Pasar de los sonidos al lenguaje fue un gran paso para la humanidad, pues permitió la transmisión de conocimientos, así como la descripción de realidades abstrayéndose de las mismas: facilita la representación de la realidad a partir de un sonido que es suministrado por otro sujeto.

La escritura vino a complementar la interacción oral,<sup>6</sup> ya que el escrito presentaba una serie de atributos que eran ajenos a la oralidad: 1) perdura en el tiempo, pues se conserva en la misma medida que lo hace el medio que la contiene;<sup>7</sup> 2) habilita la transmisión de ideas entre personas que no se encuentran presentes, ya que el mensaje va contenido en el soporte de los símbolos que constituyen el escrito; 3) permite el contacto entre personas que carecen de la capacidad de comunicarse oralmente, siempre que compartan el mismo sistema escrito; y 4) facilita la recordación, pues bastará consultar el escrito para traer al presente el mensaje.

Pero estas ventajas llevaban aparejadas claras pérdidas: 1) escribir es más lento que hablar, luego debe invertirse mucho más tiempo en la transmisión del mensaje; 2) no permite la interacción directa, ya que el medio que contiene la escritura es inanimado, lo cual condu-

---

<sup>5</sup> Cfr. Briceño (1970).

<sup>6</sup> La pictografía se considera que es el antecedente más remoto de la escritura, pues a través de imágenes y símbolos se lograba la transmisión de un mensaje. La primera escritura identificada en la historia es la proto-cuneiforme, propia del Antiguo Oriente, caracterizada por la creación de unas fichas en arcilla que permiten la interacción. A partir de esto se desarrolló la escritura cuneiforme, hacia el siglo IV a.C. (Cfr. Fischer, 2001).

<sup>7</sup> “El documento nace con la necesidad que tiene el hombre de comunicarse, de recordar acontecimientos que le son útiles y necesarios, con el afán de plasmar una idea y procurar perpetuarla [...]” (Torres, 2012, p. 14).

ce a menor penetración del mensaje y menor espontaneidad; 3) dificulta la corrección de errores, debido a que es más lento el proceso de su detección y discusión con el originador del mensaje; puede falsearse la percepción de la realidad que pretendió transmitirse; 4) es más costoso porque supone el empleo de un medio físico que contenga la escritura.

La discusión entre oralidad y escritura se trasladó a todos los campos de acción de las personas, incluyendo el procedimiento para la resolución de las controversias, los que inicialmente se agotaban de forma oral pero que con el paso del tiempo mutaron hacia la forma escrita para permitir la mejor interacción entre el juzgador y los juzgados, así como garantizar la fiabilidad de las expresiones y la adecuada valoración probatoria.

De ello se derivó la clasificación de los procesos en orales, escritos y mixtos; entendiendo por los primeros aquellos se adelantan de viva voz, escritos los que requieren de la documentación de todas las actuaciones, y mixtos los que tienen componentes escritos y orales, dándole preponderancia a algunos de los dos elementos. En la práctica es muy difícil encontrar sistemas puros, ya que siempre se requiere de algunas piezas escritas (como las pruebas documentales) y de ciertas actuaciones orales (como la recepción de testimonios o de interrogatorios de parte), concluyéndose con el privilegio por las piezas orales. Al respecto, Jorge Peyrano es claro en señalar:

Sabido es que no se dan en la realidad legislativa procesos puramente escritos o exclusivamente orales. En la práctica, siempre son mixtos, con prevalencia de alguno de los polos opuestos [...] (Peyrano, 2008).<sup>8</sup>

Por ello mal puede argüirse que resulta novedoso hablar de un sistema oral, pues en la práctica los procesos tienen de ambos componentes, como históricamente ha pasado en Colombia. En efecto, el Código Judicial del 24 de octubre de 1931, si bien privilegió las actuaciones escritas,<sup>9</sup> lo cierto es que permitió la oralidad para 1) alegar de conclusión en los procesos de menor cuantía,<sup>10</sup> 2) las actuaciones relativas a la mujer casada,<sup>11</sup> 3) la emancipación judicial,<sup>12</sup> 4) los procesos ejecutivos de menor cuantía<sup>13</sup> y 5) todos los procesos verbales.<sup>14</sup> Otro tanto sucedió con el Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1971, que nuevamente privilegió la escritura (para temas como la demanda, contestación, alegación

<sup>8</sup> Cfr. <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>

<sup>9</sup> El art. 197 del Código Judicial prescribía: “Las actuaciones judiciales escritas pueden llamarse proceso, expediente o autos, o de cualquier otra manera que exprese la misma idea”.

<sup>10</sup> Artículo 768 del Código Judicial.

<sup>11</sup> Artículo 803 del Código Judicial.

<sup>12</sup> Artículo 813 del Código Judicial.

<sup>13</sup> Artículo 1056 del Código Judicial.

<sup>14</sup> Título XLVI del Código Judicial.

de conclusión y sentencia), pero con atisbos de oralidad, al punto que consagró en su art. 109 las reglas relativas al manejo de audiencias.<sup>15</sup> Más aún, en el CPC se consagró el proceso verbal<sup>16</sup> para algunos asuntos en los que prima el aspecto oral sobre el escrito.

El cambio que ahora experimentamos con el CGP es una preponderancia del sistema oral sobre el escrito en los procesos declarativos, con la reducción al mínimo de las piezas que deben constar documentalmente e imponiendo que las decisiones se adopten en audiencias orales.<sup>17</sup> No existe un nuevo paradigma, es una simple cuestión del énfasis que se pone en la oralidad,<sup>18</sup> pero esta modificación sí supone una fractura a la larga tradición nacional basada en la escritura, demandando de los profesionales en derecho el uso de habilidades para las cuales no fueron capacitados, tales como argumentación oral y persuasión, preparación de teorías del caso y trabajo en equipo, ya que se requiere la compañía de expertos en los diferentes campos del derecho que afronten en tiempo real los más variados giros que pueden experimentarse en una audiencia, donde la capacidad de reacción es de tan solo minutos.

De hecho, una nueva estructura de despachos judiciales y de infraestructura de la rama judicial está en mora de revelarse a la opinión pública, pues cuando pretende volverse al contacto directo y a las decisiones rápidas, como lo supone el nuevo estatuto procesal, se requiere un andamiaje diferente al empleado para modalidades escritas que imperaron: los sustanciadores quedarán relegados para tutelas y otros asuntos concretos, debiendo ahora fungir como verdaderos asesores del juez al momento de tomar sus decisiones en audiencia; los tintas de impresoras serán reemplazadas por medios digitales de almacenamiento de información; los escritos deben reducirse para dar campo a las salas de audiencias; los vestidos formales ya no tienen cabida frente a la dignidad de la toga; los arrumes de expedientes ya estarán digitalizados y serán arrumes de bits; la lectura en papel superada por la reproducción visual de bits en sistemas de información, etcétera.

El ejercicio de la oralidad en los procesos civiles se instrumenta a través de audiencias, en las cuales prima el intercambio verbal de argumentos, ideas y representaciones,<sup>19</sup> como se mostrará a continuación al explicar la estructura del nuevo proceso.

<sup>15</sup> Sobre hacer referencia al Código Procesal del Trabajo que desde 1948 consagró la oralidad en estos asuntos.

<sup>16</sup> Artículo 427 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>17</sup> Sobre el principio de oralidad, consultar: Naranjo y Naranjo(2012, p. 84).

<sup>18</sup> Para el doctrinante Jorge W. Peyrano, refiriéndose a la tendencia mundial del proceso oral en audiencias, el cambio en el sistema procesal sí constituye un verdadero nuevo paradigma, pues se busca que el proceso se vuelque hacia la justicia material, a través de una rápida tramitación y la consecución de una verdad material (cfr. op.cit.). Empero, considero que la referida finalidad ha sido desde siempre el objeto de cualquier proceso, cuya consecución no se vincula al tipo de procedimiento, sino a la concepción de Estado y el papel de los juzgadores, de allí que mal puede considerarse un nuevo paradigma el proceso oral a través de audiencias.

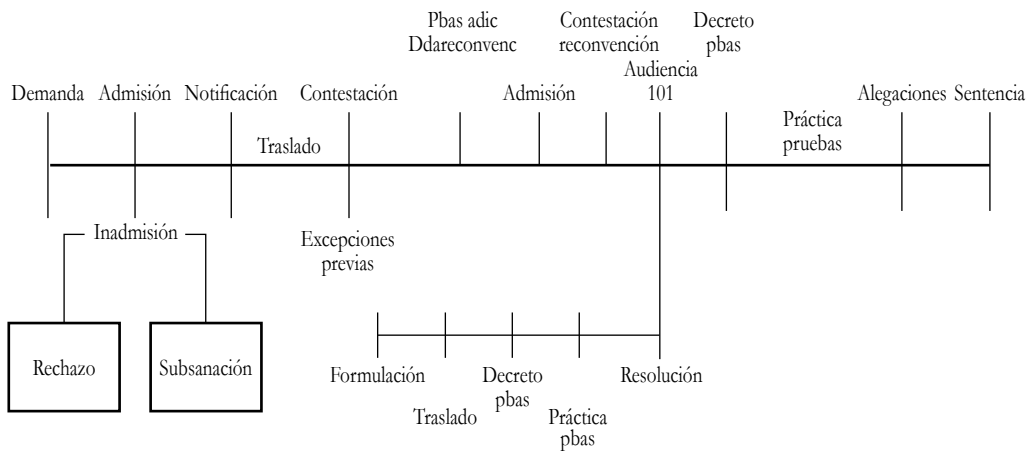
<sup>19</sup> Cfr. Couture (2007, p. 162).

## 2. Los principales cambios del nuevo proceso

Nuestro CPC dividía los procesos<sup>20</sup> en declarativos, de ejecución, de liquidación y jurisdicción voluntaria. Los declarativos, a su vez, se consideraban ordinarios, abreviados y verbales, dependiendo básicamente de las cuantías y los asuntos objeto de conocimiento.

Los procesos ordinarios, a grandes rasgos, tenían el siguiente trámite (ver figura 1):

**Figura 1.** *Trámite de los procesos ordinarios*



La mayoría de estas actuaciones eran escritas, salvo la relativa a la audiencia que consagra el art. 101 del CPC, así como la práctica de pruebas, algunas de las cuales, por su propia naturaleza, debían practicarse de forma oral.

Claramente existían reglas especiales para ciertos procesos, como la resolución de compraventa<sup>21</sup> y la declaración de pertenencia,<sup>22</sup> que establecían pequeñas variantes tales como el deber de pagar lo que se reconocía adeudar para ser oído en el proceso, la obligatoriedad de practicar inspección judicial, la citación y notificación a personas indeterminadas, etc., pero sin cambiar la esencia del trámite judicial.

<sup>20</sup> Se utiliza la expresión “proceso” por ser la empleada en el Código de Procedimiento Civil, aunque se considera que la más adecuada es la de “procedimiento”, por referirse a los pasos que deben seguirse para alcanzar una decisión, mientras que el proceso es una relación jurídica con unidad de sentido.

<sup>21</sup> Artículo 406 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>22</sup> Artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

El proceso abreviado tenía la misma estructura, solo que con términos inferiores a los del proceso ordinario, pero con reglas especiales para los procesos de servidumbres,<sup>23</sup> posesorios,<sup>24</sup> entrega de la cosa por el tradente al adquirente,<sup>25</sup> rendición de cuentas,<sup>26</sup> pago por consignación,<sup>27</sup> impugnación de actos de órganos colegiados,<sup>28</sup> declaración de bienes vacantes o mostrencos,<sup>29</sup> patronatos y capellanías,<sup>30</sup> restitución de inmueble arrendado<sup>31</sup> y otros procesos especiales de restitución.<sup>32</sup>

El proceso verbal sí supone una modificación al anterior esquema, ya que aquí la instrucción (práctica de pruebas) se realiza en audiencia concentrada, al término de la cual se da oportunidad a las partes para alegar de conclusión y emitir sentencia,<sup>33</sup> de lo cual debía dejarse constancia en medios técnicos de grabación. En este proceso se impedía la demanda de reconvencción y la acumulación de procesos,<sup>34</sup> de suerte que no se dilatará su resolución. Aquí el énfasis estaba en la oralidad, pues casi todas las actuaciones eran orales, salvo las previas a la audiencia inicial y los incidentes.

El CGP mantiene la división de los procesos en declarativos, de ejecución, de liquidación y jurisdicción voluntaria; para los primeros suprime la división entre ordinarios, abreviados y verbales, para consagrar que todos serán verbales, aunque se establece un proceso verbal sumario a los asuntos consagrados en los arts. 390 y s., y el proceso monitorio para lo relativo al reconocimiento de obligaciones contractuales insatisfechas (arts. 419 y ss.).

El nuevo proceso verbal tendrá la siguiente tramitación (ver figura 2):

El cambio de fondo realmente se presenta partir de la audiencia inicial, pues su contenido fue ampliado y allí se concentraron ciertas actuaciones que antes se hacían en otro momento procesal. A su vez, todo lo relativo a la práctica de pruebas, alegación de conclusión y decisión se condensó en una única audiencia, denominada de instrucción y juzgamiento, la cual dejó de ser escrita (como era en el CPC) y ahora se tornó oral, sin perjuicio de que excepcionalmente pueda proferirse sentencia escrita.

<sup>23</sup> Artículo 415 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>24</sup> Artículo 416 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>25</sup> Artículo 417 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>26</sup> Artículos 418 y 419 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>27</sup> Artículo 420 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>28</sup> Artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>29</sup> Artículo 422 del Código de Procedimiento Civil.

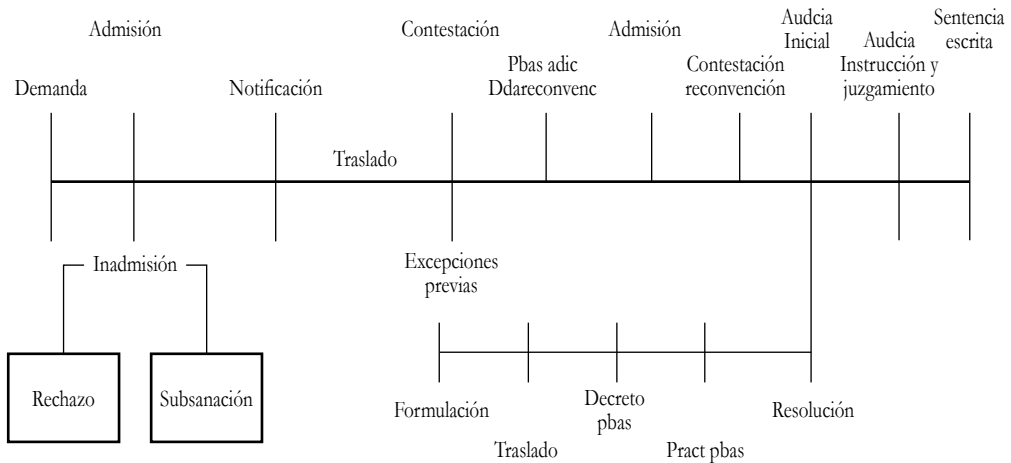
<sup>30</sup> Artículo 423 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>31</sup> Artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>32</sup> Artículo 426 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>33</sup> Artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>34</sup> Artículo 433 del Código de Procedimiento Civil.

**Figura 2.** *Tramitación del nuevo proceso verbal*

Este nuevo esquema procedimental ciertamente pone el énfasis en la oralidad y en la concentración, pues tanto en la audiencia inicial como en la de instrucción y juzgamiento se adelantan multiplicidad de actuaciones, antes desconcentradas, y en ellas se suprime la actuación a través de escritos. Se acogieron así las recomendaciones de los Principios del Proceso Civil para Diseñar y Mejorar el Funcionamiento de la Justicia, en el sentido de que:

[...] the proceedings should consist of not more than two hearings, the first of which might be a preliminary hearing of a preparatory nature and the second for taking evidence, hearing arguments and, if possible, giving judgment. The court should ensure that all steps necessary for the second hearing are taken in good time and, in principle, no adjournment should be allowed except when new facts appear or in other exceptional and important circumstances [...](European Commission for the Efficiency of Justice, 2003).<sup>35</sup>

El proceso verbal sumario supone una mayor reducción del número de actuaciones, al punto que se permite que el juez pretermita las audiencias inicial y de instrucción y juzgamiento en los eventos en que considere que puede fallar sin necesidad de pruebas adicionales a las

<sup>35</sup> European Commission for the Efficiency of Justice, *Relevant Council of Europe Resolutions and Recommendations in the field of efficiency and fairness of justice*, Strasbourg, 13 de noviembre de 2003. Recuperado de <https://wcd.coe.int>: el proceso debería consistir en no más de dos audiencias, la primera que debería ser una audiencia preliminar y de naturaleza preparatoria, y la segunda para práctica de pruebas, alegatos de conclusión y, si es posible, emitir el fallo. La corte debe asegurarse de que todos los pasos necesarios para la segunda audiencia se tomen oportunamente y, en principio, las suspensiones no deberían ser permitidas excepto cuando nuevos hechos aparezcan y otras excepcionales e importantes circunstancias (traducción libre).



aportadas en la demanda y contestación.<sup>36</sup> Se permite que la demanda y la contestación sean presentadas verbalmente ante el secretario del juzgado (normas que a pesar de su existencia en el CPC se caracterizaron por su inaplicación), e impone que en una única audiencia se adelanten todos los trámites para fijar el litigio, sanear las irregularidades, proponer la conciliación, decretar y practicar pruebas, alegar de conclusión y fallar.<sup>37</sup>

El proceso monitorio tiene una orientación totalmente diferente, pues en él prevalece lo escrito, aunque con alto grado de concentración, pues se busca que el juez falle rápidamente con la información y pruebas que le son suministradas en la demanda y su contestación, aunque de formularse excepciones se tramitarán por las reglas del verbal sumario.

Se colige, entonces, que el gran cambio del CGP no es la incorporación de un sistema oral, puesto que se mantiene el esquema mixto,<sup>38</sup> pero lo que sí resulta novedoso es la prevalencia de la oralidad sobre la escritura, lo cual sí plantea una revolución de la forma como se adelantaban las actuaciones, ya que ahora se pretende que las partes, abogados y jueces tengan la solvencia jurídica, argumentativa y estratégica para que en un máximo de dos audiencias se despache toda la controversia, incluyendo la emisión del sentido del fallo, actuando “cara a cara” y “en tiempo real” en cuanto se refiere a la práctica de pruebas y alegación de conclusión, así como la decisión final.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿Resulta adecuado dar prevalencia al sistema oral sobre el escrito? Como todo en la vida, la oralidad presenta grandes ventajas, que ciertamente caerán bien a nuestro sistema judicial.<sup>39</sup>

1. *Economía procesal*: a través de la concentración de actuaciones y su realización en una única audiencia, se tendrán procesos más cortos y con menores costos de transacción para los partícipes en ellos, dando lugar a decisiones más oportunas. Esto solo será posible si los jueces programan rápidamente las audiencias y se cuenta con la infraestructura para su realización, pues de nada sirve tener únicamente dos audiencias cuando deben esperarse años para la realización de estas.

La rapidez de la sentencia es una gran ventaja, en tanto esta obedecerá no a análisis extraídos de la realidad y reflexiones teóricas sobre la interpretación de las normas,

---

<sup>36</sup> Parágrafo 3 del art. 390 del Código General del Proceso.

<sup>37</sup> Artículo 392 del Código General del Proceso.

<sup>38</sup> Es usual en los diversos países que la fase previa a las audiencias sea escrita, en atención a que constituye una etapa meramente preparatoria que da las bases para el debate oral (Cfr. Leipold, 2008).

<sup>39</sup> Cfr. Montesano (s. f.) y Peyrano(2012).

sino a la valoración de las pruebas y la forma como el juez considera que las mismas se subsumen en el mandato legal.

2. *Mejor fijación del litigio*: por la interacción permanente entre el juez y las partes, se logrará que pueda ahondarse en las causas reales del litigio y las verdaderas pretensiones que se demandan, lo que reducirá esfuerzos probatorios y logrará mejor satisfacción de justicia en las partes.
3. *Inmediación del juez con las pruebas y las partes*: lo que le facilitará la percepción de los hechos que sirven de soportes a las pretensiones y excepciones, para que su decisión se acerque más a la realidad histórica y no a la procesal. Gestos, tono de voz, convicción al hablar, lenguaje corporal, etc., deberán ser considerados por el juez para formarse una opinión y poder emitir el sentido de su fallo en una única audiencia, ya que la conducta de las partes requiere ser valorada como medio de convicción.
4. *Publicidad*: la posibilidad de que cualquier persona pueda asistir a las audiencias es una excelente herramienta en contra de la falta de preparación de jueces y abogados, quienes no solo se verán expuestos a las sanciones disciplinarias, sino al reproche social que puede generarse por su impericia en el manejo del asunto. Ya es normal escuchar en los procesos orales contencioso administrativos que los jueces son claros en evidenciar los errores de los abogados frente a sus clientes, lo que apareja consecuencias reputacionales que deben promover la capacitación y actualización de contenidos.
5. *Reducción de la formalidad*: errores meramente formales ahora serán fácilmente solventados en audiencia, sin que los mismos puedan ser aprovechados para sacar ventajas indebidas o conducir a nulidades que en nada favorecían el trámite del proceso.
6. *Aprehensión constante*: el juez se forma su juicio durante todo el trámite del proceso y no puede esperar a la finalización del litigio para “estudiar” el expediente y fallar. Esto supone que el estudio de la demanda y contestación es fundamental para la adecuada preparación de la audiencia inicial, momento para el cual debe tener claridad sobre los hechos que requieren prueba, así como unas eventuales teorías del caso que le permitan orientar las probanzas.

Pero tanta bondad lleva en sí misma algunas debilidades:

- a) *Mayor probabilidad de error judicial*: la ausencia de tiempo para la consulta de material jurisprudencial y doctrinario puede conducir a que el juez pretermita fuentes de

interpretación valiosas y que las normas sean aplicadas desconociendo los últimos desarrollos en la materia.

Este riesgo puede mitigarse a través de dos vías que deben funcionar de manera conjunta: 1) con la construcción de buenas teorías del caso, que le permitan al juez verificar y estudiar de forma concienzuda las eventuales normas que le serán aplicables al asunto de forma previa a las audiencias, incluyendo todas las fuentes auxiliares de interpretación; 2) la selección de sustanciadores que ayuden al juez en su labor de actualización, mediante fichas resumen y líneas jurisprudenciales, que le permitan acercarse rápidamente a los principales referentes normativos.

Entre menor sea el número de procesos mayor será la probabilidad de acierto, y viceversa, por lo que el riesgo que se corre es alto considerando el nivel de litigiosidad de Colombia. Esperemos no tener que ver una explosión de tutelas contra providencias judiciales.

- b) Necesidad de continuidad del juez que conoce del proceso y preparó las audiencias en las que se definió el objeto de controversia y se practicaron las pruebas, dado que allí están las bases de la decisión y su modificación supondría perder elementos claves en la valoración de los hechos derivados del principio de la inmediación. Esto dificulta el manejo de las situaciones labores del juez, al punto de restringir licencias y otro tipo de permisos que pueden dar al traste con lo avanzado en el proceso. Al respecto, el CGP establece, so pena de nulidad, que el juez que decida debe haber estado presente por lo menos en la alegación de conclusión,<sup>40</sup> en orden a que tenga una percepción directa de la teoría del caso de los apoderados judiciales, pero ello a todos luces es insuficiente frente a la formación progresiva del conocimiento que tuvo el juez que dirigió todo el proceso.

La única forma de mitigar este riesgo es con un sistema de grabación de video que dé cuenta de todos los acontecimientos sucedidos en la audiencia, de suerte que el juez sustituto pueda reproducirlos antes de proferir la decisión. Empero esto supondrá demoras, por lo que cualquier sustitución de juez llevará a ser nugatoria la finalidad de la preponderancia de la oralidad.

- c) *El juez se encuentra más expuesto a la influencia de elementos extrajurídicos:* en el desarrollo de las audiencias y práctica de pruebas, las partes y sus apoderados pueden hacer uso de estrategias y estratagemas que buscan torpedear la labor jurídica del juez, al introducir

---

<sup>40</sup> Numeral 1 del art. 107, del Código General del Proceso.

variables no relevantes para el derecho, pero que pueden tener mucho poder de convicción. Así, el uso de falacias o de argucias retóricas puede generar una convicción en el juez que no está soportada en material probatorio o que carece de sentido lógico o argumentativo, lo cual puede pasar inadvertido por el fallador y conducir a decisiones ilegítimas o ilegales.

Ni qué decir de las partes y apoderados que apelarán a la confusión para buscar una decisión favorable, por lo menos, en aplicación de la carga de la prueba, labor que será mucho más benévola para el demandado, quien concluirá su intervención y podrá dejar en el juez una impresión de vaguedad o incertidumbre que nuble su buen juicio para fallar de forma inmediata.

- d) *Disponibilidad de recursos físicos y de tiempo:* si bien los procesos orales y concentrados pueden ser más cortos, lo cierto es que el manejo de audiencias supone una programación que excede al juez y que en cierta medida está condicionada a la existencia de Salas que le permitan atender en debida forma sus deberes, así como a la razonabilidad de su carga de trabajo, pues su presencia inexcusable en todas las audiencias le impiden actuar como se hace en procesos escritos, donde puede “encargar” en sus dependientes la proyección de las decisiones y por tanto atender varias causas al mismo momento, lo que no será posible cuando se le impone una estricta inmediación.

Al respecto, el doctor Jorge Peyrano llama la atención sobre lo que podría pasar en juzgados con mucha carga:

[...] Exigida la presencia inexcusable del magistrado en las audiencias de prueba y no pudiendo fijar más que un número limitado de ellas por día, se sigue que un tribunal que tramita miles de causas (lo que es habitual, en países latinoamericanos) se encontrará prontamente señalando audiencias a tres o cuatro años vista [...]<sup>41</sup>

Es fundamental que en la programación de las audiencias no haya un período muy largo entre la inicial y la de instrucción y juzgamiento, ya que se perderá la idea de la inmediación en aspectos claves como los interrogatorios de parte y las pruebas practicadas en la primera de ella. Más aún si ha tenido que estar en presencia de cientos de audiencias en el interregno, lo que supondría prácticamente volver a repetir las pruebas inicialmente practicadas.

Para mitigar este riesgo resulta fundamental que los jueces hagan una programación que les permita despachar los casos de forma concentrada, evitando el trámite de muchos al

<sup>41</sup> Numeral 1 del art. 107, del Código General del Proceso.

mismo tiempo. Entre más cercanas sean las audiencias le resulta mejor al juez, ya que no tendrá que revisar las teorías del caso sino una única vez y recordará con precisión las pruebas recepcionadas, al punto que lo ideal sería que en la misma semana disponga de su realización, salvo cuando ello no es posible por aspectos como pruebas periciales o inspecciones judiciales.

- e) Los jueces pueden verse sorprendidos con argumentos o teorías que no conocen: en la oralidad de “tiempo real” el juez debe casi alcanzar la perfección del famoso “juez Hércules” que Dworkin planteó como requerido para evitar la arbitrariedad.

Un juez que conozca todo el derecho, que esté al tanto de los principios constitucionales y su desarrollo jurisprudencial, de los principios generales del derecho y de los principios del campo específico, de los avances regulatorios internacionales y su reconocimiento en nuestra legislación, de los aportes doctrinarios más significativos, de todas las sentencias emitidas por los órganos de cierre cuando constituyen doctrina probable: un juez cuyo conocimiento no se agote y que tenga la posibilidad de solventar situaciones inesperadas. ¿Cómo podrán alcanzar esta perfección los jueces que conocen de asuntos civiles, comerciales y agrarios?; o peor aún, ¿los jueces promiscuos?, o tal vez es un llamado para que en el nuevo diseño del mapa judicial se abogue por la especialidad y así se garantice un mínimo de justicia material.

### 3. Los principios que rigen las audiencias

El manejo del proceso a través de audiencias supone la aplicación de principios propios del derecho procesal, tales como el debido proceso, la concentración, la contradicción, el derecho de defensa, el *non bis in idem*, la *non reformatio in pejus*, el principio dispositivo, la dirección activa del proceso por parte del juez, entre otros, los cuales necesariamente deben ajustarse a la nueva forma de actuar a través de audiencias y oralidad.

Asimismo, encontramos otros principios o reglas cuyo campo de aplicación serán, preponderantemente, las audiencias, cuya transgresión puede conducir a irregularidades procesales o a faltas disciplinarias, por lo que los jueces deben tener especiales cuidados en su manejo:

#### 3.1. Igualdad procesal

En las audiencias es fundamental que se concedan las mismas oportunidades de intervención a los interesados en ellas, de acuerdo con las reglas establecidas en el CGP. Así:

1. El tiempo de intervención de cada una de ellas debe ser equivalente al de la otra, el que no excederá de veinte minutos,<sup>42</sup> salvo que el juez conceda uno superior por las condiciones del caso. Claro está, cualquiera de las partes puede renunciar a su tiempo de forma expresa o simplemente por la no utilización del mismo en desarrollo de su intervención, situación que podrá ser ponderada por el juez al valorar el comportamiento procesal de las partes.
2. El número de preguntas que cada parte puede formular al testigo y a la contraparte en el interrogatorio debe ser equivalente, sin que sea dable que por vía de la facultad oficiosa el juez pretenda realizar preguntas que beneficien a alguna de las partes. El deber del juez es con la verdad material y no con los sujetos procesales.
3. El juzgador debe dar inicio a la audiencia a la hora dispuesta, sin que le sea permitido, por acción u omisión, posponer la diligencia aguardando el arribo de una parte procesal no concurrente.
4. En situaciones de desigualdad material le corresponde al juzgador proveer sus poderes oficiosos para lograr algún tipo de equilibrio, como por ejemplo, practicando pruebas de oficio.

### 3.2. Oralidad

La oralidad exige que en las audiencias todos los actos, comunicaciones y decisiones se efectúen verbalmente: las partes actuarán a través de intervenciones, cuyo término máximo será el dispuesto por el juez; y el juzgador tomará decisiones o resoluciones oralmente, las cuales serán notificadas de forma inmediata en estrados<sup>43</sup> y, por tanto, quedarán ejecutoriadas en el mismo acto de verbalización siempre que no sean susceptibles de ser recurridas o que de serlo las partes no interpongan recursos.<sup>44</sup>

El art. 3.º del CGP dispone que todas las actuaciones deben adelantarse de viva voz y que solo se permitirá el escrito para los casos expresamente indicados en la ley, sin que, por

<sup>42</sup> El término máximo de veinte minutos se deriva de una interpretación sistemática del Código General del Proceso, en tanto es el límite impuesto para la actuación que requiere la mayor carga argumentativa, como es la presentación de los alegatos de conclusión, por lo que todas las demás intervenciones deben tener un tiempo inferior.

<sup>43</sup> El proceso deja de ser un monólogo (las partes escriben y ello llega al juez con días de demora y este no podrá separarse de lo escrito, y a la inversa) para convertirse en un diálogo, pues con la interacción verbal se garantiza que el receptor conozca el mensaje de forma directa y pueda solicitar las aclaraciones, complementaciones o correcciones que estime convenientes (cfr. Storme, 2008).

<sup>44</sup> Artículo 302 del Código General del Proceso.

causal alguna, se permita la sustitución de una intervención oral por la presentación de un escrito.<sup>45</sup> Los escritos se permiten en los siguientes casos:

1. Para las partes: demanda, contestación, demanda de reconvencción, formulación de excepciones previas, intervención de terceros o litisconsortes, llamamiento en garantía, poder para actuar (sin perjuicio de que se otorgue en audiencia), cambio de direcciones de notificaciones, reforma de la demanda, notificaciones, renuncia a términos de ejecutoria, autorización de dependientes judiciales, formulación de incidentes, solicitud de amparo de pobreza, preguntas para el interrogatorio de parte o la práctica de testimonio, tacha de inhabilidad para testificar, anuncio de aporte de dictamen pericial, aporte de dictamen pericial, solicitud de condena en concreto, desistimiento de recursos, interposición de recursos cuando el auto o la sentencia se profiera fuera de audiencia, solicitud de reconocimiento de preferencia crediticia, inventario y avalúo de los bienes sucesorales, así como otros excepcionales casos.
2. Para el juzgado: admisión de la demanda, constancias secretariales, notificaciones, oficios dirigidos a particulares o autoridades públicas, sentencia (en los casos en que no le sea posible al juez proferirla en desarrollo de la audiencia y se cumplan las condiciones a que se refiere el numeral 5 del art. 373 del CGP).

Cuando el juzgador actúe por escrito los autos deberán ser proferidos en un término máximo de diez días y las sentencias de cuarenta días, contados a partir de que el expediente pase al despacho, términos estos que serán indicativos y su observancia estará subordinada a aspectos como la carga de trabajo y el orden de ingreso.

Salvo los casos atrás indicados, se insiste, la interacción entre las partes y el juez debe hacerse de forma verbal en el curso de audiencias, donde no tiene cabida la presentación de escritos o la sustitución de lo verbal por lo escrito.

### **3.3. Inmediación**

El juez deberá practicar personalmente las actuaciones y pruebas relativas al proceso, en audiencia o diligencia, según lo prescrito en el art. 5.º del nuevo estatuto procesal, estableciéndose como causal de nulidad el hecho de que no lo haga de forma directa.<sup>46</sup> Y es que se consagró como un deber del juez el hecho de presidir las audiencias<sup>47</sup> y adelantar

---

<sup>45</sup> Numeral 6 del art. 107, del Código General del Proceso.

<sup>46</sup> Numeral 1 del art. 107, del Código General del Proceso.

<sup>47</sup> Artículo 42 del Código General del Proceso.

el proceso por sí mismo,<sup>48</sup> sin perjuicio de que en dicha labor le colaboren los servidores públicos adscritos a su despacho, quienes en manera alguna podrán reemplazarlo.

Excepcionalmente, y tratándose de órganos colegiados, las audiencias podrán adelantarse con la mayoría de los magistrados que componen la respectiva sala o sección, siempre que la inasistencia de los ausentes obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito.<sup>49</sup>

Se permite, eso sí, que el juzgador comisione el secuestro y entrega de bienes, la realización de diligencias que deban surtirse fuera del juzgado y la práctica de pruebas,<sup>50</sup> siempre que en este último caso no fuere posible acudir a medios tecnológicos adecuados para garantizar la práctica por videoconferencia o sistemas similares, de suerte que no se rompa la inmediación; más aún, el mismo juez puede disponer que, en tratándose de testigos ubicados fuera de la sede del juzgado, declaren a través de estos medios técnicos. El CGP es claro al prescribir:

[...] El juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas, podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción. Excepcionalmente, podrá comisionarse para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios tecnológicos indicados en este artículo [...] (art. 171).

Cuando el juez no pueda acudir directamente a estos medios, la comisión adquiere su plena aplicación, en una doble variante: 1)comisionar a un servidor público para que disponga de los medios necesarios en orden a que la prueba se practique por el juez acudiendo a por videoconferencia o medios similares;<sup>51</sup> o 2)comisionar al servidor público para que este practique la prueba, con las mismas facultades que el comitente, incluyendo la de conceder recursos.

Tratándose del ejercicio de funciones jurisdiccionales el legislador fue más benévolo, pues permitió que la inmediación se ejerza no directamente por el responsable de dichas funciones, sino por conducto de los funcionarios que sean delegatarios o comisionados de aquel

<sup>48</sup> Artículo 8.º del Código General del Proceso.

<sup>49</sup> Numeral 1 del art. 107, del Código General del Proceso.

<sup>50</sup> Artículo 37 del Código General del Proceso.

<sup>51</sup> La utilización de sistemas de información en manera alguna afectan la inmediación, pues como lo sostiene Jorge W. Peyrano: “[...] hoy, y cada vez con más fuerza, puede darse una inmediación virtual que permita que el juez asista a la práctica de la prueba e inclusive, interactúe con sus protagonistas, en tiempo real, pese a su ausencia física del lugar donde se desarrolla aquella. Estamos aludiendo a la videoconferencia para asegurar la inmediación en el supuesto de distancia física entre el tribunal y algún protagonista de la prueba a practicar [...]” (2008).



según la estructura interna de la entidad.<sup>52</sup> La razón es eminentemente práctica: al interior de las entidades existe un único responsable de la función jurisdiccional, el cual funge como “juez” para los fines de estos procesos, apoyado por un gran número de servidores públicos, quienes deben practicar pruebas y en muchos casos sustanciar las decisiones, razón por la cual se admite que sean estos últimos los depositarios del principio de inmediación.

### ***3.4. Concentración***

En cada una de las audiencias deberá realizarse la mayor cantidad de actos procesales y, por lo menos, los expresamente indicados por la ley, al punto de que existe una permisión general para que el juez pueda desatar la controversia en una única audiencia, como sucede en los procesos monitorios, verbales, de reconstrucción de expedientes, y verbales en los que no sea necesario practicar pruebas adicionales a las recaudadas en la audiencia inicial.

En desarrollo del principio de concentración el juez deberá adoptar todas las decisiones que sean connaturales a la audiencia, así como practicar todas las pruebas que sean necesarias (con independencia de que se trate de la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento),<sup>53</sup> correspondiéndole a las partes interponer y sustentar los recursos que sean procedentes en el mismo acto y de forma verbal, sin perjuicio de que la sustentación de la apelación pueda hacerse en un término máximo de tres días.<sup>54</sup>

La terminación de audiencias sin agotar todos los asuntos que debían despacharse puede considerarse como una demora negligente del juzgador, ya que supondrá un reconocimiento de que no se agotó el objeto de diligencia y que será necesario citar a una nueva audiencia, a pesar de que ello no se encuentra permitido y realmente es evidencia de una inadecuada planeación de las audiencias, lo que podría comprometer la responsabilidad del juzgador.

### ***3.5. Publicidad***

Las audiencias y diligencias serán públicas,<sup>55</sup> y estará vedado que el juez impida el acceso de todos los que deseen concurrir, salvo que exista una causa justificada que imponga la reserva de la actuación.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Parágrafo 1 del art. 24, del Código General del Proceso.

<sup>53</sup> Artículo 372 del Código General del Proceso.

<sup>54</sup> Artículo 322 del Código General del Proceso.

<sup>55</sup> Artículo 3.º del Código General del Proceso.

<sup>56</sup> Numeral 5 del art. 107, del Código General del Proceso.

Así las cosas, cualquier persona, aun terceros absolutos, podrán ingresar a las actuaciones judiciales, sin que ello suponga autorización para intervenir, ni para dar apreciaciones o comentarios, sino que deberán limitarse a escuchar y observar el desarrollo de la audiencia.

### ***3.6. Intervención en las audiencias***

Las partes dispondrán de veinte (20) minutos para intervenir en las audiencias, salvo que el juez autorice un tiempo superior atendiendo a las circunstancias del asunto y siempre que se respete el principio de igualdad.

La participación deberá ser presencial, directamente o a través de apoderado judicial, admitiéndose que de forma excepcional el juez autorice, por justa causa, la intervención mediante videoconferencia, teleconferencia o cualquier otro medio equivalente, a condición de que pueda dejarse una memoria grabada de estas actuaciones.

La participación en las audiencias es una verdadera carga procesal, cuyo desconocimiento genera consecuencias negativas para los sujetos trabados en litis, tales como la terminación del proceso si ambas partes inasisten, o la adopción de decisiones judiciales que únicamente considerarán la posición del asistente, sin atender al remiso.

Por ejemplo, en la reconstrucción de expedientes el art. 126 del CGP establece que si ninguna de las partes concurre a la audiencia, el juez declarará terminado el proceso de plano. Si solo concurre una de las partes, el juez lo declarará reconstruido con base en la exposición jurada y las pruebas allegadas por el asistente, debiendo el remiso asumir el expediente en la condición que allí se decrete.

Asimismo, la falta de concurrencia del testigo o del perito, en los casos en que se haya requerido su intervención por una de las partes, conduce a que el proceso siga su curso sin consideración de pruebas, hecho que claramente perjudicará a la parte que solicitó su práctica,<sup>57</sup> quien tiene el deber de garantizar que los testigos o expertos concurren al despacho judicial en la fecha y hora programadas.

Si al practicarse la inspección judicial se evidencia que no compareció la parte que la solicitó, el juez podrá desistir de su realización, excluyéndose esta prueba del acervo probatorio.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Artículos 218 y 228 del Código General del Proceso.

<sup>58</sup> Artículo 238 del Código General del Proceso.

### **3.7. Idioma**

Las audiencias deberán adelantarse en idioma español, salvo que, tratándose de partes trabadas en litigio integrantes de un grupo étnico se solicite al juez, con conocimiento de sus dialectos autóctonos, que las actuaciones se adelanten en dicha lengua, caso en el cual se designará un intérprete para que asista a las personas que desconocen la lengua empleada.<sup>59</sup>

### **3.8. Grabación**

De las audiencias y diligencias se dejará grabación que dé cuenta de todo lo ocurrido en desarrollo de las mismas. Lo óptimo consiste en una videograbación, pues esta servirá para dejar la memoria visual de la actuación, pero nada impide que sea únicamente una grabación oral. En todo caso, se levantará un acta de cada audiencia o diligencia en que consten los intervinientes, documentos aportados y decisiones adoptadas.

Ante la ausencia o falla de los sistemas de grabaciones, el juez deberá dejar una memoria de la actuación en el acta resultante de ella, como reproducción escrita de lo acontecido.

### **3.9. Programación**

Las audiencias deberán ser programadas por el juez atendiendo al orden de prelación legal de los procesos y a la carga de trabajo, garantizando que ellas tengan la aptitud de extinguir su objeto y la resolución con fuerza de cosa juzgada de la controversia. Esta programación deberá hacerse en días y horas hábiles (judiciales), salvo que:

1. La ley establezca que las audiencias deben adelantarse en horas inhábiles, por ejemplo, para la práctica de pruebas en que urge por el temor de la extinción de los medios de convicción o su imposibilidad posterior de práctica.<sup>60</sup>
2. Las partes, de común acuerdo, le soliciten al juez el señalamiento de un día inhábil para adelantar la audiencia, incluyendo la práctica de pruebas.
3. El juez disponga realizar audiencias en horario inhábil, sin más requisitos que su mera voluntad y la comunicación a las partes.<sup>61</sup>

### **3.10. Continuidad**

---

<sup>59</sup> Artículo 104 del Código General del Proceso.

<sup>60</sup> Artículo 172 del Código General del Proceso.

<sup>61</sup> Artículo 172 del Código General del Proceso.

Las audiencias deberán ser programas de suerte que en el tiempo dispuesto para las mismas se alcance a agotar su objeto, por haberse analizado todos los aspectos que constituyen su razón de ser y adoptarse las decisiones que corresponden. Por ello, el numeral 2 del art. 107 del CGP prescribe que la audiencia se adelantará sin solución de continuidad, so pena de falta grave a las funciones del juez.

La audiencia comenzará al primer minuto de la hora señalada, aun en ausencia de las partes o sus apoderados;<sup>62</sup> esto es, bastará la concurrencia del juez, quien instalará la audiencia y comenzará a agotar su objeto. Las personas que vayan llegando al lugar de citación asumirán la audiencia en el estado en que se encuentre.

Vencido el horario dispuesto sin que se haya agotado su objeto, existe autorización legal para extenderse en horario inhábil, sin necesidad de manifestación judicial al respecto,<sup>63</sup> de suerte que pueda despacharse en su totalidad, salvo que el juez opte por suspenderla en los casos dispuestos en el estatuto procesal.

Claro está, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar al juez la suspensión de la audiencia por un tiempo determinado, en las condiciones que establezcan y a partir del instante que acuerden, en aplicación del numeral 2 del art. 161 del CGP. El proceso se reanudará al vencimiento del término de suspensión o cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.<sup>64</sup>

También es dable que el juez suspenda la audiencia de instrucción y juzgamiento cuando no pudiere convocarse un testigo, siendo fundamental su declaración, caso en el cual deberá ordenarse su citación y disponer de lo requerido para su práctica. Igual regla se aplica para el perito citado a sustentar su dictamen.

La suspensión de la audiencia no operará por el trámite de un impedimento o recusación advertida o propuesta en desarrollo de la misma, pues para lograr este efecto procesal es necesario que dichos trámites se hubieren formulado por lo menos cinco días antes de la celebración de la audiencia.<sup>65</sup>

No existe una causal general de suspensión por conveniencia o decisión unilateral del juez, quien, por el contrario, solo podrá acudir a dicha figura en los casos atrás mentados, de lo cual se infiere que no tiene facultad alguna para terminar o suspender una audiencia por

<sup>62</sup> Numeral 1 del art. 107, del Código General del Proceso.

<sup>63</sup> Artículo 106 del Código General del Proceso.

<sup>64</sup> Artículo 163 del Código General del Proceso.

<sup>65</sup> Artículo 145 del Código General del Proceso.

haberse vencido el horario hábil o por considerar que es conveniente para los fines de la causa, sino que deberá continuar hasta la extinción de su objeto. Claro está, como nadie está obligado a lo imposible, los casos de fuerza mayor o caso fortuito serán habilitantes del decreto de suspensión.

### **3.11. *Uso de toga***

La dignidad de la toga fue restablecida en el CGP, al obligarse al juez a presidir las audiencias con este atuendo, en señal de jerarquía y respeto, por tratarse de la representación de la justicia en la respectiva audiencia.

Si bien es un mero formalismo que, en manera alguna, puede afectar la validez o eficacia de las audiencias, sí se impone como un símbolo de la sumisión que las partes le deben dispensar al juez y sirve para diferenciar la calidad de las personas que participan en la actuación.<sup>66</sup> Así lo reconoció la Corte Constitucional:

Existe claramente una finalidad legítima para el establecimiento de la obligación de portar la toga en la audiencia, cual es la de facilitaren el desarrollo de la misma la identificación por todos los asistentes del juez o de los magistrados encargados de dirigirla o de presidirla[...] (Sentencia C-718 de 2006).

Y a renglón seguido señaló:

[...] bien cabe señalar que circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito podrían llevar a que en un proceso determinado, en la audiencia correspondiente no pudiera usarse la toga. En tal evento es claro que dicha circunstancia no estaría llamada a afectar la validez de la actuación [...]

## **4. La audiencia inicial**

Después de agotada la etapa escrita relativa al entramamiento de la litis y el planteamiento de excepciones, así como otras actuaciones propias de la fase preliminar del proceso, el juzgador deberá convocar a audiencia inicial, cuyo contenido y finalidad está dispuesto en el art. 372 del CGP.

### **4.1. *Finalidad***

---

<sup>66</sup> Francesco Carnelutti advertía que la toga sirve para diferenciar a los magistrados de los profanos, reafirmando la autoridad de aquellos para efectos del proceso (1999, p. 4).

La audiencia inicial tiene como finalidad preparar la actuación para darle paso a la actividad probatoria y decisoria, a través de una serie de actos encaminados a depurar el proceso de irregularidades o situaciones que puedan desviar la atención del juzgador, así como precisar el objeto de la controversia y las pruebas que realmente resultan necesarias para su resolución.<sup>67</sup>

Se trata, entonces, de una audiencia netamente preparatoria de la instrucción y juzgamiento, que resulta fundamental para que el proceso se concentre en los aspectos fundamentales, simplificando así su desarrollo, en tanto permitirá una oportunidad para que las partes concilien y, de fracasar esta, tener por demostrados los hechos en los que no existe discusión, así como limitar el debate probatorio, garantizando de esta manera el principio de economía y evitando demoras innecesarias en la tramitación.

Luego su carácter preliminar en manera alguna puede conllevar a restarle importancia o considerarla subordinada a la instrucción y juzgamiento, pues realmente es fundamental para el éxito de aquella, en tanto su correcto agotamiento aliviará la carga probatoria y permitirá un menor desgaste de la actividad judicial.<sup>68</sup> Más aún, cuando en la audiencia inicial se practican importantes probanzas.

Es importante advertir que la audiencia inicial puede mutar a audiencia de instrucción y juzgamiento en los eventos en que el juez encuentre que no existen pruebas que practicar o que las mismas pueden agotarse allí, caso en el cual es su deber fallar de forma inmediata. Esto supone una nueva actividad del juzgador y de las partes, pues a la audiencia inicial no puede llegarse a improvisar o explorar cuál es el contenido de la actuación, sino que debe tenerse total conocimiento de las pretensiones, los fundamentos de derecho, las fuentes auxiliares y las pruebas hasta ese momento aportadas en el proceso, así como tener estructurada de forma integral las estrategias del caso, que permitan afrontar con suficiencia las pruebas que se recolecten en la audiencia, formular alegatos de conclusión e indicar el sentido de la decisión.

La actual audiencia del art. 101 del CPC, entendida como un mero trámite muchas veces de simple ratificación de las pretensiones, excepciones y solicitudes probatorias, debe entenderse

<sup>67</sup> “[...] la audiencia preliminar en vista a fines conciliatorios y/o saneadores y el montaje de un debate procedimental sencillo y ágil [...]” (Peyrano, 2008).

<sup>68</sup> Conviene recordar las palabras del tratadista Enrique Vescovi, para quien: “[...] justamente el fin de la audiencia es abreviar el procedimiento, acelerar el trámite [...] Por eso la audiencia preliminar se ubica en todos los ordenamientos que venimos analizando, salvo en el de Austria, luego de contestada la demanda, para que el juzgador con el material de la etapa de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción) pueda realizar en forma útil (eficaz) su tarea[...].” (1986, pp. 26-27).

totalmente superada, pues la audiencia inicial es el momento culmen de la preparación del juicio, al sentar las bases de lo que debe probarse y fallarse, así como anticipar la decisión misma. Será un gran riesgo para los abogados y sus representados concurrir a la audiencia inicial sin haber ponderado todas las variables (ni formular estrategias del caso), ya que pueden verse enfrentados a la práctica de pruebas y toma de decisiones que ni siquiera están en capacidad de ponderar en sus alegatos de conclusión.

## 4.2. Reglas que la informan

- a) *Asistencia personal y obligatoria*: las partes trabadas en controversia deberán concurrir personalmente a la audiencia inicial, pues su presencia física es requerida para el adelantamiento de actuaciones claves como la conciliación judicial o la práctica de interrogatorio de parte. Para estos fines la parte deberá estar debidamente asistida de su abogado en los casos dispuestos en la ley.

Se excluye la posibilidad de procurar a un abogado para abstenerse de concurrir a la audiencia inicial, ya que, se insiste, la concurrencia es personal. En casos de fuerza mayor o situaciones similares, podrá pedirse al juzgador que disponga de medios tecnológicos para permitir la intervención por videoconferencia o teleconferencia, de suerte que se eviten las sanciones a que se refiere la norma.

- b) *Oportunidad*: la programación de la audiencia inicial será realizada por el juzgador al vencimiento del término de traslado de la demanda inicial, demanda de reconvencción, llamamiento en garantía o resolución de excepciones previas, en el horario y condiciones que estime convenientes. Recuérdese a lo que hace referencia el principio de programación en las audiencias.

La fecha seleccionada por el juzgador es imperativa para todos los intervinientes, quienes deberán someterse a la decisión discrecional de aquel, al punto que el numeral 1 del art. 372 del CGP establece que el auto que señale la fecha no admite recursos. Excepcionalmente el juzgador deberá cambiar la fecha en los siguientes eventos:

- Excusa presentada por alguna de las partes con anterioridad a la fecha señalada para la realización de la audiencia, siempre que la causal esgrimida corresponda a una justa causa y se allegue prueba siquiera sumaria de su fundamento. La nueva fecha tampoco admite recurso alguno.

- Situaciones de interrupción o suspensión del proceso, en los términos de los arts. 159 y 161 del CGP, ya que en estos eventos el proceso debe paralizarse, incluyendo la realización de audiencias.
- c) *Agotamiento integral*: es deber del juez disponer del tiempo suficiente para garantizar que en desarrollo de la audiencia inicial se agoten todos los pasos diseñados por el legislador para su efectividad y, de ser el caso, ordenar su extensión hasta que se logre su finalización.

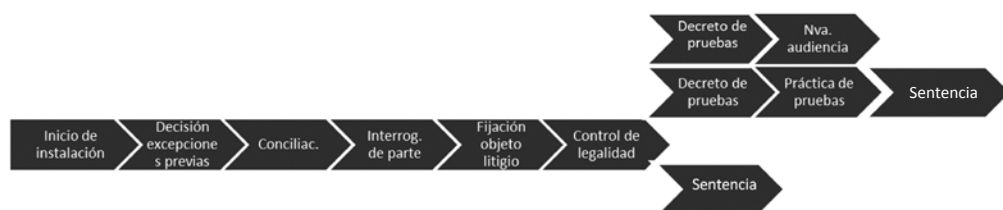
Para ello se requiere una gestión eficaz del tiempo y una dirección activa por parte del juez, quien podrá garantizar que las fases de la audiencia no sean meros formalismos, sino que permitan alcanzar la finalidad que el legislador tuvo en mente al diseñarlas.

- d) *Facultades dispositivas de los apoderados judiciales*: la intervención de los apoderados, que se encuentren debidamente facultados para actuar en el proceso, tiene el alcance de confesión, sin requerir para ello de poder especial y sin que se pueda cercenarles esta facultad, según el art. 193 del CGP.

### 4.3. Contenido

En la audiencia inicial deberán agotarse las siguientes fases, en estricto orden de ocurrencia (ver figura 3):<sup>69</sup>

**Figura 3.** Fases de la audiencia inicial



<sup>69</sup> “[...] Las principales funciones de la audiencia preliminar se pueden agrupar en la conciliadora (exclusión del proceso), saneadora (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), la de establecer el objeto del proceso y de la prueba (función abreviadora, al decir de Barbosa Moreira) y ordenadora, justamente por el juez del futuro desarrollo del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba [...]” (Véscovi, 1986, p. 27).



*Inicio e instalación.* La audiencia comenzará en la fecha y hora indicada con la presencia de por lo menos una de las partes y del juez, quien deberá darla por instalada y comenzar a agotar su objeto. Luego, son condiciones *sine qua non* para dar inicio a la audiencia, que se haya cumplido la hora dispuesta para su realización y el juez y una de las partes se encuentren presencialmente en el despacho; se insiste, no se requiere de ambas partes o de sus apoderados, sino únicamente del juez y la parte demandante o la demandada.

En caso de que comparezcan únicamente los abogados y uno solo de los procurados, se entenderá que los profesionales en derecho podrán actuar con facultades para confesar, conciliar, transigir, desistir y disponer del derecho. Si solo concurren los procurados, estos actuarán directamente.

La tardanza en el arribo a la audiencia supondrá que la parte o el apoderado deban asumirla en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de las consecuencias de la inasistencia respecto de las etapas que ya se hubieran agotado.

El acto de instalación se materializa en el acta de la audiencia, en la cual deberá dejarse constancia de la hora de su comienzo, de las partes presentes y del objeto de la actuación. Resulta claro que los datos generales del proceso y del juzgado deberán encabezar el acta. Es obvio que corresponde al juez, por medio de los funcionarios adscritos a su despacho, verificar la identidad de las partes.

*Decisión de excepciones previas.* La segunda actuación que debe surtir es la resolución de las excepciones previas que no hubieran sido decididas en una fase anterior, por el hecho de hacerse necesaria la práctica de pruebas.

Así, cuando en virtud del art. 101 del CGP el juez deba decretar pruebas para resolver las excepciones previas relativas a la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar de ocurrencia de los hechos, o falta de integración del contradictorio, el juez deberá practicarlas en desarrollo de la audiencia inicial, pero exclusivamente las necesarias para decidir y siempre que no se refieran a hechos diferentes a los de la excepción.

Para la práctica de estas pruebas deberá garantizarse el derecho de contradicción y de igualdad, de suerte que la parte que propuso la excepción, así como la demandante, tengan la posibilidad de intervenir en la práctica, sin que en manera alguna se permita que se desvíe el objeto de la actuación.

*Conciliación judicial.* La tercera actuación es la conciliación judicial, entendida como la exhortación efectuada por el juez a las partes para que busquen un arreglo directo de sus controversias, con su facilitación.<sup>70</sup>

Para la efectividad de la conciliación el juez debe explicarle a las partes la finalidad de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, sus consecuencias jurídicas, y explorar la existencia del deseo de concluir la controversia de forma directa. Al efecto, el numeral 6 del art. 372 del CGP le impuso al juez el deber de proponer fórmulas de arreglo, sin que ello implique, formalmente, prejuzgamiento.

La conciliación judicial podrá intentarse en cualquier momento de la audiencia inicial, siempre que el juez lo estime conveniente o las partes, de común acuerdo, así lo soliciten. Claro está, existen eventos en los que no es necesario agotar esta etapa, a saber:

- a) En aplicación del art. 35 de la Ley 640 de 2001, la conciliación judicial no será necesaria cuando previamente se hubiere realizado audiencia en virtud del agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, aunque nada obsta para que el juez intente su realización si a bien lo estima, o que el demandante la solicite.
- b) De acuerdo con el numeral 6 del art. 372, no se podrá conciliar cuando la parte se encuentre representada por curador *ad litem*.
- c) El menor que no se encuentre representado por su representante legal carece de la aptitud legal para conciliar, no así cuando actúa a través de su representante, quien legalmente se entiende facultado para hacerlo.

Si las partes no alcanzan un acuerdo en desarrollo de la conciliación, la audiencia continuará con la siguiente etapa. *Contrario sensu*, si hay un acuerdo, este deberá ser aprobado por el juez, quien deberá realizar un control de legalidad y de encontrarlo ajustado a la ley autorizará la conciliación, ordenando la terminación del proceso si el acuerdo fuere total. Tratándose de un acuerdo parcial, autorizará la conciliación y continuará la actuación respecto de los puntos no acordados.

<sup>70</sup> La Corte Constitucional indicó: “[...] la conciliación es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares [...]” (sent. C-160 de 1999).

*Interrogatorio de parte.* La práctica de los interrogatorios de partes es un deber impuesto por el legislador al juzgador, quien deberá practicarlos de forma oficiosa e imperativa.<sup>71</sup> En los interrogatorios se auscultará de modo exhaustivo a las partes sobre el fundamento “real” de la controversia, lo que servirá para precisar el objeto del litigio y determinar los hechos que deben ser probados, razón adicional para exigir la concurrencia personal de las partes a esta audiencia.

Los interrogatorios deberán practicarse forzosamente en la audiencia inicial, garantizando el derecho de no autoincriminación y de contradicción, por lo que el juez deberá permitir la intervención del apoderado del interrogado y de la contraparte, quien podrá formular hasta veinte preguntas sobre hechos relacionados con el litigio, de acuerdo con el formulario que hubiera presentado con antelación a la audiencia inicial o de viva voz, sin perjuicio de que el juez efectúe preguntas adicionales, con las condiciones y restricciones del art. 202 del CGP. De forma excepcional, no será necesaria la práctica del interrogatorio en esta audiencia cuando:

- a) Inasiste una de las partes sin justa causa, caso en el cual se aplican las reglas de la confesión ficta o presunta.
- b) Inasiste una de las partes y justifica su ausencia, caso en el cual el interrogatorio se practicará en la audiencia de instrucción y juzgamiento.

El juez también tiene plena libertad de practicar careos entre las partes, de suerte que haya una discusión directa entre ellas respecto de la razón de su dicho, que permita superar vacíos o contradicciones, así como formarse una percepción directa sobre la credibilidad de las mismas, atendiendo las reglas de la sana crítica.

*Fijación del objeto de litigio.* También conocida como la “administración del proceso” en materia de mecanismos alternos de solución de conflictos,<sup>72</sup> busca que el juez, con la participación de las partes y las probanzas hasta este momento recolectadas, defina las pretensiones que realmente constituyen el objeto de controversia, de suerte que pueda centrar los esfuerzos probatorios en la demostración de los supuestos de hecho relativos a la mismas.

En la demanda y en la contestación es posible que se acumulen pretensiones y excepciones, respectivamente, de forma directa o subordinada, así como que se aleguen hechos que en sí mismos no son el punto en la controversia, sino que se incluyen como estrategia de

---

<sup>71</sup> Excepcionalmente el interrogatorio no resulta obligatorio para los procesos verbales sumarios, por la autorización expresa que al respecto hace el Código General del Proceso.

<sup>72</sup> Cfr. Escudero (2012, p. 10).

presión o para desviar la labor judicial, correspondiéndole al juez, en colaboración con las partes, depurar la esencia de la discusión, pues es allí donde se encuentra el conflicto que debe ser resuelto con su intervención.

Aquí está el punto central del éxito del proceso oral: que el juez pueda fijar, oportuna y adecuadamente, el objeto de conflicto, ya que ello le permitirá reducir los tiempos de decisión al limitar las probanzas a los puntos que “realmente” están en discusión, así como evitar que el proceso judicial se vuelva un lugar para discutir asuntos irrelevantes o que en últimas no aportarán a la decisión final del litigio.

Para la fijación del litigio el juez procederá de la siguiente manera, conforme al numeral 7 del art. 372 del CGP:

1. En presencia de las partes y sus apoderados, los requerirá para que indiquen los hechos en que están de acuerdo y en desacuerdo, considerando las afirmaciones realizadas en la demanda y en la contestación, así como los interrogatorios de partes. Los careos pueden resultar fundamentales en este momento procesal. Es menester que el juzgador se tome un tiempo prudencial para reflexionar sobre los hechos de la demanda y la contestación, así como para comprender las pretensiones y excepciones, de suerte que pueda pedir las aclaraciones que considere convenientes en orden a comprender su real dimensión.<sup>73</sup>
2. Una vez determinados los hechos en que hay acuerdo el juez deberá evaluar si los mismos pueden ser probados mediante confesión, caso en el cual, en el curso de la audiencia, los declarará probados.
3. Definidos los hechos sobre los que no existe acuerdo, o sobre los que existiendo acuerdo no se admite la confesión para su demostración, el juez declarará que los mismos deben ser demostrados en el curso del proceso.

*Control de legalidad.* Es deber del juez verificar si existe algún hecho o circunstancia que pueda dar lugar a la configuración de una causal de nulidad, ya que en este evento deberá proceder a sanearlas, siguiendo para ello el procedimiento prescrito en el capítulo II del título IV del CGP.

<sup>73</sup> El tratadista Vécovi, refiriéndose a la fijación del litigio, señala: “[...] Resulta importante también la dirección por el juez de la audiencia inclusive asesorando a las partes (como se reclama en la legalidad socialista), mejor aclarando (función esclarecedora) lo que no va contra la imparcialidad y no viola las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, desde que estando todos presentes el esclarecimiento de las afirmaciones resulta una natural función de la audiencia, dentro del proceso entendido como debe ser [...]” (1986,p. 31).

Lo primero que debe hacer el juez es verificar la existencia de algún hecho que, objetivamente, pueda subsumirse en las causales de nulidad reconocidas en el CGP, poniéndolo en conocimiento de la parte interesada y advirtiéndolo sobre sus consecuencias, así como el eventual saneamiento por no haberse alegado en el momento procesal oportuno.

A renglón seguido deberá proceder a tener por convalidado el acto o a declarar la nulidad, dependiendo de la decisión de la parte afectada, sin perjuicio de que, tratándose de nulidades derivadas de la falta de representación o indebida notificación de la primera providencia, deba notificar la providencia y conceder tres días para que se alegue la nulidad.<sup>74</sup>

Tratándose de aquellas nulidades originadas en la falta de jurisdicción o competencia, será menester que declare la nulidad y remita la actuación al juez competente, conservando validez las pruebas prácticas dentro del proceso y las medidas cautelares decretadas.<sup>75</sup>

Las demás irregularidades también deberán ser saneadas por el juez, en orden a garantizar que se pueda seguir con la segunda audiencia de instrucción y juzgamiento con la garantía de que será posible proferir sentencia definitiva que resuelva la controversia.

Asimismo, el juzgador deberá verificar si, después de definido el objeto de litigio, se hace necesario integrar un litisconsorcio necesario, por tratarse de un asunto que deba resolver de forma uniforme para las partes que integraron un vínculo jurídico común de orden contractual o legal.<sup>76</sup>

Una vez saneado el proceso, la parte a cuyo favor se erigió la causal pierde la posibilidad de volver a alegarla, pues se entiende que convalidó la actuación y que le precluyó la oportunidad para solicitar la nulidad, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que fueren procedentes. Solamente podrá alegar nulidades originadas en hechos nuevos.<sup>77</sup>

*Decreto de pruebas.* Una vez practicados los interrogatorios de parte, señalados los hechos que se entiende demostrados por haber acuerdo entre las partes y ser susceptibles de confesión, y fijado el objeto del litigio, el juez analizará los pedidos probatorios efectuados por los sujetos procesales para evaluar su legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad, de suerte que decretará únicamente las probanzas que satisfagan estas condiciones.

---

<sup>74</sup> Artículo 137 del Código General del Proceso.

<sup>75</sup> Artículo 138 del Código General del Proceso.

<sup>76</sup> Artículo 61 del Código General del Proceso.

<sup>77</sup> Numeral 8 del art. 372, en concordancia con el art.132, del Código General del Proceso.

De especial relevancia será la utilidad de la prueba en el proceso oral, ya que lo primero que debe hacer el juez es verificar cuáles pruebas le aportarán al esclarecimiento de los hechos, considerando cuál es realmente la controversia (fijación del litigio) y cuáles son los hechos que no están acreditados (fijación de los hechos), pues las probanzas que se refieran a otros aspectos deberán ser despachadas desfavorablemente a través de auto que admite recurso de apelación.<sup>78</sup> Más aún, el numeral 10 del art. 372 del CGP prescribe que el juez “[...] prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados [...]”.

Y es que el decreto de pruebas inútiles, inconducentes o impertinentes, provocará demoras innecesarias en la resolución del caso, haciendo ineficiente el proceso oral, ya que su éxito radica en la rapidez de la decisión.<sup>79</sup>

Cuando el juez decreta la práctica de dictamen pericial o inspección judicial, deberá indicar a los interesados la fecha en que deberá aportarse al proceso o la fecha en que se hará la inspección, de forma previa a la audiencia de instrucción y juzgamiento, para permitir la contradicción de los mismos.

*Práctica de pruebas.* En desarrollo de la audiencia inicial, y por decisión no susceptible de recursos, el juez podrá ordenar que se practiquen las pruebas que, estando decretadas, resulte posible su práctica, siempre que se encuentren presentes las partes. Tal es el caso de la recepción de los testimonios a aquellas personas que asistan a la audiencia, careos entre testigos o entre estos y las partes, e inspección judicial en los casos en que sea imposible suplir esta prueba.

Conforme al nuevo estatuto procesal, las condiciones para proceder a la práctica de las pruebas en la audiencia inicial son las siguientes: 1) la decisión del juez, previa ponderación de la viabilidad y conveniencia de su práctica, tomada de oficio o a petición de parte; 2) la

<sup>78</sup> Numeral 3 del art. 321, del Código General del Proceso.

<sup>79</sup> La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, en el document *Relevant Council of Europe Resolutions and Recommendations in the field of efficiency and fairness of justice* establece respecto del tercer principio del proceso civil para mejorar el funcionamiento de la justicia: “[...] The court should, at least during the preliminary hearing but if possible throughout the proceedings, play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings, while respecting the rights of the parties, including the right to equal treatment. In particular, it should have propiomotu powers [...] to control the taking of evidence; to exclude witnesses whose possible testimony would be irrelevant to the case; to limit the number of witnesses on a particular fact where such a number would be excessive. These powers should be exercised without going beyond the object of the proceedings [...]” (La corte debería, por lo menos, durante la audiencia preliminar y de ser posible a lo largo del proceso, jugar un rol activo para asegurar el rápido adelantamiento del proceso, respetando los derechos de las partes, en particular, la igualdad procesal. En particular, la corte debe tener poderes para controlar la práctica de pruebas, excluir interrogatorios cuya práctica pueda resultar irrelevante para el caso. Estos poderes deberían ser ejercidos sin ir más allá del objeto de los procesos)..

presencia de las partes procesales en la audiencia, por lo que la ausencia de cualquiera de ellas impedirá la práctica de las pruebas, en atención a que se les vulneraría sus derechos de defensa y contradicción; y 3) la posibilidad de agotar la totalidad de la fase de instrucción en la audiencia inicial, permitiendo así que el juez pueda fallar al final de la misma.

*Fijación de fecha para la audiencia de instrucción y juzgamiento.* Superadas las anteriores fases, y siempre que no hubiere emitido sentencia, el juez concluirá la audiencia inicial con el señalamiento de la fecha y hora en que se adelantará la audiencia de instrucción y juzgamiento, advirtiendo a las partes sobre las consecuencias de su inasistencia a ella.

Adicionalmente deberá emitir las instrucciones que sean necesarias para garantizar la realización de la segunda audiencia, tales como la citación de los testigos, la fijación de fecha en que se debe presentar el dictamen pericial, la solicitud de dictamen técnico a entidades públicas, etc., disponiendo del tiempo necesario para agotar su objeto en una única audiencia.

*Sentencia.* Excepcionalmente es posible que el juez, en la audiencia inicial, profiera sentencia definitiva sobre el asunto sometido a su conocimiento, prescindiendo de esta forma de la audiencia de instrucción y juzgamiento,<sup>80</sup> siempre que se den cualquiera de las siguientes circunstancias y después de que hubiere efectuado el control de legalidad de lo actuado:

- a) El juez advierta que no es necesario practicar pruebas adicionales para fallar, considerando que en la fijación del litigio todos los hechos que soportan la controversia se tienen por probados y son susceptibles de ser demostrados por confesión.
- b) El juez encuentre que es posible y conveniente practicar las pruebas que hubiere decretado, siempre que estén presentes en audiencia todas las partes trabadas en el litigio.

En estos casos el juez, siempre que hubiere practicado las pruebas decretadas, deberá abrir alegatos de conclusión por veinte minutos para cada parte, y, por lo menos, emitirá el sentido de su decisión, conforme se explicará en el numeral 5.3 de este escrito.

#### **4.4. Consecuencias de la inasistencia**

Novedosa resulta la primera regla sobre inasistencia: si las partes (demandante o demandado) vinculadas al litigio inasisten *injustificadamente* a la audiencia inicial, el proceso terminará

---

<sup>80</sup> “[...] en la práctica, nada impide que la audiencia preliminar venga a revelarse también final, por obtenerse en ella la conciliación, por ser posible conocer inmediatamente del pedido sin necesidad de prueba ulterior o porque la simplicidad de la causa torna posible que el saneamiento del proceso y la producción de prueba ocurran en acto seguido [...]” (Ferreira, 1994, p. 151).

por este simple hecho, de lo cual dará cuenta el juez a través de auto que admite recurso de apelación.<sup>81</sup> La terminación por auto significa que no hace tránsito a cosa juzgada y, por tanto, el derecho sustancial queda incólume. Sin embargo, se entenderá que nunca se interrumpió la prescripción y que siempre siguió corriendo el término de caducidad, según las voces del literal 7 del art. 95 del CGP.

La inasistencia injustificada de los *apoderados* de las partes dará lugar a la imposición de una multa por cinco salarios mínimos legales mensuales a cada uno de ellos, sin que impida la práctica de la audiencia, pues el código es claro en señalar que la audiencia se adelantará con las partes. Tal proceder, en mi sentir, no resiste el sosegado análisis de constitucionalidad, pues de adelantarse el proceso sin asistencia del abogado se estaría vulnerando la garantía de la defensa técnica y exponiendo a los ciudadanos a que defiendan sus intereses sin la presencia de un experto en la materia, lo que constituye un claro retroceso en materia de garantías procesales.

La no comparecencia del curador *ad litem* le dará lugar a la imposición de una multa de cinco a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando es *una sola* de las *partes* la que falta a la audiencia inicial, adicional a la multa de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, se entenderá que confesó fictamente, esto es, que se presumen ciertos los hechos aducidos por la contraparte que le perjudican, sin impedir la continuación de la audiencia, ya que en la misma podrá actuar el apoderado, quien se tendrá facultado para confesar, conciliar, transigir, desistir y disponer del derecho en litigio. Claro está, en los casos en que existe una causal de fuerza mayor podrá admitirse el uso de medios de comunicación, sin que ello equivalga a inasistencia.

Cuando están ausentes en la audiencia *una de las partes y su apoderado*, tampoco detendrá el adelantamiento de la audiencia, pero tendrá el efecto de la confesión ficta y el juzgador adelantará la actuación únicamente con la contraparte.

## 5. La audiencia de instrucción y juzgamiento

### 5.1. Finalidad

La audiencia de instrucción y juzgamiento, como se infiere de su propia denominación, tiene por objeto la práctica de todas las pruebas que fueron decretadas en la audiencia inicial, de

<sup>81</sup> Numeral 7 del art. 321, del Código General del Proceso.



suerte que el juez pueda llegar a la “verdad” procesal de los hechos en discusión (instrucción), y, como consecuencia, emitir la sentencia que ponga fin a la instancia (juzgamiento).

Al tratarse de una audiencia es claro que se maximiza el principio de publicidad, pues las pruebas se practicarán de forma oral y con intervención de la contraparte, por lo que todos los asistentes podrán conocer su contenido y formarse una percepción sobre las mismas. Claro está, existen probanzas que por su propia naturaleza seguirán constando por escrito y, por ende, reservadas, como se trata de los documentos o informes.

La consecuencia final e inevitable de la audiencia de instrucción y juzgamiento es la emisión de un fallo o, por lo menos, del sentido del fallo, sin que sea dable que el juez, por su mera decisión, se abstenga de hacerlo o evada esta responsabilidad, como ya se explicó en el numeral 3 de este escrito. Es aquí donde los jueces mostrarán todas sus capacidades y el conocimiento profundo que del derecho se les exige en este nuevo esquema, pues deben estar preparados para afrontar cualquier asunto relacionado directa o indirectamente con el objeto de litigio, así como desvirtuar los argumentos que le sean puestos de presente por las partes en los alegatos de conclusión.

Esta es la mayor transformación del antiguo proceso del CPC al proceso del CGP: el deber de que en una única audiencia se practiquen pruebas, se escuchen los alegatos de conclusión y se tome una decisión, pues el juez “Hércules” debe estar preparado para lograr este fin, sin que pueda darse tiempo para buscar fuentes legales o auxiliares aplicables a su caso, y muchos menos repensar las pruebas, todo es en tiempo real.

## 5.2. Contenido

El numeral 1 del art. 373 del CGP prescribe que en la audiencia de instrucción y juzgamiento deberán agotarse las siguientes etapas (ver figura 4):

**Figura 4.** *Etapas de la audiencia de instrucción y juzgamiento*



A la instalación y saneamiento se aplican las reglas señaladas en el acápite inmediatamente anterior. Empero, deberá tenerse en cuenta que para la instalación bastará la presencia del juez, sin necesidad de que concurra parte alguna o sus apoderados, en aplicación de las reglas generales del código.

*5.2.1. Práctica de pruebas.* El juez procederá a practicar de manera concentrada y oral las pruebas que hubiere decretado en la audiencia inicial, siempre que ello fuere posible en tanto las partes hubieren dispuesto lo necesario para su práctica, como la conducción del testigo o del perito,<sup>82</sup> y considerando las siguientes reglas:

1. Las pruebas serán practicadas personalmente por el juez,<sup>83</sup> sin que sea dable que delegue esta actividad en los servidores adscritos a su despacho y sin perjuicio de la posibilidad de comisionar. Pero es que no podría ser de otra manera, pues el juez debe formarse progresivamente su representación sobre los hechos del proceso, de suerte que al momento de fallar tenga la claridad requerida para emitir una sentencia ajustada a derecho.
2. En principio el juez deberá practicar todas las pruebas que hubieren sido decretadas; empero, cuando el juez en desarrollo de la audiencia estime que un hecho se encuentra suficientemente ilustrado podrá prescindir de las demás pruebas testimoniales relacionadas con el mismo tema, por decisión que no admite recurso alguno.<sup>84</sup>
3. Antes de proceder a la práctica de las pruebas, el juez deberá instar a las partes para que fijen nuevamente el objeto de litigio, precisando los hechos sobre los que existe acuerdo sobre su existencia y que son susceptibles de confesión, pues frente a estos deberá rechazar la práctica de las pruebas que hubiere decretado en la audiencia inicial.<sup>85</sup>
4. Las pruebas deberán practicarse en el orden dispuesto por la regulación: a) el interrogatorio de la parte que hubiere sido justamente excusada de su inasistencia a la audiencia

<sup>82</sup> Conviene recordar las palabras de Diego Palomo Vélez refiriéndose al proceso oral chileno: “[...] si bien es cierto que en el marco de un proceso civil oral debe revalorizarse la importante figura del juez, ello no debe implicar tener que gravar a los tribunales con cargas que no debieran asumir. La proposición, obtención y producción de las pruebas es (y debe ser) fundamentalmente tarea de las partes. La tarea del tribunal debe pasar por presenciar efectivamente la rendición de las pruebas y las alegaciones de las partes, pero debiera abstenerse de intervenir en apoyo de una u otra pretensión, so pena de arriesgar su imparcialidad y el debido respeto a la igualdad de armas de las partes. Sin perjuicio, obviamente, de que le corresponderá valorar la prueba producida [...]” (2009).

<sup>83</sup> Artículo 171 del Código General del Proceso.

<sup>84</sup> Artículo 212 del Código General del Proceso.

<sup>85</sup> Numeral 2 del art. 373, del Código General del Proceso.

inicial; b) el interrogatorio al perito citado a la audiencia; c) las declaraciones de los testigos que estén presentes, prescindiéndose de los ausentes salvo que su testimonio resulte fundamental para los fines del proceso; d) la exhibición de documentos; e) las demás pruebas que hubieren sido decretadas.

Nada obsta para que el juez cambie el orden relacionado en precedencia para la práctica de las pruebas, siempre que así lo indique en desarrollo de la audiencia, salvo lo relativo al interrogatorio de parte, pues este debe practicarse de forma inicial en orden a fijar nuevamente el objeto de controversia y prescindir de pruebas innecesarias.

5. Las pruebas deberán practicarse de “viva voz” en desarrollo de la audiencia, a través de formulación de preguntas o la exhibición de los documentos en presencia del juez y de todos los asistentes, sin que sea dable sustituir la intervención oral por un documento. Tratándose de cuestionarios de preguntas, estos podrán anexarse por escrito, pero en desarrollo de la audiencia serán leídos y la respuesta será verbal.
6. El juez debe garantizar el principio de contradicción de las pruebas, por lo que en la práctica de las mismas es menester que permita la intervención tanto de la parte que la solicitó como de la contraparte, sin perjuicio de la posibilidad de hacer preguntas o solicitudes de oficio.<sup>86</sup>
7. Las partes podrán, de mutuo acuerdo, practicar pruebas o delegar en un tercero su práctica, las cuales deberán aportar antes de la terminación de la audiencia de instrucción y juzgamiento, caso en el cual el juez se abstendrá de practicarlas en el curso de la audiencia aunque las hubiere decretado.<sup>87</sup>
8. Para la práctica se podrá hacer uso de las tecnologías de la información en los casos en que no fuera posible, por justa causa, la concurrencia personal a la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Es claro que para cada medio de prueba existen reglas especiales, cuyo análisis excede la finalidad de esta ponencia, las cuales deberán observarse en orden a garantizar el debido proceso de las partes.

*5.2.2. Alegación de conclusión.* Practicadas todas las pruebas que fueren procedentes, el juez oír a los alegatos de las partes, quienes tendrán veinte minutos para intervenir, primero el demandante, segundo el demandado y después las demás partes o terceros intervinientes.

---

<sup>86</sup> Artículo 170 del Código General del Proceso.

<sup>87</sup> Artículo 190 del Código General del Proceso.

El juez podrá autorizar un tiempo mayor para la intervención cuando la complejidad del caso así lo amerite.

Resulta lamentable la redacción de esta regla, pues no precisa si los veinte minutos deben contabilizarse por personas o por la totalidad de la parte, ya que en una punta procesal pueden existir varias personas que la integran, como sucede con los litisconsorcios, por lo que corresponderá a los jueces garantizar la intervención de todos los interesados, sin desconocer el principio de igualdad procesal. Piénsese, por ejemplo, en un litisconsorcio activo integrado por tres personas y un solo demandado; de interpretarse la norma por persona, los demandantes tendrían la posibilidad de alegar por una hora, mientras que el demandado solo podría hacerlo por veinte minutos, situación que claramente lesiona al demandado. Luego lo correcto es que el juez conceda los veinte minutos por parte, o de hacerlo por persona, le conceda un tiempo proporcionalmente mayor a aquella parte que no tiene el mismo número de sujetos que la otra parte.

Los alegatos constituyen la oportunidad procesal final de las partes para “influir” en la decisión del juzgador, pues aquí es donde buscarán darle un sentido a los hechos esgrimidos en el curso del proceso, a las pruebas practicadas y a las normas aplicables, de suerte que le den valor jurídico a las pretensiones o a las excepciones, llevando el juez a la convicción de que cuenta con los soportes suficientes para tomar una decisión de fondo. Es aquí donde las partes seleccionan la teoría del caso que defenderán y que pretenderán mostrar al juez como la única plausible, generándole la convicción suficiente para fallar a su favor en cuanto corresponda a la teoría del caso que él ha venido construyendo a lo largo del litigio o que le permita evidenciar que su teoría es errada pues existe una más concluyente.

En los alegatos de conclusión las partes deben ser especialmente cuidadosas de sus afirmaciones, pues cuando realicen transcripciones o citas se entenderá que actúan con temeridad si son deliberadamente inexactas.<sup>88</sup> Llámese la atención sobre el calificativo “deliberadamente”, ya que supone la demostración de que se tuvo intención y conciencia sobre la inexactitud, lo que podrá inferirse del hecho de que la parte asistió y participó en las audiencias no obstante lo cual está expresando afirmaciones contrarias a lo que allí se discutió.

Los alegatos de conclusión deberán ser escuchados, necesariamente, por el juez encargado de tomar la decisión final, al punto de que, si por cualquier causa, debe cambiarse el juez que presenció los alegatos, el nuevo no podrá fallar hasta tanto no vuelva a escuchar los alegatos de las partes, so pena de que la sentencia sea posible de nulidad.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Numeral 6 del art. 79, del Código General del Proceso.

<sup>89</sup> Numeral 1 del art. 107, del Código General del Proceso.

5.2.3. *Sentencia.* La sentencia es el momento final de la primera instancia y con ella se dará por terminada la audiencia de instrucción y juzgamiento. Lo ideal es que el juez, una vez escuchados los alegatos de conclusión, profiera la sentencia de forma inmediata; empero, se permite que decrete un receso de máximo dos horas, vencido el cual deberá proferir el fallo. Estas dos horas mal haría el juez en destinarlas a resolver el caso, pues se parte del supuesto de que ha venido construyendo su teoría y ya tiene las bases de su decisión, pero en este interregno puede validar su interpretación o corroborar la existencia de precedentes jurisprudenciales que resulten relevantes. Este tiempo es un espacio ideal para que el sustanciador, en su nueva concepción, le colabore al juez a estructurar el orden argumental de la providencia y le recuerde hechos o pruebas del caso, evitando así incurrir en equívocos. ¿Será posible exceder el término de dos horas? En principio este término parece imperativo, pero en procesos de extrema complejidad y por razones plenamente justificadas, se considera que el juez podrá extender este término sin que por ello vulnere el debido proceso de los interesados, ya que aquí debe primar el derecho sustancial sobre el procesal y la garantía de una decisión justa sobre la rapidez de la decisión.<sup>90</sup>

El nuevo estatuto procesal impone al juez que la sentencia sea pronunciada de forma verbal al final de la audiencia, para lo cual deberá motivar de manera breve y precisa su decisión.<sup>91</sup> Hasta tanto no haya un pronunciamiento no puede considerarse que exista una sentencia judicial, por lo que anotaciones o comentarios del juez tienen irrelevancia frente al sentido de su decisión.

En la sentencia el juzgador deberá valorar de forma individual cada una de las probanzas que componen el plenario<sup>92</sup> y la conducta procesal de los interesados, exponer sus fundamentos de derecho y soportar las conclusiones de su decisión, lo cual significa que debe hacer un doble juicio argumentativo: sobre los hechos y sobre las normas, a partir de ello deberá llegar a una conclusión basado en las reglas de la sana crítica.

Se prohíbe que el juez reproduzca de forma escrita la información contenida en las grabaciones,<sup>93</sup> pues bastará hacer referencia a estas. Las citas jurisprudenciales y doctrinales se encuentran permitidas, pero restringidas a las estrictamente necesarias en tanto sean adecuadas a la fundamentación de la sentencia: con esto se busca que las providencias sean mucho más concretas y respondan a la cuestión debatida, sin que sean utilizadas como

<sup>90</sup> En materia penal se cuenta con un término similar (art. 445 de la Ley 906 de 2004) al ahora consagrado en el Código General del Proceso que ha sido entendido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como indicativo, no imperativo, para los eventos en que se está en presencia de procesos de alta complejidad (sentencia del 17 de septiembre de 2007, rad. 27336).

<sup>91</sup> Artículo 279 del Código General del Proceso.

<sup>92</sup> Artículo 176 del Código General del Proceso.

<sup>93</sup> Numeral 6 del art. 107, del Código General del Proceso.

espacio de erudición o derroche de referencias doctrinarias generales, al estilo de algunas corporaciones de cierre de nuestro país.

Excepcionalmente el juez podrá excusarse de proferir sentencia si ello le resulte imposible, caso en el cual deberá seguir el siguiente procedimiento:

1. Indicar en la audiencia las razones concretas por las cuales le resulta imposible proferir sentencia. La ley no señala las causales que permitirán proceder de esta manera, pero se entiende que deben ser de aquellas calificadas como causas extrañas, ya que ellas serían las únicas que le hacen imposible decidir. La mera voluntad del juzgador no es causa suficiente para abstenerse de fallar, mucho menos argumentos relativos a la necesidad de revisar las grabaciones o consultar normatividad o jurisprudencia sobre la materia, pues en estos casos estará mostrando que erró al preparar las audiencias y que ha incumplido sus deberes como juez de la república.<sup>94</sup>
2. Anunciar el sentido de su fallo con una breve exposición de los argumentos que tendrá en cuenta para sustentarlo. Pero, ¿qué es el sentido del fallo? El CGP omite cualquier referencia a esta figura, pero en Colombia se tiene como antecedente directo el art. 466 del Código de Procedimiento Penal (CPP), el cual establece que el sentido del fallo es una manifestación del juez en la que se reconoce la responsabilidad o inocencia de los juzgados, luego en materia civil será la manifestación del juez en la que advierta la prosperidad de las pretensiones o de las excepciones propuestas.

Ahora bien, el sentido del fallo resulta imperativo para el juzgador, ya que no tendría razón de ser que pudiera variar su decisión al momento de proferir la sentencia. Al igual que en materia penal,<sup>95</sup> el sentido del fallo, junto con la sentencia escrita, conforman un acto complejo, en el que debe haber plena concordancia y coherencia en el juzgador.

3. Emitir la sentencia escrita dentro de los diez días siguientes al anuncio del sentido del fallo, dando cuenta de los fundamentos de su decisión y la individualización de las condenas impuestas a cada una de las partes, buscando siempre una condena en concreto.
4. Informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura las razones que le impidieron adoptar la decisión de forma oral en la audiencia de instrucción y juzgamiento, la cual podrá iniciar las investigaciones que considere pertinentes para

<sup>94</sup> Numerales 1, 6 y 8 del art. 42, del Código General del Proceso.

<sup>95</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de noviembre de 2012, rad. 36333.

verificar la conducta del juzgador o para adoptar las medidas generales que impidan que otros jueces se vean abocados a la misma situación.

### ***5.3. Efectos de la inasistencia***

La inasistencia de las partes o sus apoderados en manera alguna impedirá el trámite de la audiencia de instrucción y juzgamiento, la cual se adelantará desde el primer minuto con la presencia del juez.

Más aún, el juzgador se encuentra facultado para indicar el sentido de su fallo o proferir la sentencia, aunque no haya concurrido ninguna de las partes o sus apoderados, o se hubieren ausentado.<sup>96</sup>

## **6. Conclusiones**

Mal haría en calificarse la oralidad en el proceso como un nuevo paradigma, pues nuestro proceso siempre ha tenido componentes escritos y orales. El cambio está dado porque ahora el énfasis procesal está en lo oral, básicamente en cuanto se refiere al decreto y práctica de pruebas, alegación de conclusión y sentencia.

Asimismo, el nuevo estatuto pretende privilegiar la concentración y la inmediación de las actuaciones procesales, garantizando así una rápida justicia, lo que supondrá nuevas habilidades para los operadores jurídicos, quienes deben tener la capacidad de reaccionar rápidamente frente a los argumentos que se esgriman en el curso de las audiencias y tener una capacidad de actuación que les permita capitalizarlos hechos y pruebas más relevantes para soportar su teoría del caso.

En la nueva audiencia inicial, que supera en contenido a la antes audiencia del art. 101 del CPC, debe agotarse necesariamente el interrogatorio de parte y, de ser procedente, anticipar el fallo en los casos en que no deban practicarse pruebas o las mismas puedan despacharse en el curso de la audiencia.

En la nueva audiencia de instrucción y juzgamiento se buscará la práctica de todas las pruebas, la alegación de conclusión y, por lo menos, la verbalización del sentido del fallo, el cual será imperativo para el juez, quien dispondrá de máximo diez días para dar a conocer el fallo escrito.

---

<sup>96</sup> Numeral 5 del art. 373, del Código General del Proceso.

Para finalizar, quisiera dejar una reflexión crítica sobre el CGP, el cual, si bien se inserta en el contexto internacional de reformas a los procesos civiles y da cabida a la oralidad como la gran “solución”, aspecto que está por demostrarse, amén de que así no fue en campos como el penal, no tuvo en cuenta una sociedad global y virtualizada como la actual, procesos en ambientes virtuales o con los jueces, así como procesos en línea,<sup>97</sup> consideraciones que simplemente fueron pretermitidos por el legislador patrio.

Resulta realmente limitante que pretendamos tener un código actualizado sin tener en cuenta las necesidades de nuestra sociedad, donde cada día tienen mayor penetración los negocios por medios digitales y la necesidad de jueces no materiales pero que cuenten con suficiente capacidad de intervención en las redes, en orden a proteger a la comunidad y resolver lo que, en pocos años, será la forma más importante de contratación.

Confío en que a partir de las tecnologías de la información y el reconocimiento del valor de los mensajes de datos, se mute hacia procesos totalmente virtualizados, llegando a admitirse, en la versión del doctor Nicolás Pájaro, una verdadera red social o un proceso integralmente en línea, como se permite para el arbitraje en virtud de los arts. 18 y ss. del Decreto 1829 de 2013.

Bogotá, Noviembre de 2013

## Referencias

Briceño Guerrero, J. M. (1970). *El origen del lenguaje*.

Carnelutti, F. (1999). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá, Colombia: Temis.

Colombia, Constitución Política. Ley 640 de 2001, Ley 906 de 2004, Ley 1564 de 2012, Código Judicial de 1931, Código de Procedimiento Civil, Decreto 1829 de 2013.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencias C-160 de 1999 y C-718 de 2006.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 17 de septiembre de 2007 (radicación 27336) y 14 de noviembre de 2012 (radicación 36333).

Couture, E.J. (2007). *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Montevideo, Uruguay-Buenos Aires, Argentina: B de F.

<sup>97</sup> Cfr. Simón (2013, p. 29) y Peña (2003, p. 229).



- Escudero Alzate, M.C.(2012).*Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 17.<sup>a</sup>-ed.Bogotá, Colombia: Leyer.
- European Commission for the Efficiency of Justice (2003, 13 de noviembre). *Relevant Council of Europe Resolutions and Recommendations in the field of efficiency and fairness of justice*, Strasbourg. Recuperado de <https://wcd.coe.int>.
- Ferreira da Silva, C.M. (1994, 24 al 27 de abril).La audiencia preliminar en el Código Modelo de Procedimiento Civil para América Latina y en las Líneas orientadoras de la nueva legislación procesal civil portuguesa. *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, p. 151.
- Fischer, S. R. (2001). *A History of Writing*. Reaktion Books .
- Leipold, D.(2008, 6-8 de noviembre).*Oral And Written Elements within the Introductory Phase of civil Procedure*. Ponencia presentada en el Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, realizado en Gandía (España). Recuperado de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>
- Montesano, L.A. (s. f.). Ventajas e inconvenientes de la oralidad y del modelo oral de juicio. *La Ley*. Thomson Reuters. Recuperado de <http://www.dab.com.ar/articles/105/ventajas-e-inconvenientes-de-la-oralidad-y-del-mod.aspx>
- Naranjo Ochoa, F. y Naranjo Flórez, C.E. (2012). *Derecho procesal civil. Parte general*. Bogotá, Colombia: Diké.
- Palomo Vélez, D. (2009, diciembre).Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 36, 3. Recuperado de [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl)
- Peña Valenzuela, D. (2003). Compraventa internacional de mercancías y comercio electrónico. *El contrato por medios electrónicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Peyrano, J.W. (2008, 6-8 de noviembre). *La prueba, entre la oralidad y la escritura*. Ponencia presentada en el Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, realizado en Gandía (España). Recuperado de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>

- Peyrano, J.W. (2012, mayo). Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura. *Temas Actuales de Proceso Civil*, 2,5. Recuperado de <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/58-v2-n5-maio-de-2012/191-nuevos-horizontes-de-la-oralidad-y-de-la-escritura>
- Simón Hocsman, H. (2013). *Negocios en Internet*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Storme, M. (2008, 6-8 de noviembre). *More Voice, Less Print – Why Court Proceedings Should Become More Oral*. Ponencia presentada en el Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal Oralidad y Escritura “Proceso civil eficiente”, realizado en Gandía (España). Recuperado de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>
- Torres Torres, A. Y. (2012). *Principios fundamentales del comercio electrónico*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Véscovi, E. (1986, 31 de mayo). El proyecto de Código Procesal Civil Uniforme para la América Latina. México, XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal.



# Los nuevos paradigmas de la sentencia en la legislación procesal civil.

## Algunos aspectos tratados por el Código General del Proceso

John Freddy Saza Pineda\*

Desde que se concibió el proceso como una serie concatenada de actos, adelantados por el juez y por las partes —y excepcionalmente por otros sujetos procesales— para lograr la resolución de un conflicto, se tuvo la idea de que la sentencia era el producto final que cerraría el debate. Esa era, pues, la providencia fundamental de los juicios, ya que todo se realizaba para lograr, al final, su proferimiento.

Sobre esa base, en lo que podría llamarse la concepción clásica del derecho procesal, se construyeron varios paradigmas que, hoy por hoy, han sido reevaluados por las recientes reformas del Código de Procedimiento Civil (CPC) y, en particular, por la expedición del Código General del Proceso (CGP), que más allá de la expectativa generada por su ambiciosa nominación, no es otra cosa que la reedición del estatuto procesal civil, con algunos cambios que han sido el fruto de la experiencia en la práctica judicial y otros que parecen haber sido tomados del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y de las recomendaciones de la Comunidad Europea para un mejor proceso civil.

---

\* Magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Procesal (Universidad Nacional), Derecho Contractual y Relaciones Jurídico-Negociales (Universidad Externado de Colombia), Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante) y Derecho Financiero (Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario). Exjuez y ex magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de cátedra en las universidades Nacional, Católica, El Bosque, Los Andes y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

## 1. Primer paradigma

El primer paradigma que recientemente se ha replanteado, es el de que todos los procesos tienen sentencia.<sup>98</sup>

Esa que era una verdad irrefutable en la práctica judicial, fue remozada cuando, a través del art. 30 de la Ley 1395 de 2010 y so pretexto de introducir normas para la descongestión judicial, se sustituyó la sentencia de los procesos ejecutivos en los que no había oposición del ejecutado, por un simple “auto” en el que se ordena seguir adelante la ejecución.

Similar postura fue seguida por el CGP, al prever:

Si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, el juez ordenará, por medio de *auto que no admite recurso*, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado (art. 440).

Y aunque es lo cierto que los procesos ejecutivos no terminan con la sentencia, sino con el pago de la obligación al acreedor, de todas maneras en su estructura original sí se había contemplado la posibilidad de que el juez evaluara los requisitos de validez y eficacia del título, aun si nada decía el ejecutado, para luego impartir la orden de remate por medio de un fallo, con todas las connotaciones que ello suponía.

Ese acto ahora es meramente instrumental, máxime cuando a la luz del art. 430 del CGP, “los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso”.

En suma, en los procesos de ejecución ya no hay sentencia en caso de silencio del demandado y, de todas formas, al momento de proferir la orden de remate, en principio tampoco se pueden auscultar los defectos formales del título ejecutivo.

---

<sup>98</sup> La Corte Constitucional tiene dicho: “La sentencia, en cualquier proceso, es la decisión judicial más importante dictada por una autoridad del Estado, investida de jurisdicción, que no solo debe cumplir los requisitos establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que constituye un juicio lógico y axiológico destinado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución y la ley. Dicha providencia no es, entonces, un simple acto formal, sino el producto del análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, de unos hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto” (sent. C-252 de 2001).

Desde luego que tal norma, de suyo, no descarta la posibilidad de que en ese momento el juez valore el documento allegado como base del recaudo y, de ser el caso, se aparte del mandamiento de pago para abstenerse de continuar la ejecución,<sup>99</sup> ya sea por deficiencias sustanciales del título o porque se configuren excepciones de fondo que pueden declararse de oficio.<sup>100</sup>

Al fin y al cabo, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho al debido proceso (que según ha dicho la Corte Constitucional solo se satisfacen cuando las decisiones judiciales están fundadas en un mínimo de justicia),<sup>101</sup> pueden llevar al juez a dejar de lado la mera formalidad, en aras de confirmar la idoneidad del título ejecutivo antes de proseguir el juicio.

En ese entendido, si el juez se aparta del auto de mandamiento de pago y desestima la ejecución, deberá hacerlo a través de sentencia, para garantizar así el derecho a impugnar del demandante, pues no es a él a quien ha querido castigar la ley en la hipótesis que viene de exponerse.

<sup>99</sup> A ese respecto se ha sostenido: “La naturaleza interlocutoria del auto de mandamiento de pago, no ata al juez, quien al hacer el estudio de fondo puede desestimar el título por defectos sustanciales [...]” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil, sentencia del 19 de marzo de 1991, M.P.: Edgardo Villamil Portilla).

En el mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reiteró recientemente: “Es deber del juez que conoce del proceso ejecutivo, al momento de proferir sentencia volver sobre los requisitos del título previstos en el art.488 del Código de Procedimiento Civil. Así, entre otros pronunciamientos, lo reiteró en sentencia de 3 de mayo de 2012 y posteriormente en la de 8 de noviembre de la misma anualidad, con respecto a lo cual señaló: «En el presente asunto, el ataque de la accionante a la sentencia de segunda instancia, en punto al examen que hizo el tribunal de los requisitos del título ejecutivo, carece de relevancia constitucional, en la medida que ese proceder no es contrario al ordenamiento jurídico, por cuanto [...] en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo, a fin de garantizar el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el art.228 superior y 4 del Código de Procedimiento Civil» (sentencia de 9 de abril de 2010, exp. 11001-02-03-000-2010-00458-00). Sobre esta temática, la Sala ha indicado que ‘la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal; por lo tanto, no funda la falta de competencia la discrepancia que pueda surgir entre la preliminar orden de pago y la sentencia que, con posterioridad, decida no llevar adelante la ejecución por reputar que en el título aportado no militan las condiciones pedidas por el art.488 del C. de P. Civil’ (G. J., tomo CXCI, p. 134) (exp. 11001-02-03-000-2012-00835-00)» [...]” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 15 de febrero de 2013, exp. 11001-02-03-000-2013-00244-00).

<sup>100</sup> Sobre la posibilidad de reconocer excepciones de oficio en procesos ejecutivos, véase la sent. 21177 del 12 de agosto de 2004.

<sup>101</sup> Según ha expresado la Corte Constitucional, “[...] se afirma que la cosa juzgada adquiere una dimensión sustancial: las sentencias se protegen en la medida en que aseguran no solo seguridad jurídica, sino un mínimo de justicia material [...] las sentencias judiciales deben tener un mínimo de justicia material, representado en el respeto por los derechos fundamentales [...]” (sent. T-264 de 2009).

Lo anterior puede ser condensado en las siguientes subreglas: 1) si el ejecutado no excepciona y el juez encuentra que la ejecución procede, debe dictarse un “auto” irrecurrible, en el que se ordene el remate de sus bienes y el pago al acreedor; 2) pero si el ejecutado excepciona, o si no lo hace pero el juez encuentra que la ejecución no es procedente, debe dictar sentencia, pasible de alzada salvo en asuntos de mínima cuantía.

En fin, la norma en mención (que tiene un trasfondo sancionatorio y es de interpretación restrictiva), solo autoriza dictar el “auto” de seguir adelante la ejecución cuando el deudor guarda silencio, bajo el supuesto de que hay mérito para proseguir el proceso. En los demás casos que no se subsuman en esa precisa situación, necesariamente debe haber sentencia.

Ahora bien, cuando se da la hipótesis de un ejecutado silente, el hecho de que este proceso no tenga sentencia implica varias ventajas que, desde luego, lo hacen más célere. Lo primero, es que el “auto” de seguir adelante no tiene las mismas exigencias formales y de motivación que se consagran para las sentencias,<sup>102</sup> de modo que su proferimiento es más sencillo; lo segundo, es que para dictar el “auto” no se requiere incluir el proceso en la lista “de los procesos que se encuentren al despacho para sentencia”,<sup>103</sup> ni es necesario respetar el turno en el que se hallan los procesos anteriores pendientes de fallo; y la tercera, es que al dictar un “auto” de seguir adelante la ejecución, su notificación no requería adelantar el trámite propio de la notificación de sentencias por edicto, desde luego más complejo y demorado. Basta en ese caso, como es obvio, la notificación por estado, con menos rigor y tardanzas.

## 2. Segundo paradigma

El otro paradigma que se ve transformado es aquel según el cual la sentencia se dicta al finalizar el proceso.

En efecto, cuando se concibió esta forma de dar solución a las controversias de particulares, se condicionó la sentencia al agotamiento de todos los actos previos previstos por la ley procesal.<sup>104</sup> La sentencia era el resultado final de un trámite que debía adelantarse íntegra y forzosamente.

---

<sup>102</sup> Las referidas exigencias aparecen contenidas en el art. 304 del Código de Procedimiento Civil y en el art. 280 del Código General del Proceso.

<sup>103</sup> Dicha lista aparece regulada en el art. 124 del Código de Procedimiento Civil y en el 120 del Código General del Proceso.

<sup>104</sup> Así, se decía, por ejemplo, que el proceso implica “una serie de formas jurídicas preceptivas, que desembocan en la sentencia” (Couture, 1983, p. 68).

Esa situación podría llegar a resultar odiosa en algunos casos en los cuales era posible fallar sin necesidad de surtir todas las etapas del proceso. Tal forma de ver las cosas resultaba poco flexible y, en ocasiones, hasta absurda y contraproducente.

En respuesta a las críticas que se alzaron a ese respecto, el CGP refiere lo siguiente:

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.
2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.
3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa (art. 278).

De esa manera se da prevalencia al principio de economía procesal y al deber de eficiencia de la Administración de Justicia, y se le brinda al juez la posibilidad de fallar anticipadamente, esto es, antes de agotar todas las etapas del proceso.

Las tres hipótesis que contempla la norma permiten obtener un fallo definitivo, que a pesar de su prematuridad igualmente hace tránsito a cosa juzgada y resulta vinculante para las partes.

El primer supuesto para la sentencia anticipada se presenta cuando las partes le solicitan al juez que dicte su veredicto con las pruebas que hay en el expediente. La norma, desde luego, tiene en cuenta que, al fin y al cabo, las partes son las dueñas del conflicto y pueden renunciar a términos, derechos y oportunidades procesales con tal de obtener cuanto antes un fallo, dictado, eso sí, con base en las pruebas que obren en el plenario, sin esperar otras pruebas y sin agotar otros actos procesales. Por supuesto que esta posibilidad se torna aún más razonable si se observa que con las nuevas tendencias procesales, marcadas todas por el dinamismo y la eficiencia, se quiere que las partes aporten con la demanda y la contestación todos los elementos probatorios a su alcance, para que la actividad instructiva del juez sea lo más reducida posible.

También hay que señalar que esta constituye una valiosa herramienta para los jueces, pues les permite proponer —u ofrecer— la posibilidad de un fallo inmediato, en las condiciones en que se halle el proceso. Claro, ello exige un alto compromiso y una juiciosa preparación de los administradores de justicia, con la garantía de que se obtendrán mejores niveles



de gestión, ahorro de tiempo y satisfacción de los usuarios. En ese evento el fallo podría dictarse de inmediato cuando la solicitud de sentencia anticipada se hace en audiencia, o por escrito, cuando así lo pidan las partes o cuando la solicitud se eleve fuera de audiencia. En este último caso, el asunto tendrá que someterse al registro y el turno aludidos por el art. 120 del CGP.

El otro caso en el cual se autoriza la sentencia anticipada, es cuando no hubiere pruebas por practicar. Sin embargo, la norma ofrece la duda de si en ese evento es necesario permitir las alegaciones de conclusión. Parece que una interpretación armónica lleva a la conclusión de que, salvo renuncia de las partes, si no era necesario practicar pruebas o estas ya se practicaron totalmente, o si en todo caso no se hace necesario practicar pruebas de oficio, debe el juez respetar la posibilidad de que se presenten los alegatos finales, y luego sí, dictar sentencia.

Finalmente, la norma también autoriza emitir el fallo cuando se encuentren probadas la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa. Estos fenómenos corresponden a las excepciones mixtas que preveía el inciso final del art. 97 del CPC, con la modificación que introdujo el art. 6º de la Ley 1395 de 2010.<sup>105</sup>

Sobre dicha materia hay que decir que ya el legislador, a través de la Ley 1395 de 2010, había cerrado el debate que desde antaño ha existido acerca de si la providencia que resuelve las denominadas excepciones mixtas era un auto o una sentencia. Para muchos, las mixtas eran verdaderas excepciones de fondo, aunque tramitadas como previas dada su contundencia y su facilidad de demostración en el arranque del proceso; siendo ello así, reclamaban que su decisión fuera una sentencia.

Aunque la jurisprudencia había terciado en la discusión y, apegada a un criterio eminentemente normativo, considerado que la providencia que desataba esas excepciones era un auto, la Ley 1395 de 2010 incluyó dos nuevas excepciones mixtas (la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa) y dispuso, expresamente, que su resolución se haría a través de sentencia, con lo cual cerró todo debate al respecto.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> La norma establece: “También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. Cuando el juez encuentre probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará mediante sentencia anticipada”.

<sup>106</sup> La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, cuando dijo: “La expresión más reciente del legislador en torno a la materia, quedó consignada en el art.6.º de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, que modificó el inciso final del art.97 del C. de P. C.; según la redacción actual de la norma, ‘también podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. Cuando el juez encuentre probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará mediante sentencia anticipada’. Se sigue, de allí, que el legislador desde antaño ha dis-

El CGP es aún más laxo, pues ya no consagra las excepciones mixtas, sino que permite que en cualquier estado del proceso se declare probado uno cualquiera de los aludidos fenómenos. Esto es, que ya no hay un término perentorio para su formulación (como sí ocurre en el CPC para las excepciones mixtas), de suerte que en cualquier momento se pueden probar y declarar, siempre, claro está, que no haya sentencia en firme, porque en ese evento los jueces de instancia pierden competencia para emitir un pronunciamiento semejante.

Una acotación especial merece la posibilidad de declarar probada, en cualquier estado del proceso, la excepción de prescripción extintiva, porque una primera lectura de la norma podría llevar a la idea de que para dar por ocurrido ese hecho, basta que esté acreditada, así no se haya alegado. No obstante, el art. 278 del CGP debe interpretarse en armonía con el art. 282 *ibídem*, el cual señala que “cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, *salvo las de prescripción*, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

Por ende, en el caso de la prescripción extintiva, podrá dictarse sentencia anticipada si, y solo si, el demandado la propone y la prueba en la oportunidad para contestar o excepcionar. Si no lo hace, ya se sabe, se entiende que renuncia a la posibilidad de valerse de la prescripción y, por supuesto, queda vedado para el juez hacer un reconocimiento oficioso en ese sentido.

### 3. Tercer paradigma

Otro de los paradigmas alterados con el CGP es aquel según el cual en los procesos hay solo una sentencia definitiva.

---

tinguido con precisión los autos y las sentencias, al punto que con la expedición de la Ley 1395 de 2010 vino a solucionar una antañosa discusión sobre el alcance de la providencia que resuelve las excepciones denominadas ‘mixtas’, otorgando nítidamente el carácter de sentencia a una providencia que antes de la modificación de la norma tenía el carácter de auto.

Así, las excepciones denominadas mixtas, dentro de las cuales nuevamente se incluye la prescripción en su modalidad extintiva o liberatoria, y a las que se añade la defensa —que no excepción— de ausencia de legitimación en la causa, de hallarse acreditadas, deberán ser declaradas mediante sentencia anticipada, es decir, a través de un acto que, por la forma y por el fondo, debe satisfacer las condiciones de un fallo.

Bueno es recordar que hasta antes de entrar en vigencia la Ley 1395 de 2010, la tendencia jurisprudencial perseverante por más de 25 años, expresaba que las excepciones denominadas ‘mixtas’ se decidían mediante un ‘auto’, excluido por tanto del recurso extraordinario de casación. Ahora, el legislador expresamente cambió la forma de resolver tales medios de defensa, así como la carencia de legitimación en la causa, decisión que en adelante habrá de consignarse en un verdadero fallo definitorio. Y consciente era el legislador de que la jurisprudencia de la Corte entendía, desde hace varios lustros, que esa resolución era un simple auto desprovisto, por tanto, del recurso extraordinario de casación. Sin embargo, la ley tomó partido y en adelante llama a esa decisión por su nombre, sentencia, así la hubiere cualificado como anticipada” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 11 de noviembre de 2010, exp. 11001-02-03-000-2010-01703-00).

Y es que ese cuerpo normativo señaló:

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión (art. 278).

Pues bien, bajo esa perspectiva es posible que un proceso tenga dos sentencias ejecutoriadas. La misma ley procesal señala varios ejemplos.

1. El primero, previsto en el art. 283 del CGP,<sup>107</sup> es cuando se dicta una primera sentencia en la cual se emite una condena en abstracto, y luego de su firmeza, se adelanta un incidente para determinar el valor de los perjuicios. Ese incidente, conforme a la disposición legal, se desata a través de sentencia.
2. También menciona el art. 23 del CGP<sup>108</sup> que, en aquellos casos en los cuales hay medidas cautelares extraprocesales, si no se presenta la demanda dentro de los veinte días siguientes a su práctica, se levantarán y se condenará al solicitante al pago de perjuicios, los cuales se liquidarán a través de un incidente que se decide mediante sentencia.
3. Por otro lado, el art. 92 del CGP<sup>109</sup> expresa que si se retira la demanda después de la práctica de medidas cautelares, se condenará al demandante al pago de los perjuicios

---

<sup>107</sup> La citada regla establece: “En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. *Dicho incidente se resolverá mediante sentencia*”.

<sup>108</sup> La norma dispone: “La solicitud y práctica de medidas cautelares extraprocesales que autorice la ley corresponde al juez que fuere competente para tramitar el proceso al que están destinadas. La demanda podrá presentarse ante el mismo juez que decretó y practicó la medida cautelar, caso en el cual no será sometida a reparto. Las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales también podrán decretar y practicar las medidas cautelares extraprocesales autorizadas por la ley. Salvo norma en contrario, dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la medida cautelar, el solicitante deberá presentar la demanda correspondiente, so pena de ser levantada inmediatamente. En todo caso el afectado conserva el derecho a reclamar, por medio de incidente, la liquidación de los perjuicios que se hayan causado. *La liquidación de perjuicios se sujetará a lo previsto en el artículo 283*”.

<sup>109</sup> Según prevé ese artículo: “El demandante podrá retirar la demanda mientras no se haya notificado a ninguno de los demandados. Si hubiere medidas cautelares practicadas, será necesario auto que autorice el retiro, en el cual se ordenará el levantamiento de aquellas y se condenará al demandante al pago de perjuicios, salvo acuerdo de las partes. El trámite del incidente para la regulación de tales perjuicios *se sujetará a lo previsto en el artículo 283, y no impedirá el retiro de la demanda*”.

que hubiere podido ocasionar al afectado con la cautela, los cuales se liquidarán por el trámite incidental, desatado por medio de sentencia.

4. Asimismo hay lugar a surtir este incidente para fijar los perjuicios a cargo de quien es vencido en el trámite de la oposición a la entrega (art. 309 del CGP): cuando se accede al recurso de revisión y es necesario dictar sentencia de reemplazo (art. 359 del CGP); cuando se hubiere efectuado entrega anticipada del bien y el superior revoque la sentencia que decretó la expropiación (art. 399 del CGP); y, en general, en cualquier caso en que se abra paso la liquidación de perjuicios como consecuencia de una condena emitida por el juez en la misma cuerda procesal, tal y como acontece, por ejemplo, en el caso en que prosperen las excepciones y se levanten las medidas cautelares en desarrollo del proceso ejecutivo (art. 443 del CGP).<sup>110</sup> La necesidad de sentencia, entonces, no opera solo en los casos enunciados a manera de ejemplo por el legislador, sino en todos aquellos incidentes en los que deban liquidarse perjuicios.

La exigencia del legislador, a la postre, resulta garantista para las partes, ya que frente a un asunto como el cálculo y la estimación de los perjuicios, que de ordinario es tan o más relevante que el conflicto inicial mismo, el juez debe ofrecer una motivación más rigurosa, al paso que se abre la posibilidad de formular recursos extraordinarios contra su decisión.

En esas condiciones, se recalca, durante el desarrollo del proceso puede proferirse más de una sentencia, ya sea porque haya un fallo anticipado parcial o porque haya un incidente de liquidación de perjuicios.

#### 4. Cuarto paradigma

Otro de los paradigmas que queda en entredicho con el CGP es aquel según el cual la sentencia debía ser un acto integral y único, proferido en un solo momento.

Tal forma de concebir el fallo se reevalúa en el CGP, al prever que en el trámite de los procesos verbales (y por remisión a otros procesos como el ejecutivo y el verbal sumario), el juez debe dictar sentencia oral,<sup>111</sup> en la audiencia, luego de escuchar los alegatos de conclusión, y si no le es posible:

<sup>110</sup> Reza la norma: “La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso”.

<sup>111</sup> Incluso desde la exposición de motivos de la Ley 1395 de 2010 se retomó aquello de que “se podrán fallar más procesos, porque una sentencia oral es más rápida de dictar que una escrita [...] la carga argumentativa en la sentencia oral y en la escrita es igual de compleja, porque en ambos casos el juez debe indicarle a las partes las razones que lo conducen a tomar la decisión, así como el valor que le ofrecen las pruebas, y el apoyo jurisprudencial”.

[...] en todo caso, *deberá anunciar el sentido de su fallo*, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que en ningún caso pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121 (art. 373).

De ese modo, a la usanza del proceso penal desde la Ley 906 de 2004 (arts. 446 y ss.), se permite al juez que escinda el fallo y que, en un primer momento, exprese cuál va a ser el sentido de su decisión, para luego plasmar por escrito los argumentos que la justifican.

Esa novedad obedece al hecho de que, por regla general, las sentencias deben proferirse oralmente y de forma inmediata, tras surtir el debate probatorio y luego de escucharse los alegatos de conclusión, de suerte que si no se puede proferir el fallo en toda su magnitud (con indicación breve de los antecedentes, de las reflexiones jurídicas y probatorias del caso, la valoración de la conducta procesal de las partes<sup>112</sup> y la conclusión subsiguiente), debe el juez, cuando menos, indicar cómo va a fallar, o sea, determinar si prosperan o no las pretensiones.

Conforme puede advertirse, el legislador introdujo una exigencia que no aparece contemplada en materia penal, consistente en anunciar, con el sentido del fallo, “una breve exposición de sus fundamentos”.

En torno al punto, pueden hacerse dos reflexiones. La primera, es que cuando se exige al juez que precise el sentido del fallo y que haga “una breve exposición de sus fundamentos”, en últimas se le está invitando a dictar sentencia de una vez, pues, al fin y al cabo, como dice el art. 279 del CGP, las providencias “serán motivadas de manera breve y precisa”, y, en particular la motivación de la sentencia “deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión [...]”.

---

dencial de la decisión. La diferencia, en tiempo, consiste en que escribir toda la argumentación y pulirla semánticamente es una labor que demanda más días de trabajo, pese a que la decisión sea exactamente la misma [...] puede estimarse que por cada sentencia escrita se pueden expedir tres sentencias orales, y con el mismo rigor conceptual y de fundamentación que aquella”.

<sup>112</sup> En la exposición de motivos del Código General del Proceso se señala que “el proceso civil no es solamente un asunto de partes, sino que en él están involucrados los valores de la sociedad. Cuando se tramita un proceso en él hay un segmento de la realidad que crea su propia atmósfera y donde los valores que pretendemos para la sociedad, en ese escenario, adquieren una mayor tonalidad, justicia, igualdad, dignidad, veracidad, etc. Por ello entre las varias instituciones que se consagran en desarrollo de este planteamiento, se da valor a la conducta procesal de las partes y se llega a ordenar que siempre en la sentencia el juez la califique con consecuencias probatorias”.

En suma, pedirle al juez que cuando no pueda fallar entregue el sentido del fallo argumentado brevemente, es tanto como pedirle que falle de una vez, lo que le resta algo de sentido a la norma. Habría sido mejor permitirle indicar el sentido de la sentencia y no comprometerlo con ninguna sustentación, por precaria que fuere.

La otra reflexión que amerita la norma consiste en evaluar qué pasará en aquellos casos en los cuales el juez emita el sentido del fallo, lo argumente brevemente y luego, al proferir sentencia, advierta que su primera impresión fue equivocada.

Una aproximación inicial en torno al punto podría indicar que en virtud de los principios de seguridad y confianza legítima el juez no puede apartarse del sentido del fallo (y menos si ya ha hecho una comprometedora y breve argumentación inicial). De admitir esa conclusión, tendría que apegarse al acto inicial y emitir un fallo por escrito en el mismo sentido.

No obstante, pareciera que lo más acertado es permitirle al juez que en ese tipo de eventos pueda apartarse de su señalamiento inicial, para que no persista en un error que, no solo podría afectar la eficacia del debido proceso, sino quebrantar el principio de efectividad de los derechos sustanciales.

Desde luego que si el juez se apartara del sentido de la decisión, tendrá que valerse de una argumentación mucho más fuerte, seria y convincente, que deje ver la razón de su equivocación inicial y confirme de manera fehaciente la necesidad de cambiar el rumbo de la sentencia, para no afectar, incluso, derechos de rango fundamental.

En materia penal ya se ha presentado ese fenómeno, pero se ha salido al paso en algunos casos decretando la nulidad del sentido del fallo, para emitir uno nuevo.<sup>113</sup> Sin embargo, ello ha sido posible porque en materia procesal penal existe una causal de nulidad abierta y genérica, que se configura cuando se verifica la violación del derecho de defensa o del debido proceso. En efecto, el art. 457 de la Ley 906 de 2004 prescribe que “es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales”. Por ende, bajo una norma tan flexible, es posible retrotraer el acto de indicación del sentido del fallo, para rehacerlo de nuevo.

---

<sup>113</sup> Al respecto, la jurisprudencia admitió, en un comienzo, la posibilidad de decretar la nulidad del sentido del fallo para evitar una “injusticia material”. Sin embargo, más recientemente ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que “este procedimiento avalado por la Sala, tiene justificación únicamente en aquellos casos en los que por razones administrativas o de otra índole, la inmediación y la concentración no tienen cabal aplicación, en el entendido [de] que el juez que intervino en el juicio oral y anunció el sentido del fallo no es el mismo encargado de redactarlo”(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 14 de noviembre de 2012, exp. 36333).

Empero, las causales de nulidad en el CGP no son tan amplias, pues ellas aún siguen marcadas por el principio de taxatividad, que hace que solo se anule el proceso en los precisos casos establecidos por el art. 133.

De todas formas, ello no puede ser impedimento para buscar soluciones prácticas que eviten la consumación de un error advertido a tiempo. De manera excepcional deberá admitirse el cambio de decisión, debidamente argumentado y justificado, pues ello resulta más razonable, más coherente y más respetuoso para el ordenamiento jurídico, para el proceso y para las partes. A la larga el juez no está exento del error, y su nobleza, grandeza y sabiduría no están en callar cuando se equivoca, sino que sus virtudes salen a flote cuando da la cara en las situaciones en que yerra y cuando remedia a tiempo sus equívocos, pues es ahí cuando el anhelo de justicia,<sup>114</sup> los principios superiores y los deberes que sobrevienen a su cargo se superponen a la simple y mecánica formalidad. Por lo demás, ya se sabe, el error en ningún caso puede ser fuente de derecho.

## 5. Quinto paradigma

Otro de los paradigmas que defendía el derecho procesal clásico, era aquel según el cual la sentencia, por ser la principal providencia del proceso, ameritaba una notificación especial.

De hecho, el art. 323 del CPC disponía que, en principio, debía intentarse la notificación personal del fallo y, en su defecto, este se notificaba por edicto. La norma rezaba que “las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto”.

Entonces, para una providencia de suyo especial, se contemplaba una notificación especial, con mayores ritos y garantías.

---

<sup>114</sup> Precisamente en la exposición de motivos del Código General del Proceso, se hace referencia a que “el acceso a la justicia no puede ser considerado simplemente como un ingreso, que sería un criterio parasitario y burocrático, sino entendido como la acción de llegar a gozar de una justicia que tenga calidad y se concrete en una sentencia justa y pronta. Es justa, cuando se le da la razón a quien la tiene desde el punto de vista del derecho”, para agregar luego que “difícilmente se puede concebir el proceso como justo cuando la sentencia no se construye sobre la verdad”.

También vale la pena recordar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia: “[...] al fin y al cabo [...] la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva’ (G.J., t. CXCII, p. 233. Cfme: cas. civ. del 24 de noviembre de 1999, exp. 5339), más propia de una proceder desidioso, muy otro del que debe observar todo servidor público, incluido el administrador de justicia, claro está, quien tiene un elevado compromiso con la colectividad toda” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2005, exp. 7901).

No obstante, el CGP cambió esa particularidad y, ahora, las sentencias, al igual que los autos, se notifican por estado, conforme al art. 295, “las notificaciones de autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera se cumplirán por medio de anotación en estados que elaborará el secretario [...]” al día siguiente del proferimiento de la providencia. Ya no se deja espacio a la notificación personal de la sentencia, ni se surten las ritualidades del edicto. La sentencia se notifica, entonces, como cualquier providencia: en estrados, si se dicta en audiencia, o por estado, si se profiere por escrito.

## 6. Sexto paradigma

El último paradigma que se ve comprometido con las recientes reformas a la legislación procesal civil es el que enseñaba que la sentencia solo podía ser ejecutada cuando se encontraba en firme, y que en caso de ser apelada, el inferior perdía competencia hasta que el recurso fuera decidido por el superior.

Precisamente, cuando se regulaban los efectos de la apelación, el art. 354 del CPC dejaba en claro que, en caso de sentencias, este recurso se tramitaba en el efecto suspensivo, esto es, que “la competencia del inferior” se suspendía “desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obediencia a lo resuelto por el superior”.

Empero, la Ley 1395 de 2010 modificó el art. 354 del CPC y consagró que solo se otorgaría:

[...] en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones, y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, sin que pueda hacerse entrega de bienes ni dineros, hasta tanto sea resuelta la apelación (art. 15).<sup>115</sup>

<sup>115</sup> En la exposición de motivos que antecedió a la Ley 1395 de 2010, se explicó lo siguiente: “Se propone la reforma de los artículos 334 y 354 del Código de Procedimiento Civil, modificando el efecto en el que se concede la apelación de las sentencias. Hoy en día se concede la apelación, por regla general, en el denominado efecto suspensivo, que impide la ejecución de la sentencia. Con la reforma, la regla general pasa a ser la del efecto devolutivo, lo que permite que la sentencia se ejecute, sin necesidad de esperar la decisión de la apelación. En forma complementaria, se faculta al interesado para impedir la ejecución de la sentencia, si presta caución que garantice la indemnización de los perjuicios que se causen con el aplazamiento de la ejecución, en caso de que no prospere el recurso.

Esta medida debe contribuir a fortalecer la importancia de las decisiones que toman los jueces en primera instancia, de modo que no se utilicen los recursos con simple ánimo dilatorio, pues solo prestará caución el que tenga fundadas esperanzas del éxito del recurso. Y si solo prestando caución se evita el cumplimiento de la sentencia, probablemente disminuirá el número de apelaciones que se presentan”.



De ese modo, por excepción, solo las apelaciones de las sentencias relativas al estado civil de las personas, las que hubieren sido recurridas por ambas partes, las que negaren la totalidad de las pretensiones o las simplemente declarativas,<sup>116</sup> se tramitaban en el efecto suspensivo y el inferior perdía competencia. Las demás se surtían en el efecto devolutivo, o sea que no se suspendía “el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso”.

Eso quiere decir que en el CPC, atendidas sus actuales modificaciones, la pauta general es que la sentencia apelada se puede hacer cumplir, salvo en aquellos casos excepcionales en que por disposición expresa se suspende la competencia del *a quo* con motivo de la alzada. Dicho de otra forma, en la apelación de sentencias el defecto devolutivo pasó a ser la regla, y el efecto suspensivo la excepción.

Entonces, aunque haya apelación y la sentencia no esté en firme, se pueden iniciar los trámites para su cumplimiento, sin que en todo caso se llegue hasta la “entrega de bienes ni dineros”, pues esto último está condicionado a la confirmación del fallo. Así, puede haber actos preparatorios para la ejecución del fallo, pero no una consumación definitiva de lo decidido por el juez de primera instancia.

El propósito de la norma no es otro que agilizar el cumplimiento de lo decidido por el juez de primer grado, pues habilita a la parte beneficiada con la decisión para que haga cuanto pueda para ejecutarla y deje pendiente únicamente la entrega de bienes o dinero, que se producirán, sin más, una vez se confirme el fallo de primera instancia. Y claro, si se revoca lo resuelto por el *a quo*, quedan sin efectos los actos adelantados para ejecutar su decisión y, en todo caso, se ha salvaguardado a la parte apelante, pues hasta ese instante no hubo entrega de bienes ni dineros.

---

<sup>116</sup> “Esta sentencia, cuyo ámbito de aplicación es reducido, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, trascendente no solo académica o moralmente. La sentencia solo verifica, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior como sea derecho. Ejemplos: las que declaran el domicilio de una persona, su edad, un error en un acta de estado civil (art. 407 del Código Civil), la inhabilidad de alguien para ejercer una guarda; las que estiman las demandas de reconocimiento, legitimidad o falsedad de un documento público o privado, la pertenencia. También son declarativas las sentencias que resuelven sobre existencia o inexistencia de relaciones familiares, por ejemplo, de un matrimonio, de la calidad de un hijo, de patria potestad, de parentesco. La sentencia que estatuye sobre la investigación de la paternidad extramatrimonial es declarativa, según Beudant, pues ‘ella no hace sino comprobar una situación anterior. Por lo tanto, es esta situación misma la que desde que está por sí legalmente establecida puede producir efectos’. La sentencia declarativa es positiva o negativa. La primera declara la existencia en determinada forma de un derecho. La segunda, la inexistencia o no existencia en determinada forma de un derecho” (Morales, 1988, pp. 506-507).

Esa misma concepción aparece en el CGP, cuando anota:

Se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dineros u otros bienes, hasta tanto sea resuelta la apelación (art. 323).

El cambio propuesto por la Ley 1395 de 2010 en la materia fue acogido por el CGP, todo con miras a lograr la materialización del principio de economía procesal.

## **7. Novísimo paradigma**

Igualmente, el CGP trae consigo un novísimo paradigma que no aparecía reglado en la legislación procesal civil anterior.

Se trata de que en adelante, el único juez llamado a dictar sentencia es aquel que ha escuchado los alegatos de conclusión. De hecho, el numeral 7 del art. 133 del CGP establece que se configura la nulidad de lo actuado “cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación”.

De la mano de esa regla, se pretende que el juez que emite el fallo haya tenido la oportunidad de escuchar las alegaciones finales de las partes, lo cual, a la postre, no es otra cosa que garantizar con celo la oportunidad que tienen los litigantes para exponer ante el juez sus argumentos, con el propósito de convencerlo o persuadirlo. Ello, a no dudar, denota el gran valor que en la oralidad tienen esos alegatos, no solo como compendio de lo actuado, sino como instrumento de argumentación para lograr la asignación del derecho sustancial.

## **8. Énfasis**

Por último, es de resaltar el énfasis que hace el CGP para que la sentencia sea breve, pues no de otro modo pueden ser las decisiones propias de la oralidad, en las cuales la inmediación y la concentración son características de primer orden.

Así, el art. 279, ya mencionado, recalca que “las providencias serán motivadas de manera breve y precisa”, y añade que “no se podrán hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente. Las citas jurisprudenciales y

doctrinales se limitarán a las que sean estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación de la providencia”.

Por otra parte, pone de presente que, cuando se trate de sentencias:

La motivación [...] deberá *limitarse* al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios *estrictamente necesarios* para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas (art. 280 *ibídem*).

Al momento se advierte el afán del legislador por evitar sentencias extensas, pesadas y poco claras. Las normas exceden en adverbios de modo, indicativos de que debe haber decisiones concisas y concretas, sin abundamientos en materias innecesarias.

No sobra recordar que la argumentación oscura, ambigua o alambicada afecta el derecho fundamental al debido proceso, pues impide a los interesados conocer los verdaderos confines de la discusión y, de paso, limita la posibilidad de defenderse o controvertir de manera idónea los fundamentos de una determinada posición jurídica.<sup>117</sup>

A la postre, en este tipo de eventos no se puede descifrar la manera como se construyó el argumento, ni la veracidad o corrección de las premisas, ni la consecuencialidad del resultado, esto es, que resulta altamente complejo determinar la forma como se desarrollaron los procesos de justificación interna y externa del silogismo<sup>118</sup> jurídico que se presenta como fundamento de la decisión.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Conforme se ha dicho: “La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación [...] Se presenta escolásticamente la sentencia como el producto de un puro juego lógico, finalmente realizado, sobre conceptos abstractos, ligados por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias; pero en realidad, sobre el tablero del juez, los peones son hombres vivos que irradian una invisible fuerza magnética que encuentra resonancias o repulsiones ilógicas, pero humanas, en los sentimientos del juzgador” (Calamandrei, 2013, pp. 201-202).

<sup>118</sup> No debe dejarse de lado a quienes afirman que “La sentencia no es un pedazo de lógica, ni es tampoco una pura norma. La sentencia es una obra humana, una creación de la inteligencia y la voluntad, es decir, una criatura del espíritu del hombre. Los teorizadores de la concepción declarativa del proceso, nos muestran al juez como un lógico, que fabrica silogismos. La Ley, se dice, es la premisa mayor, el caso concreto es la premisa menor; la sentencia es la conclusión. Pero la sentencia tiene, a la vez, numerosas deducciones particulares; y los círculos de estas diversas deducciones son, a su vez, otros tantos silogismos. El fallo es, así, una especie de pequeña constelación de inducciones, de deducciones y de conclusiones” (Couture, 1983, p. 73).

<sup>119</sup> Atienza (2010, p. 45).

Como ya se ha dicho:

Son en extremo defectuosos y reveladores de una deplorable pereza mental los fallos que se nutren de transcripciones tan innecesarias como impertinentes de casi todas las piezas del proceso, sin fijar, en forma clara y precisa, los hechos materia de debate, las pruebas que los respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar. Ellos responden al vicioso sistema, por desgracia bastante difundido, de hacer las providencias judiciales lo más largas, farragosas y confusas que sea posible, sin otro esfuerzo que el mecanográfico, para ocultar la pobreza o carencia de argumentos y la ignorancia o falta de estudio de los problemas a resolver (sentencia del 3 de junio de 1959).<sup>120</sup>

Justamente ese esfuerzo meramente mecanográfico, muy empalagoso y poco útil, es el que a toda costa se quiere evitar.

Bogotá, Octubre de 2013

## Referencias

Atienza, M. (2010). *El derecho como argumentación*. Madrid, España: Gredos.

Calamandrei, P. (2013). *Elogio de los jueces*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Colombia, Código de Procedimiento Civil. Leyes 906 de 2004, 1395 de 2010 y 1564 de 2012.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencias C-252 de 2001 y T-264 de 2009.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto del 11 de noviembre de 2010 (exp. 11001-02-03-000-2010-01703-00).

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 28 de junio de 2005 (exp. 7901) y 15 de febrero de 2013 (exp. 11001-02-03-000-2013-00244-00).

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 3 de junio de 1959 y 14 de noviembre de 2012 (exp. 36333).

Couture, E.J. (1983). *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Morales Molina, H. (1988). *Curso de derecho procesal civil*. Bogotá, Colombia: ABC.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil. Sentencia del 19 de marzo de 1991.

<sup>120</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.



# La reforma al régimen procesal civil en Colombia. El recurso de apelación

Eddy Rolando Ramírez Gómez\*

## 1. Introducción

El ser humano es un ser social, y como tal, está diseñado naturalmente para vivir en comunidad. Los filósofos jurídicos han intentado compatibilizar tal naturaleza con el hecho de la necesidad de reglas que faciliten la convivencia pacífica. A este problema, da respuesta el derecho. Para el maestro Valencia (Valencia & Ortiz, 2012), la convivencia pacífica es la primera función de cualquier sistema de derecho y es por esta razón que las personas nos asociamos contractualmente para obtener beneficios como el descrito (Rousseau, 2008).

Sin embargo, la convivencia pacífica no es la única finalidad deontológica del derecho, pues existe un valor superior, cual es la justicia. La búsqueda de esta ha sido una de las gestas más importantes en la historia de la humanidad y uno de los principalísimos desafíos del derecho moderno, en el cual han hecho aportes trascendentales los filósofos más reconocidos en este campo. Uno de ellos, John Rawls, buscó teorizar cómo debe hacerse tal búsqueda, a partir de las bases dejadas por Rousseau, pero llevando un paso más adelante al contractualismo y estableciendo “el velo de la ignorancia” (Rawls, 1995).

---

\* Abogado. Especialista en Derecho Privado Económico por la Universidad Nacional y magíster en Derecho Económico por la Pontificia Universidad Javeriana. Docente en las universidades Nacional y Católica de Colombia.

¿Cuál es la finalidad del “velo” que nos plantea Rawls? Pues no es otra que hacer que las personas que nos representan en el diseño de los principios que nos regularán, hagan su labor de la manera más imparcial posible. Esto se lograría haciendo que quienes diseñan las normas no sepan de sus ventajas o desventajas personales prácticas; así diseñarán las normas que protejan al más débil, pues debido al “velo” ellos no sabrán si fácticamente se corresponden con “el más débil” y a prevención elaborarán la norma protegiéndose eventualmente a sí mismos. Evidentemente, en la práctica legislativa, la aplicación de las teorías rawlsianas resulta difícil, debido a la “captura del regulador” que puede llegar a afectar al legislador (Stigler, 1971).

En este orden de ideas, es necesario analizar al servicio de quién se encuentran el derecho y sus instituciones; en otras palabras, a quién se le garantizan la convivencia pacífica y la paz. Este problema es neurálgico en Colombia, pues una de las grandes fuentes de violencia en nuestro país es la exclusión de gran parte de la población, de la cobertura del Estado; cobertura manifestada, no solo como detentación del monopolio del *coercio*, sino, en general, del bienestar para los asociados (Kurtenbach, 2004).

## **2. Congestión judicial, el costo económico y “el ciudadano de a pie”**

Las estadísticas citadas por magistrados de las Altas Cortes en Colombia en 2011 prueban cómo la justicia colombiana se encuentra al servicio del sistema financiero en casi un 50% por volumen de procesos (*El Tiempo*, 2011), hecho que no es en sí mismo negativo, de no ser porque tal congestión afecta al grueso de la población usuaria del servicio público de la Administración de Justicia. Esa parte importante de la población que carece de un correcto acceso a la justicia es la que el presidente Juan Manuel Santos denomina “el ciudadano de a pie”. En este sentido, el mandatario afirmó ante un diario colombiano: “Nos demoramos el doble del promedio de los países latinoamericanos, caribeños y africanos, en resolver judicialmente el proceso tipo del Doing Business” (*El Espectador*, 2012).

Respecto del indicador diseñado por Doing Business, que es un proyecto del Banco Mundial, es necesario afirmar que no es un seguimiento fáctico a cada uno de los procesos adelantados ante el poder judicial, sino una encuesta de percepción, en la que se entrevista a abogados y firmas sobre cómo perciben o estiman la duración en el país de un proceso ficticio estándar con características como un valor del duplo del ingreso per cápita, sobre una compraventa, donde se falla a favor del demandado, etc. Tal metodología ha sido desarrollada por Simeon Djankov y adoptada por el Banco Mundial con algunas variaciones (Djankov, 2003).

Es patente que la preocupación del Banco Mundial, y la del autor de este escrito, es la de hacer más célere e incluyente el acceso a la Administración de Justicia para todos los ciudadanos, pues en esta medida tal acceso logrará asignar eficientemente más recursos a más personas. Entendible es que el Banco Mundial—independientemente de la valoración ideológica o moral que se haga—haya implementado el proyecto Doing Business, pues su misión formal es “terminar con la pobreza extrema en una generación y promover la prosperidad compartida” (Banco Mundial, 2013). Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, los procesos judiciales son tomados como un costo de transacción y denominados por el profesor Dahlman como “costos de vigilancia y de ejecución” (Dahlman, 1979), así como en el proyecto Doing Businessse denominan “cumplimiento de contratos” (Banco Mundial, 2013).

### 3. La oralidad, el retorno a la raíz

La preocupación sobre la eficiencia del sistema judicial no es solo importante en nuestro país; algunas otras naciones, como Chile, han iniciado el trámite legislativo para remozar su Código de Procedimiento Civil—CPC— (Cámara de Diputados de Chile, 2013). Incluso sus universidades están preparando a los abogados en la nueva era de la oralidad procesal (UC Temuco, 2013), todo con la finalidad de hacer expedito el arte de la Administración de Justicia, y es por ello que están capacitando metodológicamente a sus abogados y jueces frente al reto que representa un cambio de mentalidad, que va desde el proceso escrito a la dinámica oral.

Dados los datos y conceptos ya citados, se hace necesario hacer un rediseño crítico de la forma como se llevan los procesos en Colombia, que para el caso que nos atañen son los procesos civiles. Y tal vez la evolución del derecho procesal sea volver a su fuente: la oralidad del proceso romano. Debemos recordar que en el derecho procesal romano la *legisactiones* era una ritualidad que iniciaba el proceso en la época romana arcaica, de forma oral ante el pontífice-magistrado (Betancourt, 2007). Incluso, nuestro Código Procesal Civil incluye una gran dosis de oralidad, la cual fue complicada por las ausencias tecnológicas de su época.

No obstante, la única forma de hacer eficiente y célere un procedimiento civil no se da con la mera oralidad (que de por sí es todo un reto en el cambio de paradigmas para los jueces y abogados), sino que debe hacerse extensiva al tema central de este escrito: los recursos. ¿Cómo podría hacerse más eficiente un proceso, a partir del cambio en el funcionamiento de los recursos?



## 4. Finalidad de los recursos

Los actos o medios de impugnación, que específicamente comprenden tanto los recursos procesales como los incidentes de nulidad y otros medios atípicos, son “una amplia gama de medios tendientes a atacar y refutar actos procesales y procedimientos” (Falcón, 1989). Pero tal refutación debe tener un *télos* específico: la corrección de errores (Couture, 1972).

La corrección de errores busca la protección de intereses de carácter privado, público y social. Según Clemente A. Díaz, citado por Solano (1996), tales intereses se explican, parafraseando a su autor, en primer lugar el interés privado, que busca satisfacer la necesidad privada del recurrente por justicia; el fin público es el que tiene el Estado de mantener el orden jerárquico de las normas (en la casación se ve claramente la nomofilaquia como una aplicación específica del fin público), y por último el fin social, que es el interés de la sociedad en que la decisión judicial sea justa.

Los medios de impugnación, entendidos como se explicó, son una forma de hacer que el derecho deje de ser un simple formalismo que parte de la infalibilidad judicial, y lo acerca más a lo que los realistas jurídicos consideran deseable: un derecho que sea capaz de dejar la formalidad para ser justo fácticamente; son un mecanismo de autocorrección, capaz de reencaminar la aplicación de la norma hacia una eficaz asignación de derechos. En otras palabras, y desde la corriente filosófica conocida como *critical legal studies*, los medios de impugnación sirven para enderezar una aplicación meramente formal del derecho, hacia una aplicación materialmente justa del derecho. Esta preocupación de la citada corriente de pensamiento se resume, para Duncan Kennedy, como la lucha sobre la viabilidad del derecho social, el cual busca apartarse del mero formalismo para acceder a una justicia de contenido social, con la que se proteja a las partes débiles (Kennedy, 2011), tal y como lo ordena la Constitución Política de Colombia, la cual instituyó la esencia del Estado como aquel que es social y de derecho (Corte Constitucional, 1992).

## 5. El recurso de apelación, algunos aspectos básicos

La definición del recurso de apelación, según el profesor Bodensiek, es:

El recurso concedido a la parte o al tercero legitimado contra las sentencias o las providencias interlocutorias taxativamente señaladas en el estatuto procesal civil, siempre que se cause agravio al recurrente, a fin de que dicha providencia se revoque o se reforme por el juez o tribunal superior para enmendar errores *in procedendo* o *in judicando* en que pudo incurrir el *a quo*, mediante el ejercicio del control jurisdiccional (1974).

Dicho lo anterior, vemos que no solo las partes en el proceso están legitimadas para interponer la apelación, pues es posible que el yerro del *a quo* afecte a terceros; debe darse la oportunidad a estos terceros de que se corrija el error por parte del *ad quem*. Esto se explica, según el maestro Devis, dado que:

[...] es uno de los varios que surgen de la relación jurídica procesal, cuya naturaleza es estrictamente procesal. Se trata de un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez (1972).

Al efecto, el inciso 2.º del art. 320 del Código General del Proceso (CGP) estatuye que está legitimado por activa “la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia; respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso 2.º del art. 71”. Es así como de la lectura de la parte final, se ve claramente cómo personas que no son parte en el proceso, pero que pueden llegar a ser afectadas por este, pueden interponer el recurso de apelación. Y no podría ser de otra forma, pues como ya se ha explicado, la finalidad del proceso y sus recursos es la de impartir justicia, a través de la búsqueda de la verdad, búsqueda que no puede detenerse solo por la ausencia de calidad de parte de uno de los individuos sobre los que se administra justicia.

Asimismo, se evidencia que el recurso de apelación —también conocido como *alzada*— es un recurso de carácter vertical, pues es resuelto por un juez de mayor jerarquía, contrario a lo que ocurre con los recursos horizontales, que son resueltos por el mismo juez.

### 5.1 Finalidad

Dentro de las grandes finalidades del proceso se encuentra la búsqueda de la verdad, como una forma de dar a cada quién lo que se merece, y como ya se vio, incluso esta búsqueda se puede iniciar a solicitud de un tercero dentro del proceso. Partiendo de la falibilidad del juez, podemos resumir los yerros dentro de un proceso, en errores *in judicando* y errores *in procedendo* (Canosa, 1995). Para el maestro Chiovenda, la apelación provee tres garantías: “a) en cuanto un juicio reiterado hace, por sí mismo, posible la corrección de errores; b) en cuanto los dos juicios están confiados a jueces diferentes; c) en cuanto el segundo juez se presenta como más autorizado que el primero” (Chiovenda, 1972).

Podemos concluir entonces, que el *telos* del mentado recurso es la búsqueda de la verdad, en aras de la justicia. No es, como vulgarmente se cree, uno más de los ritualismos procesales destinado a dar mayor solemnidad a la posible decisión judicial.

## **5.2 Elementos**

Hay varias corrientes doctrinales que explican los elementos de la apelación; sin embargo, para efectos de este escrito, daremos un listado un poco más práctico de los elementos, seguidos de su breve explicación.

## **5.3 El objeto**

El objeto puede ser entendido como teleológico o material. Respecto del primero ya nos hemos ocupado, distinguiéndolo como la búsqueda de la verdad en aras de la justicia. Así las cosas, nos ocuparemos del objeto material, que según la ley, tanto en el CGP como en el CPC, son las sentencias de primer grado —salvo las excepciones—y algunos autos, generalmente interlocutorios (Canosa, 1995).

## **5.4 Sentencias apelables según el Código General del Proceso**

Respecto de las sentencias, se exceptúan las que sean en equidad, según el inciso 1.º del art. 321, en conciencia por ser decisiones soberanas (Azula, 1994). Debido a que la apelación solo procede contra sentencias de primer grado, no procede contra sentencias de única instancia. Son sentencias de única instancia las descritas en el art. 17 para los jueces civiles municipales, las descritas en el art. 19 para los jueces civiles de circuito y las descritas en el art. 21 para los jueces de familia. Asimismo, el numeral 9 del art. 384 establece única instancia al proceso de restitución de inmueble arrendado cuando la causal de restitución sea la mora en el pago. Por el tipo de proceso, serán de única instancia los verbales sumarios, según el parágrafo 1 del art. 390. El novedoso procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante indica que respecto de las contingencias suscitadas en él, conocerá el juez civil municipal en única instancia, según el art. 534.

Respecto de los autos, la doctrina ha enseñado que procede la apelación en aquellos que son interlocutorios, no obstante ser altamente complicado determinar cuáles autos poseen esta característica (Canosa, 1995, p. 235). Es por eso que el CGP, en su art. 321, cita una serie de autos que a toda luz son interlocutorios, y en el último numeral deja abierta la puerta para que la ley establezca qué otros autos podrán ser objeto de este recurso. La lista del artículo precitado es de carácter taxativo, dándole la posibilidad solo a la ley, aunque reza “los demás expresamente señalados en este código”, para ampliar el listado de autos apelables.

### ***5.5 Autos apelables según el Código General del Proceso***

Como se dijo, el CGP, en su art. 321, señala cuáles providencias pueden ser apeladas, además que ya se citó lo pertinente respecto de sentencias. A continuación, citando el CGP, y según su orden de aparición, son apelables:

1. Los autos que rechacen el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella. Autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial (art. 35).
2. El auto que rechace la demanda y el que negó su admisión, y será apelable en efecto suspensivo (art. 90).
3. El auto que resuelva sobre la transacción parcial será apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo (art. 312).
4. La providencia que decrete el desistimiento tácito será apelable en efecto suspensivo, y la que lo niegue, será apelable en efecto devolutivo (art. 317, numeral 2, literal e).
5. El auto que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas; el que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros; el que niegue el decreto o la práctica de pruebas; el que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo; el que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva; el que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva; el que por cualquier causa le ponga fin al proceso; el que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla; el que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano (art. 321, numerales 1-9).
6. El auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo (art. 366, numeral 5).
7. La providencia que rechaza una demanda de pertenencia sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público (art. 375, numeral 4, conc. art. 321).

8. El auto que decrete la caución al demandante de un acto de asamblea, junta directiva o de socios. El efecto será devolutivo.
9. En el auto que decrete la inhabilitación provisional. Será apelable en el efecto devolutivo; el que deniegue la inhabilitación, lo será en el efecto diferido (art. 396).
10. El auto que resuelve el incidente de que trata el numeral 11 del art. 399, y será apelable en efecto diferido.
11. La sentencia que deniegue la expropiación es apelable en el efecto suspensivo; la que la decrete, en el devolutivo (art. 399).
12. El auto que decrete o deniegue la división o la venta en procesos divisorios (art. 409).
13. El auto que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo y el que por vía de reposición lo revoque, será apelable en el suspensivo (art. 438).
14. La providencia que ordene la prestación de caución bancaria o de compañía de seguros con cualquier fin, será apelable en efecto diferido (art. 441).
15. El auto que resuelva una objeción o altere de oficio la liquidación del crédito de que trata el capítulo II del título único del proceso ejecutivo. La apelación será en efecto diferido (art. 448).
16. El auto que decide el incidente en que el ejecutado, dentro de un proceso ejecutivo, se defiende planteando: pedir la regulación o pérdida de intereses; la reducción de la pena, hipoteca o prenda; la fijación de la tasa de cambio, o tachar de falso el título ejecutivo o el contrato de hipoteca o de prenda. Tal apelación tendrá efecto diferido (art. 467, numeral 3, literal a).
17. El auto que niegue la apertura del proceso de sucesión (art. 490).
18. Los autos que acepten o nieguen el reconocimiento de herederos, legatarios, cesionarios, cónyuge o compañero permanente, lo mismo que los que decidan el incidente de que trata el numeral 4 (el auto que reconozca otros herederos o legatarios dentro del proceso de sucesión), son apelables en el efecto diferido; pero si al mismo tiempo resuelven sobre la apertura de la sucesión, la apelación se surtirá en el efecto devolutivo (art. 491).

19. El auto que autoriza a un acreedor, de un heredero o legatario que repudió la herencia, a aceptar la asignación por este hasta la concurrencia de su crédito. El auto que niegue la solicitud durante el curso del proceso es apelable en el efecto diferido; el que la concede, en el devolutivo (art. 493).
20. El auto que autoriza el repudio de asignaciones para incapaces o ausentes. La apelación será en efecto diferido.
21. El auto que decida sobre las objeciones a la diligencia de inventarios y avalúos (art. 501).
22. El auto que resuelve la suspensión de la partición sucesoral de conformidad con los arts. 1387 y 1388 del Código Civil. La apelación será en el efecto suspensivo.
23. Los autos que decreten la interdicción provisoria del discapacitado mental absoluto y su curador provisoria, y el que decreta las medidas de protección personal de quien se encuentre con discapacidad mental que el juez considere necesarias, serán apelables en efecto devolutivo si se aprueban y diferido si se niegan (art. 586).

### ***5.6 Limitación del objeto, la competencia del ad quem***

Interesante es la reforma introducida en el art.32, inciso 1.º, del CGP, reiterado en el art. 328 del mismo estatuto. En efecto, la legislación anterior disponía:

La apelación se entiende interpuesta *en lo desfavorable al apelante*, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (art. 357) (énfasis fuera de texto).

El nuevo estatuto, por su parte, altera de forma significativa el objeto de estudio en la apelación de sentencias, limitándolo solo al objeto discutido por el recurrente, como lo dice el art. 328 posterior, en su inciso 1.º: “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente *sobre los argumentos expuestos por el apelante*, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”(énfasis fuera de texto). Todo lo anterior sin perjuicio de que ambas partes hayan apelado toda la sentencia, o que la no apelante adhiera al recurso; caso en el que el *ad quem* se libera de limitaciones en su fallo.

En el CPC se buscaba hacer valer el principio de la *reformatio in pejus*, el cual evitaba que el *ad quem* modificara la sentencia en lo que beneficiaba al recurrente, y le daba solo facultad para mejorarlo en lo que lo perjudicaba, siempre que fuese apelante único. En el CGP, con el ánimo de darle más seriedad al recurso y de hacer más eficiente y rápida la labor del juez que resuelve, limita el conocimiento de este solo a “los argumentos expuestos por el apelante”, lo que necesariamente deviene en un ejercicio analítico judicial mucho más restringido y preciso que en el estatuto anterior.

### 5.7 Los sujetos

Como ya se explicó, los sujetos legitimados por activa, son en principio la parte o partes que resultaron afectadas con la decisión del juez, aunque también se acepta, según el art. 320 del CGP, que intervengan coadyuvantes, que son terceros afectados por el posible error procedimental. Tal coadyuvancia se encuentra reglamentada en el art. 70 del CGP.

Asimismo, el sujeto que concede la apelación será el mismo juez que haya proferido la providencia disconforme a los intereses del apelante. En caso de que el *a quo* deniegue la apelación, podrá el apelante interponer ante el *ad quem* el recurso de queja descrito en el art. 352 del CGP en subsidio del de reposición; el primero será resuelto por el juez superior y el segundo por el mismo juez que produjo el auto denegatorio.

El sujeto que conoce la apelación, esto es, la resuelve, es el superior, tal y como lo reza el art. 320 del CGP.

### 5.8 Los efectos

El art. 323 del CGP establece tres tipos de efectos, siendo la regla general el efecto devolutivo. Este efecto implica que el proceso que causa la apelación continúa en todas sus partes. Esto evidencia cómo el legislador confía más en el juez de primera instancia que en el apelante, pues de otra forma la regla general sería el efecto suspensivo. El efecto diferido implica un mayor grado de suspensión, pues solo continúa el proceso en lo que no tenga que ver con la apelación. Finalmente, el más severo de los efectos, el suspensivo, implica que el proceso solo puede continuar en lo atinente a las medidas cautelares.

El apelante puede solicitar que se baje la severidad de la inactividad del proceso: de suspensivo, a diferido y devolutivo; de diferido, a devolutivo, y el devolutivo no tendrá opción, esto en el entendido estratégico de que el apelante busca desacelerar el proceso.

## 6. La reforma, los criterios de eficiencia del Código General del Proceso

Indiscutiblemente el CGP debe responder a criterios de eficiencia, tal y como se planteó al inicio de este documento. En ese sentido, la reforma afectó directamente el recurso de apelación, a fines de darle más celeridad implementando la posibilidad de la oralidad en su interposición. En efecto, el art. 322, en su numeral 1, ofrece dos opciones: la providencia apelada se da dentro de una audiencia, o fuera de ella. Si la providencia es de las primeras, la interposición del recurso deberá hacerse en la misma audiencia de forma verbal. Respecto de la sustentación, el numeral 3 del mismo artículo dispone que esta se podrá hacer en el mismo momento en que se interponga el recurso, o dentro de los tres días siguientes, con la finalidad de dar tiempo al apelante de analizar la providencia que desea atacar y de verificar la forma más eficaz de evidenciar sus errores para que el superior resuelva a favor de sus intereses.

El art. 322 citado, respecto de la sustentación del recurso de apelación contra sentencias, apremia al apelante para que, de manera breve, denote los yerros de la sentencia objeto de la alzada. Enfatiza la claridad usando la expresión “los reparos *concretos*” y termina de resaltar la obligación de ser claros con la expresión “Para la sustentación del recurso será *suficiente* que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada”. Esto nos da a entender la necesidad de celeridad en el proceso, a lo cual el legislador le dio especial importancia indicando que el apelante deberá ser breve y concreto; de manera tal que facilite la labor del juez a la hora de conceder y resolver el recurso, quien no podrá declararlo desierto, pues el apelante solo debe expresar las razones de su inconformidad.

Bogotá, Septiembre de 2013

### Referencias

Azula, J.(1994). *Manual de derecho procesal civil*, vol. II. Bogotá, Colombia: Temis.

Banco Mundial (2013). *Doingbusiness.org*. Recuperado el 11 de agosto de 2013, de <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/colombia/#enforcing-contracts>

Banco Mundial (2013). *El Banco Mundial. Quiénes somos*. Recuperado el 9 de agosto de 2013, de <http://www.bancomundial.org/es/about>

Betancourt, F. (2007). *Derecho romano clásico*, 3.<sup>a</sup> ed. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.



- Bodensiek, J. (1974). *Teoría de la apelación en el proceso civil colombiano*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Canosa, F. (1995). *Manual de recursos ordinarios*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Chile, Cámara de Diputados (2013, 22 de enero). *Cámara de Diputados - Chile*. Recuperado el 10 de agosto de 2013, de [http://www.camara.cl/trabajamos/comision\\_sesiondetalle.aspx?prmID=401&prmIDSES=15176&prmAC=FALSE](http://www.camara.cl/trabajamos/comision_sesiondetalle.aspx?prmID=401&prmIDSES=15176&prmAC=FALSE)
- Chiovenda, J. (1972). *Principios de derecho procesal civil*, vol. II. J. C. Santaló (Trad.). Madrid, España: Reus.
- Colombia, Código de Procedimiento Civil. Ley 1654 de 2012.
- Colombia, Corte Constitucional (1992, 5 de junio). Sentencia T-406.
- Couture, E. (1972). *Fundamentos de derecho procesal civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.
- Dahlman, C. (1979, abril). The Problem of Externality. *Journal of Law and Economics*, 22(1), 141-162.
- Devis Echandía, H. (s. f.). *Compendio de derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Colombia: ABC.
- Djancov, S. (2003). Courts: The Lex Mundi Project. *Quarterly Journal of Economics*, Working Paper 8890.
- El Espectador* (2012, 21 de marzo). Es urgente enfrentar el grave problema de la congestión judicial: Santos .
- El Tiempo* (2011, 1 de noviembre). Hay congestión judicial por demandas de los bancos. Recuperado el 9 de agosto de 2013, de [www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-10679244.htm](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10679244.htm)
- Falcón, E. (1989). *Gráfica procesal*, vol. 3. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Kennedy, D. (2011, 24 de agosto). La controversia política es parte del razonamiento jurídico. *Themis- Revista de Derecho*, 50, 323-328.

- Kurtenbach, S. (2004). *El papel de los actores externos en la contención de la violencia en Colombia*. Hamburgo, Alemania: Instituto de Estudios Iberoamericanos.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J.-J. (2008). *El contrato social*. Valladolid, España: Maxtor.
- Solano, J. E. (1996). *Los recursos procesales*, Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Stigler, G. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 3-21.
- UC Temuco (2013, 12 de mayo). *Curso de litigación oral - Temuco, 2013*. Recuperado el 9 de agosto de 2013, de <http://www.reformaprocesalcivil.cl/litigacion/#more-997>
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2012). *Derecho civil*, vol. I, *Parte general y personas*. Bogotá, Colombia: Temis.



# Breves apuntes sobre el recurso de casación en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) con vista en el Código de Procedimiento Civil

José Alejandro Bonivento Fernández\*

Para algunos estudiosos de la casación, el origen de este instituto procesal se remonta al derecho romano, cuando se pensó en acciones de nulidad contra decisiones que violaban la ley, en procura de impedir su ejecutoria o firmeza. Sin embargo, los doctrinantes más autorizados toman la casación desde la Revolución francesa de 1789, acudiendo a un decreto constituyente de noviembre de 1790 en el que se crea precisamente el Tribunal de Casación con la función de anular los procedimientos en los cuales hubieran sido violados en los fallos expresos textos legales, pero sin conocer el fondo del asunto y sin facultades de interpretación.

Los franceses, en la precisión de la casación, la enfocaron frente a la violación de la ley, en tres direcciones o clases, aún tenidas en cuenta: 1) falta de aplicación, o sea, cuando existiendo un texto legal claro aplicable no se le hace actuar en la decisión; 2) aplicación indebida, esto es, cuando la norma que se aplica no corresponde a la situación controversial o al hecho que la norma regula; 3) interpretación errónea, cuando se aplica una norma a la controversia pero con una interpretación que no corresponde a su real sentido, con el quebranto del espíritu de la ley. Y como propósito de identificación de dicha figura, la unificación de la jurisprudencia.

---

\* Abogado por la Universidad Nacional y especialista por la Universidad del Rosario. Expresidente de la Corte Suprema de Justicia y exmagistrado del Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

España, Italia, Alemania, entre otros países europeos, también adoptaron y mantienen vigente la casación con similar alcance de la regulada en la legislación francesa.

Además de Colombia, algunos países de América incluyen la casación de los respectivos estatutos adjetivos, entre otros: Uruguay, Chile, Argentina, Perú, Venezuela, Panamá. En cambio, ni los Estados Unidos, ni Canadá, ni México, le conceden forma procesal. Tal vez la reglamentación de la casación española sea la más acorde con la colombiana.

Los criterios de la casación francesa fueron tenidos en cuenta tanto en el Código Judicial de 1931 como en el Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1971, reafirmados, en gran medida, en el Código General del Proceso —CGP— (Ley 1564 de 2012), que, en esta parte, debería entrar a regir a partir del 1 de enero de 2014.

Este trabajo se desarrolla comparando, al mismo tiempo, los dos estatutos: el que rige en la actualidad (Código de Procedimiento Civil) y el que entra en vigencia (CGP), de esa manera se podrán apreciar mejor los alcances de las reformas.

## **1. La casación: recurso extraordinario contra sentencia**

El CPC no califica el recurso de casación como extraordinario, como sí hace mención de la revisión de sentencias ejecutoriadas y la anulación de laudos arbitrales (arts. 379 a 385 y 166 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente); en cambio el CGP hace expresa referencia del recurso de casación como extraordinario en los arts. 333, 334 y 336, al tratar los fines, la procedencia y las causales de casación. El carácter extraordinario proviene, en pocas palabras, en cuanto no es abierta la impugnación, sino limitada a determinados motivos o causales, de suerte que solamente se puede acusar una sentencia de segunda instancia en procesos particulares que, por cierto, la nueva ley amplió considerablemente, como se expondrá más adelante, y además se cumplan otros supuestos especiales, como el interés para recurrir y la cuantía.

## **2. Los fines de la casación**

Sin duda, los fines de la casación plantean, especialmente, la razón de ser del recurso tal como venía de tiempo atrás: procurar unificar la jurisprudencia bajo el entendimiento y aplicación de las normas jurídicas, como estaba consagrado en el Código Judicial de 1931, en el CPC de 1971, y reiterado en el CGP. Solo que los primeros estatutos adjetivos mencionados simplificaban los fines, consagrando el fundamental: unificar la jurisprudencia, y ampliado luego con la necesidad de proveer a la realización del derecho objetivo (fin público) y procurar reparar los agravios causados a las partes por la sentencia (fin priva-

do). Y el nuevo ordenamiento procesal incluye otros fines, conservando la esencia de los propósitos conocidos en las legislaciones nacionales anteriores.

Precisamente, el CPC, en el art. 365, fija los fines de la casación en los siguientes términos: “El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida”. Y el Código Judicial de 1931, en el art. 519, concretaba: “Con el fin primordial de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusados [...]”.

Ahora, para el CGP, los fines del recurso de casación tienen un espectro más amplio, pues conservando la primera parte de la misión unificadora de la jurisprudencia, de la provisión a la realización del derecho objetivo y de la reparación de los agravios inferidos o irrogados a las partes por la sentencia impugnada, incorpora aspectos relacionados con la eficacia de los instrumentos internacionales y la protección de la Constitución Política, dando alcance a lo que la doctrina jurisprudencial había considerado entorno a la casación, tales como las normas aprobatorias de los tratados y los preceptos constitucionales contentivos de derechos objetivos. Dice la citada norma:

Tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interino, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (art. 333).

Como se puede apreciar, también se presentan cambios en la redacción en ciertos pasajes del nuevo texto normativo respecto de los fines, en cierta medida innecesarios, cuando en vez *de* proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos, como sostiene el CPC, en el Código General de Proceso se reemplaza con la de defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico. Del mismo, se sustituye agravios inferidos por agravios irrogados y sentencia recurrida por providencia recurrida.

En todo caso, los fines, en esencia, se mantienen, y al consagrar la unidad e integridad del ordenamiento jurídico imprimió, en frase distinta, carácter a la casación en cuanto a la realización de los derechos objetivos. Y lo cierto: antes, y ahora, la reparación de los agravios inferidos o irrogados a las partes—simple cambio de palabras— es un indiscutible fin que los contrincantes, en un proceso civil, tienen presente para acudir a la casación, sin importarles la más de las veces el fin unificador de la jurisprudencia, pues el interés de las partes se vuelve relevante o determinante en esa línea. En otras palabras: estas acuden, y

seguramente acudirán, a la casación, no para inspirar doctrina uniforme o la defensa de la ley, sino para encontrar solución final favorable a sus intereses en la controversia. Y así se ha mantenido.

### 3. La procedencia del recurso de casación

Encontrados los fines, surge la procedencia como un elemento destacado de la casación por el carácter extraordinario del recurso; esto es, de no abrir la puerta para que toda clase de contienda judicial llegue a la Corte Suprema de Justicia, sino, en aras de la facultad unificadora, determinadas sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores de distrito; en el nuevo ordenamiento desapareció la *casación per saltum*, que procedía excepcionalmente contra providencias de los juzgados del circuito. Y comienza con la fijación de la cuantía o valor de la resolución y de las sentencias. Uno y otro aspecto merecieron en el CGP importantes señalamientos, diferenciadores del ordenamiento anterior.

El CPC precisa en un artículo, modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1.º, numeral 182, y la Ley 592 de 2000, art. 1.º, la *procedencia* del recurso de casación en estos términos:

El recurso de casación procede contra las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de cuatrocientos veinticinco (425) salarios mínimos legales mensuales vigentes así:

1. Las dictadas en los procesos ordinarios o que asuman ese carácter.
2. Las que aprueban la partición en los procesos divisorios de los bienes comunes, de sucesión y de liquidación de cualesquiera sociedades civiles o comerciales y de sociedades conyugales.
3. Las dictadas en procesos sobre nulidad de sociedades civiles o comerciales.
4. Las sentencias de segundo grado dictadas por los tribunales superiores en procesos ordinarios que versen sobre el estado civil, y contra las que profieran en única instancia en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces que trata el artículo 40 (art. 366).

Ahora bien, el CGP trata el punto de la procedencia de la casación, así:

El recurso extraordinario de casación procede contra las siguientes sentencias, cuando sean proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia:

1. Las dictadas en toda clase de procesos declarativos.
2. Las dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria.
3. Las dictadas para liquidar una condena en concreto.

Parágrafo. Tratándose de asuntos relativos al estado civil, solo serán susceptibles de casación las sentencias sobre impugnación o reclamación de estado y la declaración de uniones maritales de hecho (art. 334).

Sin duda, la procedencia del recurso de casación encuentra en el CGP una ampliación de las providencias susceptibles de impugnarse extraordinariamente, al reemplazarse la expresión sentencias dictadas en procesos ordinarios o que asuman ese carácter, como dice el CPC, por sentencias dictadas en toda clase de procesos declarativos. Y es sencilla esta conclusión: si bien es cierto que el CPC permite la casación tanto en los procesos ordinarios o los que asumieran el carácter contencioso, tales como las sentencias aprobatorias de particiones, de nulidad de sociedades, el CGP, al disponer la procedencia en toda clase de proceso declarativo, abarca también, por la regulación que este ordenamiento adjetivo formula, los procesos: *verbales*: resolución de compraventa de los arts. 1947 y 1944 del Código Civil, declaración de pertenencia, servidumbres, posesorios, entrega de la cosa del tradente al adquirente, rendición provocada y espontánea de cuentas, pago por consignación, declaración de bienes vacantes y mostrencos, restitución de inmuebles arrendados, otros procesos de restitución de tenencia, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, nulidad o divorcio de matrimonio civil; *verbales sumarios*: lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales, prestación, mejora y relevo de cauciones y cesantías, privación, suspensión, rehabilitación de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo, inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa, alimentos a favor del mayor y menor de edad, cancelación, reposición y reivindicación de títulos valores; *declarativos especiales*: deslinde y amojonamiento; *divisorio*; *monitorio*.



En cuanto a las excepciones de mérito, que tienen que decidirse en sentencia, se incorporan al elenco de las providencias susceptibles de recurrirse en casación; esto es, no hay que transitar, como antes, por el camino jurisprudencial, al darles a ciertas providencias alcances de sentencias que permitieran la procedencia de la impugnación extraordinaria.

Como quiera que el art. 278 del CGP hace viable que, en cualquier estado del proceso, se dicte sentencia anticipada, parcial o totalmente, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, cuando no hubiere pruebas que practicar o cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa, procede el recurso de casación contra esta clase de providencia, proferida por los tribunales superiores, siempre que se cumplan los supuestos (art. 334 del CGP) del interés para recurrir y la clase de proceso susceptible de impugnarse.

Entonces, las sentencias de segunda instancia de los tribunales superiores que se profieran en toda clase de procesos declarativos (y los citados lo son), y satisfagan el interés económico para recurrir, como otro supuesto de procedencia, que, según el art. 338 del CGP, consiste en los casos de resolución desfavorable al recurrente superior a 1.000 salarios legales mensuales para enero de 2014, salvo las dictadas dentro de acciones de grupo y las que versen sobre el estado civil, determinan necesariamente la procedencia de la casación, en incalculable proporción, que puede desbordar el carácter excepcional o restringido de este recurso y complicar la importante labor unificadora de la jurisprudencia por el excesivo recargo de trabajo que probablemente podrá aparejar esta reforma. Es decir, sentencia de segunda instancia de los tribunales, en procesos declarativos y que cumplan con la exigencia de la cuantía de 1.000 salarios legales mensuales, será susceptible de recurrirse en casación, de modo que el interés para recurrir se convertirá en especial consideración para la procedencia de la acusación extraordinaria.

Cabe preguntar desde ahora: ¿esa amplitud es conveniente o sana para la eficacia de la justicia?, porque salvo el papel unificador de la jurisprudencia se ha de convertir la casación en una instancia más dentro del proceso, perdiendo su carácter de recurso excepcional o extraordinario, pero abriendo espacio para que muchos procesos, de diferente linaje declarativo, puedan tramitarse en casación. Sin embargo, con esta postura legislativa se puede conceder, en cierta medida, razón a los que combaten la casación como un mecanismo especial de impugnación y propugnan por una tercera instancia.

Se puede tener como aspecto curioso: mientras la jurisprudencia de la Corte Suprema era generosa para permitir casación en providencias que no tenían el carácter de sentencias, y eso se consideraba como una actitud laxa del más alto tribunal de justicia de la materia, ahora no se permite esta amplitud porque el CGP reitera que la casación procede única-

mente contra sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales. Se reitera, el CGP eliminó la figura de la casación *per saltum*, que el CPC consagra en el art. 367 como mecanismo para llegar a la casación contra sentencia de primera instancia de los jueces del circuito, con prescindencia de la apelación y a solicitud de las partes.

La procedencia de la casación, contra sentencias proferidas en las acciones de grupo que corresponda a la jurisdicción ordinaria, explica su incorporación en el CGP por constituir una figura que no existía bajo la vigencia de los ordenamientos adjetivos anteriores.

Respecto de las otras dos clases de providencias, atacables en casación, o sea las dictadas para liquidar una condena en concreto y las que tratan de asuntos relativos al estado civil cuando versen sobre impugnación o reclamación de estado y la declaración de uniones maritales de hecho, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema ya había abierto el camino de su viabilidad por provenir de actuaciones en procesos ordinarios. De ese modo, el CGP incorporó en su cuerpo normativo lo que ya, por vía jurisprudencial, se había acogido. Y eso es acertado.

El catalogar el CGP como sentencias aquellas providencias que deciden las excepciones de mérito, ha de insistirse, permite la conclusión de que esas clases de decisiones judiciales son susceptibles de impugnarse en casación, que bien se podría extender a las sentencias que dirimen las excepciones previas puesto que estas también se resuelven por sentencias cuando son proferidas por los tribunales superiores y se cumplen los requisitos de procedencia.

Y otro aspecto de procedencia particular se puede encontrar en la casación adhesiva que tanto el CPC (art. 366) como el CGP (art. 335) regulan, y que, según este último ordenamiento, ocurre: “Cuando una parte con interés interponga el recurso de casación, se concederá también el que haya interpuesto oportunamente la otra parte, aunque el valor del interés de esta fuera insuficiente”.

#### **4. Las causales de casación**

Los fines, primero, y las causales de casación después, se convierten en eje central del recurso, pues con ello se busca el desarrollo del propósito unificador de la jurisprudencia y la superación de los agravios que se causan en una sentencia. Porque si no hay motivo para impugnar una sentencia, tampoco habrá material para la uniformidad jurisprudencial.

Se puede afirmar que el CGP mantuvo en el fondo las causales que el CPC establece, salvo la eliminación de la causal tercera que traía el art. 368: “Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias” y con otros cambios de redacción o presentación.

Según el CPC, en artículo que fue modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1.º, numeral 183, son causales de casación:

1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.

La violación de norma de derecho sustancial puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.
3. Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias.
4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357.
5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado (art. 368).

En el CGP las causales del recurso extraordinario de casación son:

1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.
2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.
3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.
5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.

La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aun de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales (art. 336).

La causal primera del CPC ha ofrecido cierta complejidad o “trampa” para su formulación, surgida, por decirlo de alguna manera, del rigor de la técnica del recurso, que se atenuó cuando se suprimió, en el Decreto 2282 citado, la precisión de señalar el concepto, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. Y, por cierto, el CGP se orientó en esta misma dirección. Incluso, en vigencia del CPC era un punto de angustia o incertidumbre para los recurrentes, porque se debía conocer, expresar y acertar el concepto y a la vez desarrollarlo correcta o adecuadamente, con tal grado de exigencia que si se producía una equivocación, confusión o desatino el asunto quedaba a la apreciación de la Sala de Casación, con la posibilidad alta de no prosperar el cargo, sin consideración a la justeza de la impugnación. En efecto, si se deslizaba, en la censura, una errada o desviada formulación del concepto, podía llevar al rechazo del respectivo cargo, aun contando con razones o argumentos sustanciales para evidenciar la violación de la ley.

Ahora no se requiere que se denuncie en el cargo el concepto de la violación de la norma sustancial (falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea); es suficiente acusar una norma sustancial que entre en juego en la composición de la impugnación, tal como se insistirá más adelante. Pero este cambio no elimina la necesidad de acertar en la acusación en cuanto a la norma o normas violadas y el alcance del quebranto, pues se puede caer en la trampa de una inadecuada formulación con el resultado inevitable de la improsperidad del cargo.

En ninguna parte del CPC se trata de violación directa o indirecta de la ley; tampoco en el Código Judicial. Se enuncia ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial que, si se prescinde de cualquier factor de hecho o probatorio, se califica de directa (anótese que, para algunos, es la verdadera casación, porque se erige en defensa o tutela de la ley (nomofilaquia). Y también se enjuicia como consecuencia de errores de derecho en la

apreciación o valoración de una prueba o de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba que podía llegar a la transgresión de la ley sustancial y en este caso se califica de violación indirecta.

Todo lo anterior, con vista en el CPC, porque se hace relevante en este ordenamiento que, en casación, se observe, en orden preferencial y alrededor del examen y reparación de la legalidad de la sentencia, en aras de una recta y uniforme aplicación de los textos legales sustanciales. Más todavía: tal como está disciplinado el recurso extraordinario, la violación indirecta solamente encuentra espacio de estudio: por *falta de aplicación*, cuando el juzgador deja de aplicar la norma pertinente al caso que examina, o *por aplicación indebida*, en cuanto dándole el verdadero alcance la aplica impertinentemente al asunto de la controversia, puesto que el otro concepto de infracción, por *interpretación errónea*, tiene reservado su campo de impugnación exclusivamente en la vía directa, al considerarse que, en esta forma de quebranto, se debe prescindir de toda cuestión fáctica y probatoria para ubicar el agravio de la norma sustancial. No se puede, entonces, pensar que el recurrente puede elevar cualquier clase de inconformidad en torno a la sentencia sin tener de presente la dirección del quebranto de la ley sustancial. Una cosa es que no haya necesidad de indicar el concepto y otra bien distinta prescindir de considerar, de cualquier forma, el alcance del quebranto.

También el CGP destaca, como primera causal de casación, ser violatoria de una norma jurídica de derecho sustancial, sin que se exija el señalamiento de la clase de violación. Se introdujo expresamente la calificación de violación directa y se cambió, una norma jurídica de derecho sustancial por una norma jurídica sustancial. Y en verdad, esto no cambia el alcance de la violación, de manera que se debe entender igual, pues la supresión del vocablo “derecho” no implica ninguna clase de modificación, solo precisión a la identificación de la violación directa.

De modo expreso se menciona en el nuevo ordenamiento la violación indirecta de la ley sustancial, que los códigos anteriores no identificaban de manera puntual; y la separa de la directa, con un alcance similar que, al dar a entender la ocurrencia, señala se origine como consecuencia del quebranto de un precepto de linaje probatorio, derivado de su desconocimiento. Eso sí, deja el error de hecho en los mismos términos del código derogado: que sea manifiesto, e incluye lo que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia proclamaba de error trascendente, o sea que el error se observe o detecte al momento (manifiesto) e influya necesariamente en la decisión del juzgador (trascendente).

En síntesis, la causal por violación de las normas sustanciales, que, como se anotó, el CGP separa en dos, mantiene los alcances que, por años, se le ha prodigado a este motivo de casación.

La segunda causal de casación, tercera en el esquema del CGP, es idéntica a la del CPC con las modificaciones del Decreto 2282 de 1989, solo que excluye la causal de la contradicción en la parte resolutive de la sentencia.

En efecto, la causal del CPC de “contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias” no fue incluida, como tal, en el CGP, eliminación que se explica al revisarse los antecedentes de los asuntos atacados en casación que se hayan amparado en esta causal con resultado negativo, es decir, la falta de utilización casacional. Por eso se puede apreciar, como práctica, esa eliminación.

La causal cuarta, de contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante del CPC, se reprodujo en el CGP, salvo que se calificó al apelante como único, que por tanto constituye la diferencia en los dos ordenamientos si se tiene en cuenta que esta causal, en el anterior dispositivo legal, en vez de apelante único al que se le hace más gravosa su situación se refiere a la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación. En pocas palabras, se simplificó la observancia del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus* para contraerla respecto del apelante único.

Alrededor de las nulidades, como es sabido, los ordenamientos procesales civiles han edificado una causal de casación. El CPC la trae por haberse incurrido en alguna de las causas consagradas en el art. 140 de la misma obra, y el CGP en la causal quinta por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de alguna de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.

En principio, se podría sostener que la visión tanto del CPC como del CGP es la misma en cuanto los defectos o irregularidades en el proceso constituyen factores para acusar una sentencia en casación. Sin embargo, el anterior ordenamiento expresamente se refiere a las causales de nulidad previstas en un artículo, el 140, mientras que el CGP se remite a las causales de nulidad consagradas en la ley, que permite hacer algunas observaciones.

La causal cuarta de nulidad del art. 140 —cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde— fue eliminada del art. 133 que el CGP destina para tratar el tema de las nulidades. Y esa circunstancia se presta para aseverar que no se podrá alegar cargo en casación al amparo de esa causal. Del mismo modo, si en la legislación procesal se incorporan otras causales que no están necesariamente incluidas en el art. 133, tendrá que concluirse que procedería plantearse en casación, pues la norma, que hace procedente el recurso, se remite a todas las causales de nulidad de la ley y no de un determinado precepto.

El CGP, en el art. 336, incluyó un importante texto en el que, por una parte, dispone que no deben tenerse en cuenta causales de casación distintas de las expresamente alegadas por el recurrente. Y esto resulta más que obvio si se considera el carácter extraordinario, excepcional y restringido que le asiste al recurso de casación. Empero, por otra parte, permite que se case una sentencia, aun de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales. Aunque esta segunda parte se integra en un solo párrafo, hace pensar, en principio, la procedencia de esos eventos en aquellos casos en que no se hubiera planteado causal de casación, la sentencia comprometa el orden o patrimonio público o atente contra los derechos y garantías constitucionales; sin embargo, hay que acercarla necesariamente a una demanda que contenga un cargo por la causal primera, en cuanto dé oportunidad a que se case la sentencia si se ofrecen las circunstancias anotadas de comprometer el orden público, derechos y garantías constitucionales.

## **5. Oportunidad y legitimación para interponer el recurso de casación**

El plazo para la interposición del recurso de casación no cambió en el CGP respecto del CPC, pues el término de cinco días es el mismo, contado, como también previene el nuevo estatuto, a partir la notificación de la sentencia, y en caso de adición, corrección o aclaración, cuando se diere alguna solicitud u oficiosamente se proceda, a partir del día siguiente de la notificación de la providencia respectiva. No hay diferencia importante en los dos textos salvo cuestiones de estilo, irrelevantes. Incluir la interposición del recurso en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por presentación escrita, se explica porque la modalidad de notificación por edicto perdió aplicación en el CGP.

Precisamente el CPC, en el artículo modificado por el Decreto 2282 de 1989, art.1.º, numeral 184, dispuso sobre la oportunidad y legitimación para interponer el recurso (que acogió el CGP):

El recurso podrá interponerse en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por escrito presentado ante el tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de aquella. Sin embargo, cuando se haya pedido oportunamente adición, corrección o aclaración de la sentencia, o estas se hicieren de oficio, el término se contará desde el día siguiente al de la notificación de la respectiva providencia.

No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia de primer grado, ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando la del tribunal haya sido exclusivamente confirmatoria de aquella (art. 369).

Son las partes (demandante y demandado) y los terceros intervinientes (litisconsortes y los que acuden al proceso en razón del llamamiento en garantía, denuncia del pleito, sucesión procesal, coadyuvancia), los legitimados para interponer el recurso de casación, siempre, como disponen los arts. 333 del CGP y 365 del CPC, que resulten agraviados con la providencia recurrida.

## **6. Interés para recurrir en casación: cuantía, justiprecio y concesión**

Dentro de lo que se ha entender como supuestos previos del recurso de casación, se puede señalar aquel que concierne con el interés para recurrir donde la cuantía, el justiprecio y la concesión del recurso tienen especial consideración, puesto que si no se cuida la comprensión del mandato legal, con el rigor dispositivo en esos aspectos, puede llevar al fracaso, trampa, desde el inicio del recurso. Esta posibilidad se mantiene plena en el nuevo ordenamiento casacional.

El art. 338 del CGP, corregido el inciso 1.º por el Decreto 1736 de 2012, art. 6.º, establece la cuantía del interés para recurrir:

Quando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv). Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones de grupo, y las que versen sobre el estado civil.

Quando respecto de un recurrente se cumplan las condiciones para impugnar una sentencia, se concederá la casación interpuesta oportunamente por otro litigante, aunque el valor del interés de este fuere insuficiente. En dicho evento y para todos los efectos a que haya lugar, los dos recursos se considerarán autónomos.

El art. 339 dispone sobre el justiprecio del interés para recurrir:

Quando para la procedencia del recurso sea necesario fijar el interés económico afectado con la sentencia, su cuantía deberá establecerse con los elementos de juicio que obren en el expediente. Con todo, el recurrente podrá aportar un dictamen pericial si lo considera necesario, y el magistrado decidirá de plano sobre la concesión.

Y el art. 340, para la concesión del recurso, establece:



Reunidos los requisitos legales, el magistrado sustanciador, por auto que no admite recurso, ordenará el envío del expediente a la Corte una vez ejecutoriado el auto que lo otorgue y expedidas las copias necesarias para el cumplimiento de la sentencia, si fuere el caso.

A la vez, el CPC trata el justiprecio del interés para recurrir y la concesión del recurso en los siguientes términos:

Cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y este no apreciarse determinado, antes de resolver sobre la procedencia del recurso el tribunal dispondrá que aquel se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de este no se practica el dictamen, o no se consignan los honorarios del perito dentro de la ejecutoria del auto que los señale, se declarará desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia. El dictamen no es objetable. Denegado el recurso por el tribunal, el interesado podrá recurrir en queja ante la Corte.

[...]

Interpuesto el recurso en tiempo y por parte legitimada para ello, el tribunal lo concederá, en sala de decisión, si fuere procedente, y dispondrá el envío del expediente a la Corte una vez ejecutoriado el auto que lo otorgue o cumplidas las diligencias para la ejecución de la sentencia o suspensión de aquella, según fuere el caso (art. 370).

Como se transcribió, para la procedencia del recurso de casación, el CGP, como lo hace el CPC, se debe considerar, cuando se trata de sentencias que contengan decisiones esencialmente económicas, para la procedencia del recurso, el valor actual de la resolución desfavorable, que debe superior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a partir de la entrada en vigencia del CGP (el CPC señala 425 salarios mínimos legales mensuales).

Si fuere necesario precisar el interés económico, la cuantía deberá darse en el proceso o mejor, establecerse con los elementos de juicio que obren en el expediente, constituyendo esto último un aspecto conveniente en el CGP para simplificar la posibilidad del recurso, en tanto basta que el magistrado encuentre elementos de apreciación dentro del proceso que permitan determinar la cuantía para hacer expedito el trámite; con todo, el recurrente podrá aportar un dictamen pericial si lo considera necesario de suerte que el magistrado del tribunal sustanciador pueda decidir sobre la satisfacción de la cuantía para recurrir. Este criterio de procedencia del recurso lo tenía el CPC bajo el entendido de que el tribunal es el que debe disponer sobre la posibilidad del justiprecio a costa del recurrente, y, de no practicarse por culpa de este, se declara desierto el recurso.

Vale decir, la iniciativa de la determinación del valor del interés económico se le concede ahora al recurrente con aporte de un dictamen, es directa, sin que tenga que esperar expresa orden judicial. Se insiste: deberán tenerse en cuenta preferencialmente los elementos de juicio dentro del expediente que conduzcan a precisar el valor del interés o el aporte de una dictamen pericial. Y todo sirve para afirmar que habría concesión o no del recurso de casación en razón de dicho interés.

Con todo, si hay un recurrente que cumpla todas las condiciones para impugnar una sentencia se concederá la casación interpuesta por otro litigante, aunque el valor de este fuere insuficiente, conservando, como es obvio, autonomía los dos recursos. También el CPC tiene esa formulación solo que con un cambio en la redacción del texto pertinente.

En sentencia proferida por tribunal superior, en segunda instancia, en las acciones de grupo que corresponda a la jurisdicción ordinaria no se requiere tener en cuenta como interés para recurrir y para los efectos de la concesión del recurso, la cuantía del asunto, pues esta exigencia no la impone la ley en estudio aun cuando procede en casación, sino por el contrario, el art. 338, corregido por el Decreto 1736 de 2012, art. 6.º, expresamente excluye la cuantía del interés para recurrir en esta clase de proceso, como lo hace también para las que versen sobre el estado civil.

Con el CGP el recurso de casación que no admite recurso, será concedido por el magistrado sustanciador y no por la sala correspondiente del tribunal, como disponía el CPC, y el expediente será enviado a la Corte una vez ejecutoriado el auto que lo otorgue y se expidan las copias necesarias para el cumplimiento de la sentencia, si fuere el caso, habiéndose con ello reemplazado la frase “efectuadas las diligencias para el cumplimiento de la sentencia”.

## **7. Efectos del recurso de casación**

Al pronunciarse el tribunal en segunda instancia se abre el escenario de la casación, pero al mismo tiempo se tienen que prever los efectos de la sentencia, partiendo de la base de que su ejecución es una consecuencia de la decisión, con la posibilidad, recurrida en casación, de que pueda evitarse la ejecución cumpliendo el recurrente con determinadas exigencias que tanto el CGP como el CPC han consagrado y que permiten afirmar que son casi idénticas. Y el punto de impedir la ejecución no se predica contra las sentencias dictadas en las acciones de grupo, las que versan sobre el estado civil, se trate de sentencias meramente declarativas, o cuando hayan sido impugnadas por ambas partes, pues no cuentan con mayores cargas.

Dispone el CGP respecto de los efectos del recurso:

La concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo cuando verse exclusivamente sobre el estado civil, o se trate de sentencia meramente declarativa, o cuando haya sido recurrida por ambas partes.

El registro de la sentencia, la cancelación de las medidas cautelares y la liquidación de las costas causadas en las instancias, solo se harán cuando quede ejecutoriada la sentencia del tribunal o la de la Corte que la sustituya.

En caso de providencias que contienen mandatos ejecutables o que deban cumplirse, el magistrado sustanciador, en el auto que conceda el recurso, expresamente reconocerá tal carácter y ordenará la expedición de las copias necesarias para su cumplimiento. El recurrente deberá suministrar las expensas respectivas dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que las ordene, so pena de que se declare desierto el recurso.

En la oportunidad para interponer el recurso, el recurrente podrá solicitar la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada, ofreciendo caución para garantizar el pago de los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella.

El monto y la naturaleza de la caución serán fijados en el auto que conceda el recurso, y esta deberá constituirse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquel, so pena de que se ejecuten los mandatos de la sentencia recurrida. Corresponderá al magistrado sustanciador calificar la caución prestada. Si la considera suficiente, decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada. En caso contrario, la denegará.

El recurrente podrá, al interponer el recurso, limitarlo a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, en cuyo caso podrá solicitar que se ordene el cumplimiento de las demás por el juez de primera instancia, siempre que no sean consecuencia de aquellas y que la otra parte no haya recurrido en casación. Con estas mismas salvedades, si se manifiesta que con el recurso se persigue lograr más de lo concedido en la sentencia del tribunal, podrá pedirse el cumplimiento de lo reconocido en esta. En ambos casos se deberá suministrar lo necesario para las copias que se requieran para dicho cumplimiento, dentro del término de ejecutoria del auto que las ordene.

Si el recurrente no presta la caución, o esta es insuficiente, se ejecutará la sentencia, para lo cual se ordenará, a su cargo, la expedición de las copias necesarias. Si no se suministra lo necesario para la expedición de las copias, el recurso se declarará desierto.

Parágrafo. Cuando en virtud de la queja se conceda el recurso de casación, el tribunal aplicará en lo pertinente el presente artículo (art. 341).

Y el CPC, alrededor de los efectos de recurso de casación, señala:

La concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo en los siguientes casos: cuando verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas; cuando se trate de sentencia meramente declarativa; y cuando haya sido recurrida por ambas partes.

El registro de la sentencia, la cancelación de las medidas cautelares y la liquidación de costas solo se harán cuando quede ejecutoriada la sentencia del tribunal o la de la Corte que la sustituya.

En el auto que conceda el recurso se ordenará que el recurrente suministre, en el término de tres días a partir de su ejecutoria, lo necesario para que se expidan las copias que el tribunal determine y que deban enviarse al juez de primera instancia para que proceda al cumplimiento de la sentencia, so pena de que el tribunal declare desierto el recurso. Para estos efectos se tendrá en cuenta lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 356.

Si el tribunal no ordenó las copias y el recurrente las considera necesarias, este deberá solicitar su expedición, para lo cual suministrará lo indispensable.

Sin embargo, en el término para interponer el recurso podrá el recurrente solicitar que se suspenda el cumplimiento de la sentencia, ofreciendo caución para responder por los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella. El monto y la naturaleza de la caución serán fijados por el tribunal en el auto que conceda el recurso, y esta deberá constituirse dentro de los diez días siguientes a la notificación de aquel, so pena de que se declare desierto el recurso.

El tribunal ordenará cancelar la caución en el auto de obediencia a lo resuelto por la Corte, cuando esta haya casado la sentencia. De lo contrario, aquella seguirá res-

pondiendo por los mencionados perjuicios, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia en un mismo incidente. La solicitud deberá formularse dentro de los sesenta días siguientes al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

Corresponderá al magistrado ponente calificar la caución prestada; si la considera suficiente decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la sentencia, y en caso contrario la denegará. En el último evento, el término para suministrar lo necesario con el fin de expedir las copias será de tres días, a partir de la notificación de dicho auto.

El recurrente podrá, al interponer el recurso, limitarlo a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, en cuyo caso podrá solicitar que se ordene el cumplimiento de las demás por el juez de primera instancia, siempre que no sean consecuencia de aquellas y que la otra parte no haya recurrido en casación. Con estas mismas salvedades, si se manifiesta que con el recurso se persigue lograr más de lo concedido en la sentencia del tribunal, podrá pedirse el cumplimiento de lo reconocido en esta. En ambos casos, se deberá suministrar lo necesario para las copias que se requieran para dicho cumplimiento, dentro del término indicado en el primer inciso, so pena de que se niegue este (art. 371).

Comparados los dos extensos textos transcritos, se puede apreciar que prácticamente obedecen a los mismos propósitos, con diferencias en unos puntos de redacción, o sea, más de forma que de fondo, aunque sí se distancian en algunos aspectos, como se expondrá enseguida.

En verdad, los efectos de recurso de casación no son otra cosa que parte de la actuación que hay que agotar en el tribunal superior para que el proceso llegue a la Corte para su trámite y ante la posibilidad de su ejecución plena, en tanto se imponen ciertas cargas que se pueden convertir en trampa para llevar al traste la posibilidad de la impugnación. Si hay conformidad, por la parte vencida, simplemente se agotará la segunda instancia y se enviará luego al juez de instancia el proceso para todo lo que verse con la ejecución. No así si se recurre en casación y se pretende evitar la ejecución de actos que requieran adelantarse o contengan mandatos ejecutables a cumplirse, pues interpuesto el recurso se deberá ordenar por el magistrado sustanciador, en el auto que lo concede, expresamente la expedición de las copias necesarias para su cumplimiento, para lo cual el recurrente deberá cubrir las expensas dentro de los tres días siguientes a la ejecución del auto que las ordene, so pena de que se declare desierto el recurso.

Por cierto, el CGP eliminó el inciso 4.º del art. 371 del CPC, el cual dispone que si el tribunal no ordena las copias y el recurrente las considera necesarias, este deberá solicitar su expedición, para lo cual suministrará lo necesario, y que en caso de no hacerlo se declare desierto el recurso; esto permite advertir que la obligación del magistrado del tribunal de ordenar las copias es pertinente y, por consiguiente, no es necesario que el recurrente, a falta de esa ordenación, solicite la expedición de las copias so pena de la deserción del recurso de casación. Y si el operador judicial no ordena la expedición de las copias el interesado podrá solicitar dicha orden sin la consecuencia de la trampa de la deserción del recurso, en espera de que se conceda.

La posibilidad de la suspensión de la sentencia, que se recurre en casación, está sujeta asimismo a unos supuestos: ofrecer y prestar caución para garantizar el pago de los perjuicios, en tanto el CPC refiere “responder los perjuicios” que la suspensión cause a la otra parte, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante la suspensión. Con el ofrecimiento se le impone al magistrado sustanciador, y en el CPC al tribunal, o sea la sala respectiva, el deber de fijar el monto y la naturaleza de la caución, que debe constituirse dentro de los diez días siguientes a la notificación (no a la ejecutoria), que la calificará, y que de considerarla suficiente dispondrá suspender el cumplimiento de la providencia impugnada, y en caso contrario denegará la suspensión sin consecuencia, como es obvio, en el trámite de la casación, y se podrá ejecutar la sentencia, para lo cual ordenará a cargo del recurrente suministrar lo necesario para la expedición de las copias requeridas para el cumplimiento de la sentencia, dentro de los tres días siguientes a ejecutoria del auto que las ordene. Y como se anotó, si el recurrente no suministra lo necesario para esos efectos, el recurso cae en la trampa de la deserción.

El recurrente, se dijo y se reitera ahora, podrá, al interponer el recurso de casación, limitarlo a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, para lo cual podrá solicitar que se ordene el cumplimiento de las demás por el juez de primera instancia, siempre que no sean consecuencia de aquellas y que la otra parte no haya recurrido en casación.

## **8. Admisión y trámite del recurso. Traslado de la demanda**

Lo dicho contiene la regulación de la casación en la parte que concierne a la actuación ante el tribunal de segunda instancia. Y por eso los estatutos procesales se encargan de consagrar el conjunto de normas que permiten que la Corte pueda abordar el conocimiento de la impugnación. Y la admisión y el trámite se constituyen en eventos determinantes para ese cometido.

El CGP preceptúa:

*Admisión del recurso.* Si la sentencia no está suscrita por el número de magistrados que la ley exige, la Sala ordenará devolver el expediente al tribunal para que se corrija tal deficiencia.

Será inadmisibile el recurso si la providencia no es susceptible de casación, por ausencia delegitimación, por extemporaneidad, o por no haberse pagado las copias necesarias para su cumplimiento, si fuere el caso.

El auto que decida sobre la admisibilidad del recurso será dictado por el magistrado sustanciador y contra él solo procede el recurso de reposición.

La cuantía del interés para recurrir en casación fijada por el tribunal no es susceptible de examen o modificación por la Corte (art. 342).

Por su parte, el CPC dispone:

*Admisión del recurso.* Repartido el expediente, la Sala decidirá sobre la admisibilidad del recurso, y si lo declara inadmisibile, ordenará que se devuelva al tribunal respectivo. No podrá declararse inadmisibile el recurso por razón de la cuantía.

Cuando en virtud del recurso de queja la Corte conceda el de casación, no habrá lugar al trámite previsto en el inciso anterior.

Si la sentencia no está suscrita por todos los magistrados que debieron intervenir en ella, o aparece acordada con un número de votos distinto del exigido por la ley, la Corte, al proveer sobre la admisibilidad del recurso, ordenará la devolución del proceso al tribunal para que se completen las firmas o se dicte de nuevo, según el caso.

La omisión de la firma del secretario no impedirá el trámite del recurso.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará, en lo pertinente, al recurso de casación *per saltum* (art. 372).

Entonces, llegado el expediente a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, procede la obvia actuación: admitir o inadmitir el recurso de casación; claro está que, si se observare que la sentencia no está suscrita por el número de magistrados que la ley exige, la Sala

ordenará devolver el expediente para que el tribunal corrija tal deficiencia, o como dice el CPC, para que proceda como dispone el art. 358.

No será admisible, en los términos del CGP, el recurso de casación: si la sentencia no es susceptible de casación, es decir, que no sea de aquellas que el mismo ordenamiento excluye su procedencia, por ausencia de legitimación, por extemporaneidad o por no haberse pagado las copias necesarias para su cumplimiento, si fuere el caso. Para los dos ordenamientos, el auto que decide la admisibilidad será dictada por el magistrado sustanciador. La inadmisibilidad le corresponde a la Sala de Casación Civil de la Corte. Y agrega el CGP que contra el auto admisorio procede solamente el recurso de reposición, como aspecto novedoso.

Para el CGP la cuantía del interés para recurrir en casación, fijada por el tribunal, no es susceptible de examen o modificación por la Corte, que según voces del CPC, no podrá declararse inadmisibile. Esta norma le imprime fuerza a la decisión del tribunal en la calificación del interés para recurrir en cuanto no le concede a la Corte la posibilidad de apartarse de esa apreciación de segunda instancia y aceptar para trámite el expediente, aunque pueda presentarse manifiesta equivocación del tribunal.

Igualmente, el CGP establece el trámite del recurso:

Admitido el recurso, en el mismo auto se ordenará dar traslado común por treinta (30) días para que los recurrentes presenten las demandas de casación.

Dicho término no se interrumpirá por el cambio de apoderado, ni por su renuncia o la sustitución del poder.

Cuando no se presente oportunamente la demanda, el magistrado sustanciador declarará desierto el recurso (art. 343).

El CPC previene, en la norma modificada por el art. 1.º, numeral 188 del Decreto 2282 de 1989, como trámite del recurso de casación:

Admitido el recurso, en el mismo auto se ordenará dar traslado por treinta días a cada recurrente que tenga distinto apoderado, con entrega del expediente, para que dentro de dicho término formule su demanda de casación. Si ambas partes recurrieron, se tramitará primero el recurso del demandante y luego el del demandado.

El recurrente podrá remitir la demanda a la Corte desde el lugar de su residencia, y se tendrá por presentada en tiempo si llega a la secretaría antes de que venza el término del traslado.



Cuando no se presente en tiempo la demanda, el magistrado ponente declarará desierto el recurso y condenará en costas al recurrente; pero si este retiene el expediente o se produce su pérdida antes de dicha declaración se procederá como disponen los artículos 129 a 131 (130), según fuere el caso. Siendo varios los recurrentes, solo se declarará desierto el recurso del que no presentó oportunamente la demanda.

Presentada en tiempo la demanda, se examinará si reúne los requisitos formales, sin calificar el mérito de los cargos, y en caso negativo se declarará desierto el recurso y ordenará devolver el expediente al tribunal de origen. Si los encuentra cumplidos, dará traslado por quince días a cada opositor que tenga distinto apoderado, con entrega del expediente para que formule su respuesta, o a todos simultáneamente cuando tengan un mismo apoderado.

Expirado el término del traslado al opositor, el expediente pasará al magistrado ponente para que elabore el proyecto de sentencia. Si el opositor retiene el expediente, se procederá como dispone el inciso tercero de este artículo.

La Sala podrá citar a las partes para audiencia en la fecha y hora que señale, una vez que el asunto quede en turno para que el magistrado ponente registre el proyecto de sentencia. Si las partes no concurrieren, se prescindirá de la audiencia y el magistrado ponente les impondrá multas por el valor de cinco salarios mínimos mensuales, a menos que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada prueben fuerza mayor.

Registrado el proyecto o celebrada o fallida la audiencia, se procederá a dictar sentencia (art. 373).

El CGP (art. 343) conserva el plazo de treinta días para el traslado al recurrente, que no se interrumpirá por el cambio de abogado, ni por su renuncia o la sustitución del poder, para que las partes presenten las demandas que trae el CPC (art. 373), pero con ciertas variantes: el traslado es común, o sea que, si son varios los recurrentes, se dará al mismo tiempo traslado a todos y no a cada recurrente que tenga distinto apoderado, como antes. Y esa misma regla se aplicará al traslado de la demanda de casación al opositor para la réplica y que el CGP, en el art. 348, separa del articulado anterior para dejarlo también común de quince días a todos los opositores para que formulen la réplica.

El CGP suprimió la posibilidad del envío de la demanda a la Corte por el recurrente desde el lugar de su residencia, lo que significa una derogatoria de la permisión que trae el CPC.

La no presentación de la demanda oportunamente, es decir, dentro del plazo de treinta días señalados, permite que el magistrado sustanciador declare desierto el recurso.

## 9. Los requisitos de la demanda de casación

El CGP consagra los requisitos de la demanda, que deberá contener:

1. La designación de las partes, una síntesis del proceso, de las pretensiones y de los hechos materia del litigio.
2. La formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa y con sujeción a las siguientes reglas:
  - a) Tratándose de violación directa, el cargo se circunscribirá a la cuestión jurídica, sin comprender ni extenderse a la materia probatoria.

En caso de que la acusación se haga por violación indirecta, no podrán plantearse aspectos fácticos que no fueron debatidos en las instancias.

Cuando se trate de error de derecho, se indicarán las normas probatorias que se consideren violadas, haciendo una explicación sucinta de la manera en que ellas fueron infringidas. Si se invoca un error de hecho manifiesto, se singularizará con precisión y claridad, indicándose en qué consiste y cuáles son en concreto las pruebas sobre las que recae. En todo caso, el recurrente deberá demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia.

- b) Los cargos por las causales tercera y cuarta no podrán recaer sobre apreciaciones probatorias.

Parágrafo primero. Cuando se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, será suficiente señalar cualquier disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

Parágrafo segundo. Cuando se trate de cargos formulados por la causal primera de casación, que contengan distintas acusaciones y la Corte considere que han debido presentarse en forma separada, deberá decidir sobre ellos como si se hubieran invocado en distintos cargos. En el mismo evento, si se formulan acusaciones en distintos

cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto, según corresponda.

Parágrafo tercero. Si se presentan cargos incompatibles, la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, los fundamentos que le sirven de base, la índole de la controversia específica resuelta mediante dicha providencia, la posición procesal adoptada por el recurrente en las instancias y, en general, con cualquier otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante (art. 344).

El CPC estableció, en el artículo 374 modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1.º, numeral 189, los requisitos de la demanda en los siguientes términos:

1. La designación de las partes y de la sentencia impugnada.
2. Una síntesis del proceso y de los hechos, materia del litigio.
3. La formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa. Si se trata de la causal primera, se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas.

Cuando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre. Si la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas, explicando en qué consiste la infracción.

Los requisitos de la demanda se han convertido en otra de las trampas de la casación, puesto que han servido por años para que la Corte adopte posiciones muchas veces discutibles o no comprensibles por los abogados que han criticado el exceso de formalismos y de técnica en la casación. Y precisamente, el CGP trata de establecer unos criterios orientadores para la mejor comprensión de este recurso extraordinario, que con anterioridad el Decreto 2651 de 1991, en cierta parte ya había dispuesto:

*Casación.* Sin perjuicio de lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando

mediante ellas se invoque la infracción de normas de derecho sustancial se observarán las siguientes reglas:

1. Será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.
2. Si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos.
3. Si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto según corresponda.
4. No son admisibles cargos que por su contenido sean entre sí incompatibles. Si se presentan y adolecen de tal efecto, la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación por violación de la ley, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, con los fundamentos que le sirven de base, con la índole de la controversia específica mediante dicha providencia resuelta, con la posición procesal por el recurrente adoptada en instancia y, en general, con cualquiera otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante (art. 51).

Pues bien, los dos primeros numerales del art. 344 corresponden a lo que el CPC ya mostraba, con excepción de la exclusión del señalamiento de la sentencia impugnada que se evidencia en el texto de los requisitos. La no mención, de manera expresa, de la sentencia impugnada, no podrá convertirse en una falta de formalidad de la demanda, por cuanto se considera que se puede hacer en cualquier parte de esta.

No así los restantes aspectos que contienen elementos interesantes e ilustrativos de la casación, no simplemente formales, como quiera que la censura puede estar contenida en un solo cargo o distintos cargos y que cuando esto ocurra se deben formular por separado con la exposición de los fundamentos o razones de cada acusación, en forma clara, precisa y completa, que para el CPC basta que sean en forma clara y precisa. Claro que esto no cambia el rumbo técnico de la demanda de casación, puesto que la restante estipulación impone ese supuesto.

Si la sentencia se acusa por violación directa debe limitarse el enjuiciamiento a la cuestión jurídica, sin extenderse en cuestiones probatorias, por contradecirse la censura. En caso de violación indirecta, en cambio, no dice la norma en qué consiste, pero se ha de entender que las cuestiones fácticas y probatorias son las que entran en la composición de la acusación. Por eso, el art. 344 del CGP, inciso 6.º, reemplazando el inciso 5.º del art. 374 del CPC (art. 1.º, numeral 189 del Decreto 2282 de 1989), consagra:

Cuando se trate de error de derecho, se indicarán las normas probatorias que se consideren violadas, haciendo una explicación sucinta de la manera en que ellas fueron infringidas. Si se invoca un error de hecho manifiesto, se singularizará con precisión y claridad, indicándose en qué consiste y cuáles son en concreto las pruebas sobre las que recae. En todo caso, el recurrente deberá demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia.

Mientras que el CPC, con las modificaciones anotadas, dispone:

Cuando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre. Si la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción (art. 374).

Sea el momento de formular algunas reflexiones sobre lo que se ha entendido por errores en casación, de hecho o de derecho, en la doctrina, comunes en los dos ordenamientos en estudio, determinantes para apreciar con acierto la violación indirecta de la ley sustancial.

El yerro fáctico debe ser manifiesto. No es cualquier clase de error el que le abre paso a una inconformidad en casación. Tiene que ser así, como expresamente califican el CPC y el CGP, pues con la presunción de acierto con que llega el asunto a casación tiene el enfoque de la visión de las apreciaciones soberanas que haga de los hechos y de las pruebas el tribunal y solo cuando son protuberantes, ostensibles, *prima facie*, pueden habilitar su derrumbe; pero no basta con aducirlos o alegarlos, sino que es necesario probarlos, o sea, establecer con precisión la equivocación del fallador de instancia y su trascendencia, que ahora en el CGP se incorpora como un supuesto del error fáctico. Con todo, debe observarse que el nuevo ordenamiento trata del error de hecho manifiesto exigiendo la indicación de en qué consiste este y la demostración del mismo, mientras que el CPC se refiere a la equivocación en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, que haría suponer un enfoque distinto o limitado, pero que no lo es puesto que el error de hecho

manifiesto debe ahora recaer también sobre esos aspectos, en cuanto la apreciación indebida de la demanda o de la contestación de la demanda concierne con hechos. Simplemente, la cuestión es de redacción.

La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del juzgador en el ámbito probatorio o fáctico. No hay, pues, lesión directa de la ley, únicamente, tal como lo regula el art. 368 del CPC; la infracción se advierte cuando proviene de una interpretación errónea de la demanda o de su contestación o de la equivocada o falta de apreciación de las pruebas, bien por un desacierto de hecho, ora de derecho por violación de una norma probatoria.

En la apreciación de la prueba hay dos etapas: una objetiva, en la que el sentenciador contempla el medio de prueba en sí mismo, su contenido, sus perfiles, y otra subjetiva, en que la prueba es puesta en la balanza para su examen dentro de un marco de convicción y firmeza que la misma ley señala.

¿Qué es el error de hecho manifiesto? Surge cuando se da por demostrado un hecho sin que se cuente en el proceso prueba sobre el particular o cuando no se da por acreditado un hecho que se evidencia en el proceso. Por ejemplo, cuando no existe ninguna prueba que pueda apoyar la conclusión de una posesión encaminada a usucapir un predio y el tribunal se fundamenta en unas declaraciones que nada afirman sobre el particular o cuando existiendo unas declaraciones que son contundentes sobre el hecho posesorio se prescinde por completo de su consideración y apreciación. En pocas palabras: por suposición o por preterición de hechos y pruebas. Falencia en su objetividad.

En efecto, el error de hecho consiste, de manera general, en que el sentenciador ha tenido por probado un hecho sin estarlo, o por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que sirve para demostrar que tal hecho existió o que no existió.

Al juez le obliga mantener la fidelidad objetiva que refleja el proceso y cuando desatiende ese criterio de juzgamiento, para desviar así su razonamiento, es cuando cae en el error de hecho.

En esta línea conceptual se puede decir que el error de hecho se presenta:

- a) Cuando se tiene por probado un hecho en virtud de un medio probatorio que no existe en el proceso.

- b) Cuando se tiene por no probado un hecho no obstante existir la prueba que lo acredita.
- c) Cuando se tiene por probado un hecho ignorando un medio probatorio existente en el proceso que acredita que no existió.
- d) Cuando se tiene por probado un hecho en virtud de un medio de prueba que no consta en el proceso.

¿En qué consiste el error de derecho? Tiene la connotación en su estructura: cuando el sentenciador se apoya en una prueba que adolece de inconvenientes para su valoración jurídica, bien porque se le niega valor a una prueba que la ley le confiere, ora se le concede lo que la ley niega, o no interpreta correctamente las normas que regulan todo lo que concierne con la pertinencia y eficacia de los medios probatorios. Por ejemplo: se pretende probar una compraventa de inmueble por documentos privado y el sentenciador la encuadra pertinente y eficaz para demostrar el negocio jurídico, cuando se sabe que la compraventa de inmueble debe constar por escritura pública. O cuando el sentenciador aprecia una prueba irregularmente llevada al proceso o sin los requisitos de ley, como unos testimonios que no se sometieron a las formalidades para su recibo o se trasladan sin fórmula alguna o irregularmente al proceso.

No se habla de error de derecho evidente ni trascendente puesto que el defecto se origina en el mismo evento de su aporte o calificación probatoria, que de ocurrir resulta consecuentemente manifiesto. No tiene que ser trascendente, con las mismas consideraciones del error de hecho, pero en todo caso, influir en la decisión o fundamento del fallo de segunda instancia.

Señálese que la errada apreciación en conjunto de las pruebas, cuando así se formula en el cargo, tiene que acusarse por error de derecho y no de hecho, pues compromete la valoración de las pruebas.

Cuando se trata de error de derecho es necesario que el censor señale las normas de linaje probatoria quebrantada por constituir un requisito de la demanda que guarda relación con la violación que se pretende mostrar.

El error de derecho surge no por preterición de prueba alguna, sino por la desacertada apreciación emanada de la desatención del juzgador de las reglas que gobiernan su eficacia, su ritualidad, su valor; esto es, cuando se aprecia una prueba pero se le da en la sentencia el alcance que la ley le niega o le niega el que la ley reconoce. Se monta este yerro sobre una noción equivocada de la ley probatoria, y se presenta en las siguientes situaciones:

- a) Se aprecian pruebas producidas sin la conformidad con el rito respectivo (peritaje sin posesión, testimonios sin juramento).
- b) Se aprecian pruebas que la ley no admite para demostrar el acto o hecho correspondiente (se exige una escritura y se aprecia con testimonios o confesión).
- c) Se aprecian pruebas allegadas inoportuna e irregularmente al proceso.

Además, el error debe ser trascendente, y ahora así se señala en el CGP (antes admitida por vía jurisprudencial), esto es, debe influir en las conclusiones del fallador puesto que si se observa el yerro pero no tiene implicación o incidencia en las apreciaciones y, por consiguiente, en el quebranto de la norma sustancial que se estima, no puede calificarse la existencia de desatino en la sentencia.

No basta, pues, con estar en presencia de errores de hecho o de derecho para derivar o aceptar la consecuencia de la violación de la norma sustancial; para que una sentencia pueda ser vulnerada o fulminada en casación el error debe conducir al quebranto de los textos legales de manera que trasciendan en la decisión; esto es, advertirse, su incidencia en el fallo. La relación estrecha, por tanto, que debe existir entre el yerro y la norma dejada de aplicar o impertinentemente aplicada, se debe señalar en la censura. Si el error no tiene influencia alguna en la decisión, no puede comprometer las conclusiones del sentenciador y mucho menos prestarse para el quiebre de la sentencia. Determinantes, se insiste, deben ser los desaciertos probatorios en la resolución judicial. Su repercusión también resulta incuestionable. Si el fallador yerra en la apreciación de los medios probatorios, por sí sola esa situación no es suficiente para suprimir la decisión. Es indispensable que de observarse los desaciertos probatorios dentro de su contemplación objetiva o de su eficacia probatoria ello sirva para establecer que las conclusiones adoptadas deben orientarse en forma diferente para permitir la exacta aplicación de la ley sustancial.

En resumen, para superar cualquier fracaso o vicisitud del recurso, y no acercarse a una trampa, con apego en la causal primera de casación, se deben tener en cuenta principalmente estos aspectos:

1. Se debe partir de la soberanía con que cuenta el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas; solo que si de la apreciación resultare agravio a la ley sustancial puede encontrar en casación el escenario conveniente para su rectificación. Igualmente, contar con la presunción de acierto que llega la sentencia para su estudio en casación.



2. Las meras apreciaciones teóricas contenidas en la sentencia, aunque constituyan interpretaciones equivocadas de la ley sustancial, si no conciernen con los hechos o las pruebas o no tienen influjo en la decisión, no pueden servir de apoyo para derrumbar la sentencia.
3. Las máximas de experiencia (las buenas costumbres, la buena fe, la equidad, etc.), se deben acusar en casación con estribo en el error de hecho en que pudo incurrir el sentenciador, pues solo por preterición o suposición de las pruebas se puede llegar al quebranto de alguna de las máximas de experiencia. La violación directa, entonces, no es de recibo, en esa circunstancia, por faltarle el elemento que permita evidenciar la equivocación del sentenciador.
4. Se debe indicar, en el cargo, la clase de error, y al mismo tiempo singularizar las pruebas que llevaron al desacierto del fallador, con demostración de su incidencia. Si se trata de error de hecho, mostrar su evidencia y no una simple confrontación o apreciación distinta a la tenida en cuenta por el sentenciador.
5. No se puede, en el mismo cargo, denunciar al tiempo una prueba por las dos clases de errores, de hecho y de derecho.
6. Se deben indicar los pasajes de la sentencia donde se presenta el error, por tanto, no cabe el reparo general.
7. Si se trata de error de derecho se debe señalar la norma de linaje probatorio, de producción y eficacia, que resulte infringida.
8. Se debe indicar la norma sustancial que haya entrado en la composición del sentenciador, sin que se requiera que se citen todas, proposición jurídica completa como anteriormente se exigía. Como lo ha organizado la Ley 1563, será suficiente señalar cualquier disposición sustancial que constituya base esencial del fallo que se impugna.
9. No es dable proponer medio nuevo en casación, o sea hechos o consideraciones que no se plantearon en las instancias. Sin embargo, se puede combatir la sentencia por la vía directa con prescindencia de cualquier elemento fáctico por razones o argumentos de estricto derecho o de orden público; y hasta se puede pensar ahora la viabilidad del planteamiento de un medio nuevo cuando ocurre la violación de derechos fundamentales, como fin propuesto en la ley de reforma de la ley estatutaria. No es medio nuevo cuando el sentenciador ha considerado oficiosamente una cuestión que debe resolverse.

Anótese que el CGP acogió la doctrina de la Corte sobre la mencionada figura del medio nuevo en cuanto no se aceptaba, como posibilidad de construir una acusación consistente, que un asunto no debatido en las instancias por cuestiones fácticas pudiera plantearse en casación por violación indirecta. Dice el nuevo ordenamiento: “En caso de que la acusación se haga por violación indirecta, no podrán plantearse aspectos fácticos que no fueron debatidos en las instancias”.

En efecto, los tres párrafos transcritos del art. 344 del CGP están sin duda inspirados en el Decreto 2651 de 1991, con variantes en la redacción, con aspectos destacables, cercanos a una labor pedagógica, y tal vez para evitar mayores trampas que se puedan presentar se acaba la exigencia de la proposición jurídica completa (necesidad de acusar todas las normas que resultaban violadas), al permitir el párrafo 1 del CGP que, cuando se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, sea suficiente señalar cualquier disposición de esa naturaleza, que, constituyendo base esencial del fallo recurrido o habiendo debido serlo, haya sido violada en sentir del impugnante.

10. No es pertinente acusar la sentencia por el concepto de interpretación errónea y descender al mismo tiempo en el análisis del fallo con reparo o reproche en factores de hecho o de prueba. Y si bien en la casación civil se suprimió el concepto de violación, no le es dable al censor, en el desarrollo de un cargo, incurrir en contradicciones en la presentación de la violación.
11. Las causales de casación de inconsonancia y de violación del principio de la *reformatio in pejus*, no podrán apoyarse o recaer en apreciaciones probatorias, y si el recurrente acude a incorporar estos elementos en la acusación podrá caer en la trampa de que el cargo se rechace, puesto que el CGP, en un exceso de estipulación, introdujo esas circunstancias como una expresa prohibición cuando es sabido que las cuestiones en casación por errores de procedimiento no requieren enjuiciarse por razones de apreciación probatoria.
12. Dice el párrafo 2 del art. 344 del CGP que cuando se trate de cargos formulados por la causal primera, que contengan distintas acusaciones que han debido presentarse en forma separada, la Corte deberá decidir sobre ellos como si se hubieran invocado en distintos cargos; o cuando se formulen acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto, según corresponda.

El párrafo 3 del art. 344 del CGP se aparta del texto correspondiente del CPC, en cuanto a los cargos incompatibles que permiten que la Corte tome en consideración los fines que,

a su juicio, guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, los fundamentos que le sirven de base, la índole de la controversia específica resuelta mediante dicha providencia, la posición adoptada por el recurrente y, en general, con cualquiera circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante. Entiéndase que el CGP concede a la Corte la posibilidad de rechazar la acusación en presencia de cargos incompatibles, sin la mención expresa de la inadmisión de los cargos que por su contenido lo sean, como señala el Decreto 2251 de 1991.

## **10. Extemporaneidad de la demanda e inadmisión de la demanda de casación**

Tanto la extemporaneidad de la demanda como la inadmisibilidad del CGP están previstas en el trámite del recurso de casación del CPC.

El art.345 trata la extemporaneidad de la demanda, que conduce a la deserción del recurso, así: “Cuando no se presente en tiempo la demanda, el magistrado declarará desierto el recurso y condenará en costas al recurrente. Siendo varios los recurrentes, la deserción del recurso solo afectará a quien no presentó oportunamente la demanda”.

Y en cuanto a la inadmisibilidad:

La demanda de casación será inadmisibile en los siguientes casos:

1. Cuando no reúna los requisitos formales.
2. Cuando en la demandase planteen cuestiones de hecho o de derecho que no fueron invocadas en las instancias.

A la Sala de Casación Civil le compete dictar el auto que inadmite la demanda. Contra este auto no procede recurso (art. 346).

La extemporaneidad, esto es, la no presentación en tiempo de la demanda ante la Corte, trae como consecuencia la declaratoria de deserción del recurso, que será a cargo del magistrado sustanciador o ponente, con costas a cargo del recurrente. Y si son varios los recurrentes, la declaratoria solo afectará al que no presentó oportunamente.

El art. 346 del CGP eliminó la parte correspondiente de la norma del CPC en lo que atañe ala retención del expediente, pues como ya se expuso, el traslado para las partes ahora se hace en Secretaría de la Sala de Casación Civil y sin entrega del expediente.

Como precisión de la inadmisión de la demanda, que corresponde a la Sala de Casación Civil y sin que proceda recurso alguno, el art. 346 transcrito del CGP plantea dos eventos, correspondiendo uno a lo establecido en el CPC, que atañe cuando la demanda no reúna los requisitos formales, y otro como novedoso: “2. Cuando en la demanda se planteen cuestiones de hecho o de derecho que no fueron invocadas en las instancias”, constituyendo esto último un importante aporte para agilizar la actuación de la Corte, puesto que invocar medio nuevo lleva al traste final la acusación con la inadmisión; si la demanda se contrae solo a esa clase de denuncia, o sea, si son varios los cargos, los restantes, que no adolezcan de ese defecto, deberán ser tramitados o estudiados.

No obstante el art. 373 del CPC, reformado por el Decreto 2282 de 1989, dispuso que la demanda de casación que no reuniera los requisitos formales daba motivo para declarar desierto el recurso, lo cierto es que no se aplicaba ese precepto, pues la Corte, con todo, dejaba para resolver ese punto al momento de proferir la sentencia de casación. Ahora, con la expresa orden de que se debe inadmitir la demanda cuando ocurra esa circunstancia, ofrece la indiscutible ventaja de no tener que esperar tiempo alguno para adoptar un remedio rápido, como resulta de la norma sobre el particular. Similar conclusión, al otro evento de inadmisión, esto es, cuando se esté en presencia de un medio nuevo.

Además, como se comentará a continuación, existen otras causales de inadmisión, y son las previstas en el art. 347 del CGP.

## 11. Selección en el trámite del recurso de casación

Indiscutiblemente, el artículo del CGP titulado “Selección en el trámite del recurso de casación”, se convierte en una verdadera novedad y en un inmenso motivo de trampa, en su proyección, sin antecedentes en los ordenamientos anteriores:

*La Sala*, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:

1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido
2. Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.

3. Cuando no es evidente la transgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente (art. 347).

Sin duda esta norma resulta de particular relevancia, pues incluye unos eventos que conducen a la inadmisión de la demanda y, por ende, a la terminación del trámite del recurso de casación de manera anticipada, sin tener que esperar toda la actuación casacional.

Entonces, no basta que la demanda sea vista alrededor de los requisitos de forma, pues ese precepto obliga que se examinen aspectos de fondo como la identidad esencial del caso con la jurisprudencia reiterada, salvo que expresamente el recurrente pretenda un cambio de jurisprudencia. O cuando los errores procesales que se denuncia no existen o fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento. O, por último, no sea evidente la transgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente.

Como anota el profesor Ballén, en trabajo inédito sobre un cotejo de legislación respecto del recurso de casación, con la inmensa autoridad que le asiste:

Observo aquí, y así lo apunto no sin temor de errar en semejante interpretación, que la facultad que a la Corte le atribuye el artículo 346 del Código General del Proceso y que la reitera en el texto 347, siguiente, la que como ya lo he expresado consiste en rechazar anticipadamente, inadmitiéndolas por su elaboración con evidentes fallas técnicas y no meramente formales, las demandas defectuosas, a mi entender, constituyen la más importante y novedosa reforma legal para el trámite del recurso de casación: muy plausible por su etiología finalista. No parece razonable, en verdad, llevar hasta su meta última el proceso en el que se ha emitido la sentencia impugnada, una demanda de casación que por su estructuración errónea no va a conducir eficazmente a alcanzar el fin prístino que a ese recurso extraordinario se le asigna: quebrar o fulminar fallos violatorios del derecho positivo (s. f.).

Claro está que en los casos de inadmisión, se exigirá de la Corte el máximo escrúpulo y sumo cuidado en la labor de precisar el acontecimiento que da motivo a la inadmisión, de suerte que no se sacrifique el derecho del recurrente y se cumplan con los fines de la casación.

## **12. Traslado de la demanda al opositor**

El CGP dispone sobre el traslado de la demanda:

Admitida la demanda de casación, se dará traslado común de ella por quince (15) días a todos los opositores para que formulen la réplica respectiva. Expirado el término del traslado, el expediente pasará al magistrado para que elabore el proyecto de sentencia (art. 348).

Como puede apreciarse, el traslado al opositor es por quince días, que de ser varios los opositores será común para que formulen su réplica y no como antes, que dicho término se le concedía a cada opositor. Además se mantendrá el expediente en secretaría para todos los efectos del traslado, pues no se concede esa posibilidad al opositor de retirarlo, como anteriormente se permitía.

De ese modo, el art. 348 del CGP simplificó el traslado a la parte contraria, en relación con lo dispuesto en el CPC en su art. 373, modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1.º, numeral 188, pues este ordenamiento, en cuanto al traslado para la réplica, no es común a todos los opositores, sino por el término de quince días a cada opositor que tuviera distinto apoderado, con la entrega del expediente para que formule la respuesta, o a todos simultáneamente cuando tengan un mismo apoderado. Y este último artículo dispone que la Sala podrá citar para audiencia en la fecha y hora que señale, una vez que el asunto quede en turno para que el magistrado elabore el proyecto de sentencia. Si las partes no concurren, se prescindirá de la audiencia y el magistrado ponente les impondrá multas por el valor de cinco salarios mínimos mensuales, a menos que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada prueben fuerza mayor.

### **13. La sentencia de casación**

El CGP consagra el punto de la sentencia:

Una vez elaborado el proyecto de sentencia la Sala podrá fijar audiencia si lo juzga necesario. La audiencia se realizará bajo la dirección efectiva del presidente de la Sala, quien podrá limitar las intervenciones de las partes a lo que sea estrictamente necesario. Los magistrados podrán interrogar a los abogados sobre los fundamentos de la acusación contra la sentencia. En la misma audiencia la Sala podrá dictar la sentencia si lo estima pertinente.

En la sentencia, la Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente. Si prospera la causal cuarta del artículo 336, dispondrá que según el momento en que ocurrió el vicio la autoridad competente rehaga la actuación anulada; si se acoge cualquiera otra de las causales, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla. Cuando prospere un cargo que solo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, procederá el estudio de las demás acusaciones.

Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria.

Si no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de que la demanda de casación haya suscitado una rectificación doctrinaria (art. 349).

De igual manera, el art. 375, modificado por el art.1.º, numeral 190, del Decreto 2282 de 1989, en relación con la actuación referida a la sentencia, dispone:

La Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente, y si hallare procedente alguna de las previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 368, casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla. Cuando prospere un cargo que solo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, habrá lugar al estudio de los demás.

Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario.

Si la causal que prospera es la consagrada en el numeral 5 del artículo 368, la Sala decretará la nulidad y ordenará remitir el expediente al tribunal, para que este, o el juzgado, según el caso, procedan a renovar la actuación anulada.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria.

Si no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de rectificación doctrinaria (CPC).

Estos preceptos corresponden a la etapa de trámite, direccionada hacia la sentencia que debe proferir la Corte. El inciso 1.º del art. 349 corresponde al inciso final del art. 373 del CPC, con unas adiciones: la conducción de la audiencia será del presidente de la Sala y no del sustanciador, y los magistrados podrán interrogar a los abogados sobre los fundamentos de la acusación contra la sentencia.

El inciso 2.º señala las pautas a seguir en la presentación de la sentencia, para lo cual examinará, en orden lógico, no necesariamente el presentado por el recurrente, por lo que se

deberán estudiar primero las impugnaciones por defectos *in procedendo* y luego los cargos por vicios *in iudicando*. Si prospera la causal quinta, y no cuarta de nulidad, como equivocadamente remite el art. 349, la Corte dispondrá que, según el momento en que incurrió el vicio (tribunal o juzgado), la autoridad competente rehaga la actuación anulada. Si se acoge cualquiera otra causal, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la de reemplazo. Y si prospera parte de un cargo, la Corte debe estudiar las restantes acusaciones.

Los restantes incisos son de similares alcances: poder la Corte decretar pruebas cuando asume la sede de instancia; la errónea motivación de la sentencia recurrida no es causa para casar la sentencia si la parte resolutive se ajusta a derecho, pero se hará la correspondiente rectificación doctrinaria. Si no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo que la demanda haya suscitado una rectificación doctrinaria.

#### **14. Ineficacia del cumplimiento de la sentencia recurrida**

El art. 350 del CGP trata la ineficacia del cumplimiento de la sentencia recurrida así: “Cuando la Corte case una sentencia que ya fue cumplida, declarará sin efectos los actos realizados con tal fin, y dispondrá cuanto sea necesario para que no subsista ninguna consecuencia derivada de la sentencia casada”.

Y el CPC, respecto de la ineficacia del cumplimiento de la sentencia recurrida, dispone:

Quando la Corte case una sentencia que tuvo cumplimiento, declarará sin efectos los actos procesales realizados con tal fin, y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las demás medidas a que hubiere lugar (art. 376).

Son textos similares, los incorporados en el CPC y en el CGP, con pequeñas variables de redacción que apuntan a fijar los alcances de la sentencia en que se case o aniquile la del tribunal que haya tenido cumplimiento o fue cumplida, en cuanto la Corte debe disponer dejar sin efectos los actos realizados con tal fin y se proceda a lo que sea necesario para que no subsista ninguna consecuencia de la sentencia casada o las restituciones correspondientes con la adopción de las medidas a que hubiere lugar, como dicen los dos ordenamientos.

#### **15. Acumulación de fallos**

El art. 351 del CGP trae una norma nueva que titula “acumulación de fallos”: “A juicio de la Sala de Casación, podrán acumularse y ser decididos en una misma sentencia varios asuntos. De ello se dejará constancia en la respectiva sentencia, cuyo texto será incorporado en cada uno de los procesos”.



Tal vez este novedoso precepto tenga la perspectiva loable de permitir que, mediante un mecanismo de acumulación de estudio de varios asuntos, la Sala Civil decida varios procesos al mismo tiempo. Sin embargo, resulta compleja esta propuesta normativa, o, mejor, no resulta fácil la actuación uniforme y simultánea que pueda adelantarla Corte porque la coincidencia que pueda ocurrir en diferentes procesos no descarta una aplicación difícil, por la manera como se exterioricen los cargos de las partes en su formulación. Y como sostiene, con su inmenso conocimiento y extraordinaria experiencia en materia de casación, el profesor Humberto Murcia Ballén (inédito) en el trabajo citado:

Consiste tal instituto procesal nuevo, según la ley ante citada, en la facultad, que no en obligación, que se le atribuye a la Corte de proferir una sola sentencia para desatar con ellas “varios asuntos”, incorporando en cada uno de esos recursos que integran la pluralidad el fallo de la unicidad, de lo cual tiene que dejarse constancia en la respectiva sentencia [...]. Mas a mi juicio, si bien se trata de una reforma que se presenta como benéfica por su etiología y finalidad intrínseca, no deja de ofrecer alguna peligrosidad o inconveniencia dada la variedad de facetas que pueden ofrecer los procesos, así en ellos se controviertan cuestiones semejantes, lo que torna en difícil y dudosa su recta aplicación por no ajustarse plenamente a la justicia del caso, o de ella se hace abusivo ejercicio pretextando la totalidad de identidad de los recursos acumulados, cuando en verdad entre el uno y los otros pueden existir algunas disimilitudes [...]

Sin hesitación, el cuidado y certeza que habrá de tenerse en la aplicación de la acumulación de varios asuntos, para decidirse en una misma sentencia, porque en verdad no se muestra fácil, en la práctica, encontrar los factores de coincidencia que hagan viable la acumulación, ante el imperio de los fines de la casación. No puede inspirar un principio de celeridad o descongestión para su aplicación, sino de cumplimiento de administración de justicia. No se puede convertir en una verdadera trampa de la casación.

## **16. Aspectos puntuales a tener en cuenta para no caer en las trampas de la casación**

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, el recurso de casación, más allá del misterio que se le quiere rodear, está lleno de términos y requisitos que se deben cumplir para evitar el fracaso de la impugnación extraordinaria, sin entrar al fondo del asunto. Y cuando eso ocurre se cae en lo que se trata de calificar de trampa, no de engaño.

*Interposición de recurso:* dentro de los cinco días siguientes a la notificación (no a la ejecutoria) de la sentencia del tribunal; y si se pide adición, corrección o aclaración, a partir del

día siguiente al de la notificación de la providencia que decide sobre el particular. Si no se interpone el recurso en dicho término, el magistrado sustanciador del tribunal lo rechazará o no lo concederá; pero, si con todo es concedido y así llega a la Corte, el magistrado sustanciador que le corresponda por reparto conocer del recurso, lo declarará improcedente.

*Concesión del recurso:* por el magistrado sustanciador del Tribunal Superior, cuando se cumplen las condiciones y requisitos para la impugnación, ordenando el envío del expediente a la Corte (arts. 340 y 341 del CGP). No impide que la sentencia se cumpla.

No se concede el recurso de casación a la parte que no apeló y la sentencia del tribunal es confirmatoria. Y si, por el contrario, es concedido en la Corte, a través del magistrado sustanciador se dispondrá su improcedencia.

*Devolución del expediente* (art. 342 del CGP): cuando la sentencia no esté suscrita por todos los magistrados de la Sala del tribunal, se ordenará su devolución para que se corrija el defecto, sin que esto suponga rechazo del recurso.

*Inadmisión por la Corte en Sala, causales:* ausencia de legitimación; extemporaneidad de la demanda; no pago de las expensas (art. 342 del CGP). Cuando no reúna los requisitos formales o se planteen cuestiones de hecho o derecho que no fueron invocadas en las instancias —medios nuevos— (art. 346 del CGP). En los casos comentados del art. 347 del CGP: exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar el sentido; los errores procesales aducidos no existen, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento; no es evidente la transgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente.

*Deserción:* cuando no se cubran las expensas para las copias, encaminadas al cumplimiento de la sentencia, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que las ordene (art. 341 del CGP) o cuando no se presente oportunamente la demanda de casación: después de los treinta días de traslado (art. 343 del CGP) o cuando fuere admitida por el tribunal, habiéndose presentado fuera del término el recurso de casación o cuando el recurrente no presta la caución ordenada por el tribunal o es insuficiente, se ordenará la expedición de las copias para la ejecución de la sentencia, y si no suministra lo necesario el recurso se declara desierto, bien por el tribunal o por la Corte, si el expediente llega con esa situación.

*Caución:* para suspender el cumplimiento de sentencia y garantizar pago de los perjuicios (art. 341); constituirse dentro de los diez días a la notificación del auto que fija la caución.

Ajustar el escrito de casación, con rigor, a los requisitos de la demanda, para su estudio y decisión, so pena de la improsperidad o denegación del cargo, aunque en derecho pueda asistir razón o fundamento al recurrente.

Bogotá D.C., septiembre de 2013

## **Referencias**

Colombia, Código de Procedimiento Civil. Ley 1564 de 2012.

Murcia Ballén, H. *Cotejo de legislación respecto del recurso de casación* (trabajo inédito).

# Nulidades procesales en el Código General del Proceso<sup>121</sup>

Iván Javier Serrano Merchán\*

Los procesos judiciales, igual que la vida, tienen momentos en los que se cometen errores; pero, a diferencia de lo que sucede con la vida, en los procesos existen unas herramientas que permiten enmendar los yerros en los que en ellos se hubieren cometido. Así, se tiene a mano desde las causales de inadmisión con las cuales el juez puede señalar los errores formales de la demanda, hasta los recursos que permiten identificar los eventuales defectos que pueden estar incluidos en las providencias dictadas por los jueces.

---

\* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico Procesales. Ex-funcionario de la Rama Judicial y Ex-Director de Procesos Judiciales del Banco de Occidente. Actualmente Subdirector de Representación Judicial en la Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>121</sup> Por tratarse quizá de la norma que más va a ser citada a lo largo de esta ponencia, se considera necesaria su transcripción. “Artículo 133. *Causales de nulidad*. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.
6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.
7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

Tal vez una de las principales herramientas para enmendar los yerros judiciales y de las partes, y que es la que interesa para esta ponencia, son las nulidades procesales.

El profesor Hernando Morales Molina señaló<sup>122</sup> que la naturaleza de las nulidades procesales, de origen francés, implican que “ninguna diligencia y acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley”, en contraposición a las instituciones alemanas, que le permiten al juez adoptar las medidas que sean necesarias para “juzgar con más acierto y guardar las garantías debidas a las partes en el juicio”.

En Colombia, si bien se ha mantenido la taxatividad de las causales que anulan total o parcialmente un proceso judicial, siguiendo los postulados franceses, lo cierto es que a partir de la Constitución Política de 1991 y particularmente con los desarrollos del art. 29,<sup>123</sup> se ha pensado de nuevo en los alcances y naturaleza de las anulaciones.

Una nulidad procesal no es sino el quebranto del derecho al debido proceso, sea porque el juez que está conociendo el asunto de nuestro interés no es quien debería hacerlo, y en tal caso podremos decir, por ejemplo, que él carece de jurisdicción o no tiene competencia, o porque rompe las formas propias del juicio, como cuando se practica de forma irregular la notificación del demandado. De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional:

---

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citada.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

<sup>122</sup> Morales (1965).

<sup>123</sup> “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador —y excepcionalmente el constituyente— les ha atribuido la consecuencia —sanción— de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso (sent. T-125 de 2010).

Dicho lo anterior, es necesario aclarar que existen dos tipos de nulidades en derecho: las nulidades sustanciales, y las que son de naturaleza procesal. Aunque ambas categorías corresponden a la naturaleza de nulidades, sus orígenes, tratamiento y efectos son completamente distintos.

Las nulidades sustanciales son las que se encuentran en los negocios jurídicos, en casos en los que hay irregularidades en la capacidad o el consentimiento de las partes, o porque tales negocios jurídicos tienen un objeto o una causa que no son lícitos, según las categorías del Código Civil. También se presentará cuando no se observan normas imperativas, tal como lo señala el Código de Comercio. Las nulidades sustanciales requieren pronunciamiento judicial.

Las nulidades procesales pueden surgir, por ejemplo, cuando acudimos ante un juez para que él se pronuncie sobre la existencia de una nulidad sustancial y sus efectos, derivados de un anómalo negocio jurídico. En el curso de ese proceso judicial se pueden cometer errores que producen su nulidad total o parcial, tal como se verá más adelante. Esas irregularidades son de naturaleza procesal y tienen un origen, un tratamiento y unos efectos diferentes.

## **1. Nulidades en la Constitución y debido proceso**

Aunque en materia procesal las causales de anulación están reguladas por la ley, lo cierto es que no hay modo de separarse de lo señalado por el art. 29 de la Constitución Política para entender la necesidad de las nulidades, porque esa norma superior contiene en sí misma la primera causa de nulidad, aunque referida a la prueba que haya sido obtenida con violación del debido proceso.

El art. 29 de la Constitución Política es tal vez uno de los más completos y mejor redactados de la Carta Política. En él se encuentra la historia resumida del derecho procesal moderno: juez natural; no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes; doble instancia; favorabilidad en materia sancionatoria; presunción de inocencia; derecho a la defensa; proceso rápido; debido proceso probatorio, y derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Además, la citada norma incluye, como quedó dicho, una causal de nulidad consistente en que es nula “de pleno derecho” la prueba obtenida con violación del debido proceso, reflejada en la parte final del art. 14 del Código General del Proceso (CGP). Cuando el constituyente de 1991 señaló que la consecuencia de recaudar o practicar una prueba con violación del derecho al debido proceso genera la nulidad de esa prueba “de pleno derecho” quiso decir que no se requiere declaración judicial para tener dicha prueba por excluida del mundo jurídico. Así, por ejemplo, la confesión obtenida a partir de tortura o con el quebrantamiento de la facultad que tiene toda persona de no declarar en contra de sí misma, o el testimonio recaudado con vulneración del derecho a la intimidad, no podrán ser tenidas en cuenta por un juez, ni por alguna autoridad administrativa, porque el debido proceso se aplica indistintamente en ambos espectros.

Del mismo modo, al encontrarse el juez sometido al imperio de la ley y de la misma Constitución, y al ser esta la norma de normas, toda la actuación que se desarrolle dentro de un proceso judicial, además de estar necesariamente guiada por las normas existentes al momento de los hechos que van a ser objeto de juzgamiento, requerirán de la conducta de los sujetos procesales atada a tales lineamientos.

## **2. Diferencias principales entre las nulidades del Código General del Proceso y las del Código de Procedimiento Civil**

En la época transicional en la que se realiza esta ponencia no puede explicarse la nueva normatividad, sino en cuanto sea comparada, así sea tangencialmente, con aquella que le antecede, porque ello permite también entender cuál es o pudo ser la causa de las modificaciones. Esto, porque la realidad siempre estará antes que las variaciones legislativas.

Una de las principales funciones de la academia debe ser la de servir de caja de resonancia para resaltar todas aquellas conductas que deben ser indudablemente evitadas, si lo que pretendemos es convivir en una sociedad más justa. Y dentro de tales conductas, la primera que merece ser mencionada es la que corresponde a la injustificada dilación o dilatación de los procesos, esto es, las conductas de los litigantes directa y reflexivamente encaminadas a perturbar el buen desarrollo de un proceso judicial para ganar tiempo, o simplemente, para “cansar” a su contraparte. Por ello, con buena intención el legislador introdujo algunas modificaciones a las causales de nulidad procesal y su tratamiento, porque en lugar de ser utilizadas como herramientas para enmendar yerros procesales, llegaron a ser utilizadas como mecanismo de dilación del proceso. A manera de ejemplo, debe decirse que antes de la Ley 794 las nulidades derivadas de la irregular notificación de las partes conducían en algunos casos a la extinción de los derechos debatidos judicialmente por el simple paso

del tiempo, ya que se configuraba la prescripción o la caducidad de las acciones, luego de haberse desgastado la jurisdicción por algunos años.

Es necesario que el mensaje se envíe de forma clara: no se trata de inobservar los derechos procesales; se trata, por el contrario, de preservar las formas, pero no desatender que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos sustanciales. Tales procedimientos no pueden convertirse en la vía que nos lleve al sacrificio de los derechos sustanciales.

Sucedía antaño que una persona decidía demandar a otra, en ejercicio libre de su derecho de acción, creyendo además estar acompañado de su derecho de pretensión, es decir, del convencimiento de poder salir victorioso en una decisión judicial, para reclamar un derecho, exigir el cumplimiento de una obligación, conseguir una declaración a su favor, o constituir una situación jurídica específica. Sin embargo, se presenciaban circunstancias extremas, tales como las dificultades en la notificación, que derivaban en el señalamiento de errores (existentes e inexistentes), que conducían a la anulación de lo actuado. Para explicar de mejor forma esta situación, cabe un ejemplo:

En un hipotético proceso judicial el demandante reclamaba ante los jueces el pago de una suma de dinero que el deudor demandado se había obligado a pagar dos años atrás. El deudor manifestó su obligación de pagar a través de la suscripción de un pagaré. El demandante inició su actuación judicial y para conseguir la notificación de su deudor dijo desde la demanda que el demandado era de apellido Gonzáles; así, terminado con letra ese (s). Ese deudor, ahora demandado, advertía esa situación y alegaba en el proceso, al cabo de ocho meses de desgastantes diligencias de notificación que su apellido era González, terminado con letra zeta (z). Ello podía también ser advertido por el juez e incluso por su superior en la consulta aplicable para ese tipo de procesos hace varios años. El resultado era la anulación parcial del proceso, a partir de la notificación de Gonzáles, para que se procediera a notificar a González. Si se llegaba a repetir el desgaste y la pérdida de tiempo en el trámite de las notificaciones judiciales, perfectamente se cumplían los tres años, contados desde el vencimiento de la obligación contenida en el pagaré. Esto significaba que por una situación que no guardaba relación con la existencia, validez y eficacia de la obligación que se pretendía cobrar, desaparecía el derecho del acreedor para reclamar judicialmente el cumplimiento de ella. Cada lector podrá darle a la situación anómala la importancia que ella se merece y establecer si la diferencia entre la “s” y la “z” puede llegar a prevalecer sobre la honra de la palabra empeñada.

El llamado, por lo tanto, es en primer lugar a que se evite por parte de los sujetos del proceso incurrir en errores que pueden llegar a ser costosos; habiéndose producido ellos,



utilizar las herramientas legalmente dispuestas para enmendarlos, sin que ello signifique el sacrificio de los derechos; y por último, que los jueces ejerzan cabalmente sus funciones y controlen el buen desarrollo de las actividades que están bajo su dirección, para que no sean sacrificados los derechos del demandante, ni del demandado.

Dicho lo anterior, se hace necesario puntualizar las principales diferencias entre las nulidades como fueron concebidas por el Código de Procedimiento Civil (CPC) y la misma institución tratada por el CGP.

La primera gran diferencia parte de la principal semejanza. Paradójicamente los arts. 140 del CPC y 133 del CGP comienzan por decir al unísono que “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos [...]”, con apenas unas diferencias en la utilización de signos de puntuación.<sup>124</sup>

En ambos casos el llamado es a la taxatividad. Esto es, que las causas que pueden anular total o parcialmente un proceso son aquellas y solo aquellas que se encuentren indicadas en el listado diseñado por el legislador.

Sin embargo, decíamos que la primera diferencia detectable paradójicamente provenía de la principal semejanza entre ambos artículos, porque en el CGP se encuentran causales de nulidad que van más allá del catálogo de causales contenidas en el art. 133, o que quedarán en manos del intérprete para adecuarlas o ajustarlas en una de ellas.

Así, por ejemplo, es causal de nulidad parcial de lo actuado la ausencia del juez o del magistrado en la audiencia que deba ser presidida por él,<sup>125</sup> según lo señalado en el numeral primero del art. 107 del CGP, sin que se encuentre con suficiente claridad una situación en la cual pueda acoplarse esa conducta de omisión en alguna de las causales señaladas por el art. 133 del CGP.

Y también el curso del tiempo genera una situación de nulidad, por lo que puede interpretarse como una sobreviniente falta de competencia;<sup>126</sup> sin embargo, hay que aclarar que también

---

<sup>124</sup> El art. 140 del CPC comienza con la frase: “El proceso es nulo en todo o en parte solamente en los siguientes casos”; el art. 133 del CGP dice en su comienzo: “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos”.

<sup>125</sup> El art. 107-1 del CGP señala, en relación con las reglas que imperan para las audiencias y diligencias, que “toda audiencia será presidida por el juez, y en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación”.

<sup>126</sup> Artículo 121 del Código General del Proceso. “*Duración del proceso.* Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte

paradójicamente la falta de competencia en sí misma no es ahora causal de nulidad, sino cuando el juez actúa después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia, situación que el legislador quiso enmendar diciendo que esa nulidad por el paso del tiempo opera de pleno derecho. Y no necesariamente lo que se haga después de perderse competencia genera la nulidad, por ejemplo, cuando se trata de la alteración de la competencia (art. 27 del CGP).

Otra paradoja que puede presentarse en el actual proceso tiene que ver con la figura mencionada en el CGP, cuando se señala:

Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso. Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia (art. 121).

No dice el código que la explicación para prórroga se deba hacer antes de cumplirse el término señalado, aunque la interpretación lógica, gramatical y sistemática conduce a establecer que debe ser antes, ya que no puede prorrogarse algo que ya se acabó. En fin, dentro del mundo de las posibilidades bien puede un hipotético juez hacer su explicación de

---

demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal. Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por razones de congestión, podrá previamente indicar a los jueces de determinados municipios o circuitos judiciales que la remisión de expedientes deba efectuarse al propio Consejo Superior de la Judicatura, o a un juez determinado. Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará al juez que designe la sala de gobierno del tribunal superior respectivo. Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso. Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia. Para la observancia de los términos señalados en el presente artículo, el juez o magistrado ejercerá los poderes de ordenación e instrucción, disciplinarios y correccionales establecidos en la ley. El vencimiento de los términos a que se refiere este artículo deberá ser tenido en cuenta como criterio obligatorio de calificación de desempeño de los distintos funcionarios judiciales.

Parágrafo. Lo previsto en este artículo también se aplicará a las autoridades administrativas cuando ejerzan funciones jurisdiccionales. Cuando la autoridad administrativa pierda competencia, deberá remitirlo inmediatamente a la autoridad judicial desplazada”.

prórroga el último día del plazo o al día siguiente, mediante un auto que no admite recurso alguno. Lo que haga ese hipotético juez después de perder competencia es nulo de pleno derecho, pero nadie podrá invocar esa situación porque contra esa decisión no proceden recursos, y quedarían las partes atadas a la causal primera del art. 133 del CGP para que se anule lo posterior, siempre que el juez admita que ha perdido competencia por la razón explicada. De no hacerlo, creemos que solo quedaría la vía del amparo constitucional para enmendar esa situación.

### 3. Taxatividad de las causales de nulidad

La Corte Constitucional, sobre la taxatividad de las causales de nulidad, en vigencia plena de la sentencia del CPC, señaló:

La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer lugar, de la naturaleza taxativa de las nulidades se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo lugar, el juez solo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso. Es por ello que en reiteradas oportunidades tanto esta Corte, como el Consejo de Estado, han revocado autos que declaran nulidades con fundamento en causales no previstas expresamente por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 29 de la Constitución (sentencia T-125 de 2010).

Con todo, esa taxatividad no debe entenderse como exhaustividad. La correcta interpretación del carácter taxativo de las causales de nulidad procesal en el CGP no debe estar dirigida a entender que solo las contenidas en el catálogo establecido por el art. 133 del mencionado ordenamiento son las que pueden generar la anulación total o parcial de lo actuado, porque como quedó indicado, en el mismo ordenamiento existen al menos dos causales diferentes, igualmente aplicables y también válidas, derivadas del paso del tiempo o de la ausencia del juez en la audiencia.

### 4. Artículo 372-8 del Código General del Proceso

Lo deseable en todo caso es que la facultad otorgada a los jueces por el numeral 8 del art. 372 del CGP<sup>127</sup> para que ejerzan un efectivo *control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo*

---

<sup>127</sup> “Artículo 372. *Audiencia inicial*. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas: [...]8. Control de legalidad. El juez ejercerá el control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan

*y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso*, debe convertirse en una estocada que si bien no dará muerte a las causales de nulidad, sí impone a los jueces, en su condición de directores del proceso, la tarea importante de evitar nulidades procesales, incluso desde cuando hacen el estudio de la admisión de las demandas.

Esa importantísima tarea impuesta por el legislador al juez no significa, sin embargo, que sea el juez el único que debe velar por el buen trasegar de un proceso judicial, sino que los principales interesados en que no se cometan esos errores, o que se enmienden por la vía idónea y rápida, son precisamente los sujetos del proceso, las partes, los usuarios de la Administración de Justicia.

## 5. Trámite de las nulidades

Ahora bien, en relación con la forma en que se tramitan las peticiones de nulidad, ha tomado fuerza, casi hasta el punto de convertirse en un cliché, la idea del “incidente de nulidad”, como si toda nulidad fuese incidente, o como si el incidente siempre fuese de nulidad. Esta confusión tiene su origen en la errada interpretación que se le ha dado al art. 142 del CPC, el cual señala:

La solicitud se resolverá previo traslado por tres días a las otras partes, cuando el juez considere que no es necesario [sic] la práctica de alguna prueba que le haya sido solicitada y no declara otra de oficio; en caso contrario se tramitará como incidente (inciso 6.º).

Como puede verse, se trata de una fórmula en la cual la regla general es que no haya incidente, sino que se resuelva previo traslado a las otras partes. Y se trata de regla general, porque normalmente no se requiere de la práctica de pruebas especiales, sino de la simple revisión del expediente. Por excepción, cuando sea necesaria la práctica de pruebas, que hubieren sido propuestas por las partes o advertidas de oficio por el juez, se acudirá al trámite incidental.

Esa dualidad desaparece con la entrada en vigencia del art. 134 del CGP, porque se unifica el trámite: “El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de pruebas que fueren necesarias”.

Aunque no señala el término del traslado, lo cierto es que debe darse aplicación al art. 110 del mismo ordenamiento, según se trate de un traslado que se otorgue en audiencia, o que

---

acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Además deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario [...]”.

por excepción deba hacerse por trámite secretarial. Recuérdese que la regla general con el CGP es que las actuaciones se desarrollen en el curso de las audiencias y por tal motivo todo traslado “que deba surtir en audiencia se cumplirá permitiendo a la parte respectiva que haga uso de la palabra”. Solo por excepción dicho traslado se surtirá secretarialmente por el término de tres días “y no requerirá auto ni constancia en el expediente”.

De esta forma se busca minimizar tiempos y eliminar trámites que resulten innecesarios y que hacían de la petición de nulidad una fórmula dilatoria, restándole a ella todas sus bondades, dirigidas a que el procedimiento mantenga el cauce que se merece.

Esa finalidad se resalta también desde la forma en que se estructura el capítulo sobre las nulidades procesales, importando de la Ley 270, estatutaria de la Administración de Justicia, el deber que tiene el juez de realizar control de legalidad cada vez que se agota una etapa del proceso. De esta forma, salvo que se trate de hechos nuevos, no podrán ser alegadas en las etapas siguientes las circunstancias que hayan sido saneadas y las demás irregularidades que no tengan la fuerza para anular lo actuado. En teoría esto significa que desde la admisión de la demanda, como primera fase del proceso, el juez se encuentra en la obligación de evitar la consolidación de nulidades procesales. En la práctica esta norma se ha quedado un poco corta, ya que no existe en concreto una consecuencia derivada de su falta de aplicación.

No obstante lo anterior, la nueva legislación mantiene las reglas sobre la oportunidad para presentar las solicitudes, ya que permite que las nulidades puedan ser alegadas “*en cualquiera de las instancias*” antes de que se dicte sentencia, por supuesto que bajo el entendido de que sea formulada en el momento en que pueda ser invocada y no después.

Las nulidades pueden ser alegadas exclusivamente por quien tenga interés en ellas; el CGP lo señala como *legitimación para proponerla*, utilizando un término más técnico que el establecido por la norma anterior (art. 135 del CGP). Es necesario, además, que quien alegue la nulidad exprese la causal invocada y los hechos en que se funda. La falta de legitimación, la invocación de una causal distinta, y la falta de oportunidad (extemporaneidad) conducirán al rechazo de la solicitud de nulidad, es decir, que ni siquiera se tramitará, no se decidirá de fondo, sino que por razones formales no nacerá a la vida jurídica.

No está permitido alegar la causal de nulidad a quien dio lugar a su configuración, o a quien omitió hacerlo en su momento. Esta es la combinación de los principios de preclusión de los términos y aquel según el cual a nadie le está permitido obtener provecho por su propia culpa o negligencia.

Por último, interesa conocer los casos en los cuales la nulidad puede ser saneada. Así como las nulidades sustanciales pueden llevar a la ratificación de lo actuado y convalidar el acto jurídico que nació defectuoso, por ejemplo, por nulidad relativa o por tratarse de un acto anulable, en materia procesal también se encuentra un listado, contenido en el art. 136 del CGP, de circunstancias que pueden conducir al saneamiento de los defectos ya mencionados.

Se saneará la nulidad, en la medida en que esta sea saneable. A pesar del perfil tautológico de esta afirmación, ese es el primer requisito para su saneamiento, toda vez que en contraposición a esta característica se encuentra el carácter insaneable de las nulidades, que conducirá indefectiblemente a que ellas puedan ser declaradas por el juez o propuestas por quien tenga legitimación para hacerlo, con los resultados que correspondan en cada caso.

Además del carácter saneable de la nulidad, la causal respectiva deberá invocarse oportunamente, es decir, antes de que el interesado o quien tenga la legitimación para hacerlo, la alegue en el proceso; cuando se trata de nulidad por interrupción o suspensión del proceso, debe alegarse dentro de los cinco días siguientes a aquel en que haya cesado la causa de la interrupción o suspensión. Además, se requiere que dicha parte no la haya convalidado expresamente antes de renovarse la actuación anulada.

Son insaneables, por su lado, las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, cuando se revive un proceso legalmente concluido o cuando se pretermite íntegramente la instancia.

Cuando la causal sea advertida por el juez y se trate de una de las saneables, en ejecución de la facultad de control de legalidad el funcionario pondrá en conocimiento de la parte afectada la nulidad que no haya sido saneada, para que esta la alegue. Si guarda silencio en el término concedido por el art. 137 del CGP, la causal se entenderá saneada y el proceso continuará su curso; si la alega, el juez la declarará, precisando los efectos y alcances de tal decisión.

Así, por regla general la nulidad comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, las pruebas que se hayan practicado conservarán su validez, frente a las partes que tuvieron oportunidad de controvertirlas. En cada caso se deberá señalar por parte del juez cuál es la actuación que debe renovarse.

Cuando se trate de falta de jurisdicción o falta de competencia por el factor funcional, lo actuado conserva validez y el proceso será enviado al juez competente. En caso de que el juez que carecía de jurisdicción o de los factores de competencia mencionados hubiere ya

dictado sentencia, esta se invalidará, para que se rehaga la actuación a partir del momento en que se produjo el defecto, o a partir del instante procesal que se señale en cada caso.

## 6. Corolario

La finalidad de las nulidades no puede ser la dilación de los procesos. Su teleología debe estar fijada por el trabajo leal de las partes y por la búsqueda de una pronta y correcta justicia. Por la honradez de las partes en el adelantamiento del proceso y la atención permanente de sus deberes, se mitigará principalmente el riesgo de incurrir en nulidades del proceso; sin embargo, no puede perderse de vista que también el director del proceso cuenta con herramientas que lo obligan a evitar este tipo de circunstancias anómalas.

Desde la academia debe hacerse el llamado a quienes decidieron cursar los estudios del derecho y optaron especialmente por adelantarlos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, para que ejerzan su profesión con seriedad, probidad y pulcritud. Con la sensatez de prestar un buen servicio. Con la seriedad que exige esta profesión. El abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia debe destacarse respecto de todos los demás, por enaltecer el nombre de estas aulas y por cumplir con decoro y honradez los servicios en el área que escoja, porque esa es la mínima retribución que se le puede brindar al país.

Bogotá, agosto de 2013.

## Referencias

Colombia, Constitución Política. Ley 1564 de 2012, Código de Procedimiento Civil.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-125 de 2012.

Morales Molina, H. (1965). *Curso de derecho procesal civil. Parte general*, 5.ª ed. Bogotá, Colombia: Lerner.

# Comentarios a las medidas cautelares en el Código General del Proceso

Hernando Blanco García\*

Es ostensible que el nuevo Código General del Proceso (CGP) introdujo trascendentales modificaciones en relación con la forma como las personas pueden reclamar los derechos en juicio, siendo destacable la implementación decidida de la oralidad, el fortalecimiento de la celeridad de los procesos, la unificación de los trámites, el acceso eficiente a la Administración de Justicia, la modificación al régimen de medidas cautelares y, en general, una serie de cambios positivos y programáticos en la forma de litigar y de ejercer el derecho procesal, situación que a su turno supone un drástico giro cultural al que han de adaptarse, no solo los abogados, sino también los jueces, las facultades de Derecho, la academia y, en general, los usuarios de la Administración de Justicia.

En punto al régimen de medidas cautelares, en el presente artículo se indicarán algunos de los principales cambios que implementó el nuevo código, tanto en los clásicos procesos declarativos y ejecutivos, como en trámites judiciales especiales y asuntos extraprocesales.

---

\* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Candidato a Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como abogado litigante, docente universitario, servidor público de la rama judicial, abogado en la Dirección de Procesos Judicial del Banco Davivienda y actualmente es gerente de Procesos Civiles y Penales del Banco BBVA Colombia. Las opiniones y comentarios son exclusivos del autor y no comprometen la postura de las entidades con las cuales ha estado vinculado.



Previo a ello, es importante recordar que las medidas cautelares tienen soporte no solo en la ley, sino también en la Constitución Política, habida cuenta de que se erigen en el desarrollo fundamental de pilares cardinales como el derecho de acceso eficiente a la Administración de Justicia y el postulado de igualdad de las partes en el proceso. A no dudarlo, las cautelas son mecanismos por virtud de los cuales se ampara de manera transitoria y, mientras dura el litigio, un derecho que se encuentra inmerso en un debate judicial.

La Corte Constitucional ha señalado que las medidas cautelares revisten, entre otros fines, el de garantizar:

[...] el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluya la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad de conducta maliciosa del actual o eventual obligado (sent. C-523 de 2009).<sup>128</sup>

De cara a estas premisas, ha de decirse sin ambages que el juez, al momento de valorar la solicitud, el decreto y la práctica de una medida cautelar, deberá tener en cuenta que, conforme al art. 11 del CGP, “el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, disposición que debe interpretarse de forma armónica con el art. 4.º, según el cual, “el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, acompañada con el art. 42 del mismo estatuto, que impone al juez el deber de “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”.

Dícese lo anterior, puesto que, como se verá más adelante, el legislador otorgó una discreta autonomía al fallador en la labor cautelar, de manera que siempre deberá atender las normas rectoras, los principios constitucionales aludidos y aquellos establecidos en el CGP, con miras a que se tutele de manera efectiva el derecho involucrado en el debate, sin afectar los intereses de las partes, ni causar un agravio injustificado a los litigantes o a terceros.

Entrando de lleno en materia, a continuación se relacionan algunos de los principales cambios introducidos por la Ley 1564 de 2012.

---

<sup>128</sup> M.P.: María Victoria Calle Correa.

## 1. Eliminación de caución previa

En materia de procesos ejecutivos, es imperativo resaltar la eliminación de la caución para la procedencia de las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes. Sobre este punto ya existía una previsión legal en el ordenamiento adjetivo, pues no puede olvidarse que el Código de Procedimiento Civil (CPC) permitía obviar dicha caución si la cautela se pedía después de notificado el mandamiento de pago, hipótesis que en verdad era poco común, toda vez que la práctica judicial indicaba que las cautelas se pedían al mismo tiempo de presentación de la demanda, a fin de obtener, antes de la intimación a la pasiva, la consumación de un embargo o secuestro de bienes que a la postre sirviera de respaldo para el cumplimiento de una sentencia exitosa al acreedor.

En cualquier caso, el legislador ya eliminó el prenombrado requisito, que de algún modo se erigía en una limitante para materializar o efectivizar el derecho a la cautela, por cuanto suponía una erogación pecuniaria anticipada, que no en pocos casos lucía perjudicial para quien su único patrimonio relevante era justamente el derecho incorporado o vinculado al título ejecutivo y, por tanto, no podía sufragarla. Adicionalmente, esa caución previa devenía inocua, habida cuenta que amparaba tan solo el 10 % del valor del crédito y las costas provisionalmente calculadas, al paso que los perjuicios que a la postre podían reclamar los afectados, mediante incidente de liquidación en concreto, ascendían a una cuantía muy superior, resultando precaria dicha garantía para el propósito con que fue consagrada.

Estas y otras razones persuadieron al legislador para eliminar la carga de allegar la prenombrada caución de forma anticipada, norma que se encuentra vigente desde el 12 de octubre de 2012. Sin embargo, la obligación de prestarla dentro del proceso no desaparece del todo, puesto que el nuevo código establece que el ejecutado que propuso excepciones o el tercero afectado con la medida cautelar están habilitados para solicitar al juez que requiera al ejecutante para que preste la fianza en comento, a efectos de garantizar los eventuales agravios que se les cause con las cautelas.

En efecto, reza el código:

[...] En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación.

Para establecer el monto de la caución, *el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.*

*La caución a que se refiere el artículo anterior, no procede cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público (art. 599) [...] (énfasis fuera del texto).*

Significa lo anterior, ni más ni menos, que la exigencia de la garantía debe estar precedida de petición del interesado (incidentante o ejecutado), o lo que es lo mismo, no puede el juez imponerla a su arbitrio al ejecutante, pues al fin y al cabo ello está instituido como una prerrogativa exclusiva del afectado, siendo pertinente señalar que la intervención principal del juez frente a este punto se concreta a la tasación del monto de la fianza, a cuyo efecto habrá de valorar la bondad de las excepciones y argumentos esgrimidos por quien depreca el otorgamiento de misma.

Ahora bien, la norma es clara en señalar que las entidades públicas o instituciones financieras que funjan como ejecutantes no deberán prestar la referida caución, muy a pesar de que la hubiere solicitado el ejecutado o el tercero afectado. Esta disposición legal tiene total sentido y fundamento, puesto que el hecho de que el acreedor sea una entidad estatal, un banco, una compañía aseguradora, una sociedad fiduciaria, etc., permite inferir que el destinatario de la medida tendrá un respaldo patrimonial importante y susceptible de perseguirse para el evento de que se le cause un perjuicio con las cautelas, situación que habilita prescindir de la constitución de resguardos adicionales en atención a las calidades y naturaleza del acreedor. O como dijera el profesor Jorge Forero Silva, en estos casos “la entidad ejecutante tiene la suficiente solvencia patrimonial para cubrir los perjuicios” (Forero, 2013, p. 62), situación que válidamente ameritó dar un tratamiento jurídico diferente para estos eventos.

Otra modificación relevante que introdujo la Ley 1564 de 2012 estriba en la posibilidad que tiene el ejecutado de prestar caución para evitar o levantar embargos o secuestros, la cual debe corresponder al valor actual de la ejecución incrementado en un 50%.

Se afirma que corresponde a un aspecto novedoso, puesto que bajo las pautas del CPC, la caución solo era viable para evitar la práctica de medidas cautelares, al paso que para levantar aquellas ya consumadas era indispensable hacer depósito judicial en dinero, lo cual, en resumidas cuentas, equivalía a hacer un pago real de la acreencia, solo que no directamente al acreedor, sino a órdenes del juez.

De este modo, al amparo de la nueva ley, el ejecutado puede acudir a dicho mecanismo para el comentado propósito de impedir o levantar cautelas, atendiendo la regla prevista

en el art. 603 *ejusdem*, según la cual, podrá servir a ese efecto una garantía real, bancaria, o las expedidas por compañías de seguros, títulos de deuda pública y similares.

En el mismo sentido, es importante señalar que la norma no hace una excepción expresa sobre la viabilidad de la señalada caución en los procesos ejecutivos en que se hace efectiva una garantía real (hipotecaria, prendaria, etc.), de suerte que en esta clase de ejecuciones no será indispensable que los bienes estén embargados para poder dictar sentencia u ordenar seguir adelante la ejecución, en el entendido que podrán existir casos en que el ejecutado haya prestado caución para evitar la medida, hipótesis esta perfectamente posible en el CGP.

Ahora, si el demandado no quiere, o no puede, ofrecer la caución de que trata el numeral 5 del art. 599 del CGP, tiene a su alcance lo previsto en el párrafo del mismo artículo, según el cual, puede solicitar que de la relación de sus bienes e ingresos le sean embargados y secuestrados específicamente algunos y no otros, para lo cual, se dará traslado al ejecutante por dos días a fin de que se pronuncie, debiéndose precisar que la viabilidad de la petición quedará supeditada a la bondad y seguridad que ofrezca la cautela sugerida por el ejecutado.

Desde luego, la caución a la que se viene haciendo alusión tiene la bondad de ser efectivizada directamente por el beneficiario ante la compañía de seguros conforme al inciso final del mismo precepto.

## 2. Inscripciones de demanda en litigios declarativos

Para los procesos declarativos también se introdujeron precisiones y modificaciones de alto impacto sobre el régimen de medidas cautelares que redundan en la efectividad del derecho sustancial y de la decisión judicial.

Como lo dijera el profesor Piero Calamandrei:

La función de las medidas cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva (1984, p. 43).

Este aserto cobra especial relevancia en procesos declarativos, en los que desde su inicio no es plausible la práctica de embargos o secuestros de bienes, teniendo el interesado que acudir a otra clase de medidas para no hacer nugatorio su derecho si resultase airosa su pretensión.

Precisado lo anterior y vuelta la vista sobre la medida cautelar de inscripción de la demanda, es necesario señalar que ya existía un importante avance implementado por la Ley 1395 de 2010, en el sentido de autorizar su práctica, no solo para los procesos en los que se discutía un derecho real vinculado a un bien sujeto a registro, sino que habilitaba también la inscripción de la demanda sobre bienes del demandado en los litigios en que se persiguiera el pago de perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Esta medida fue reproducida y regulada de forma más detallada y completa en el CGP. Su aplicación verdaderamente quedó prevista de una manera generosa y bondadosa, puesto que es difícil hallar un litigio civil en el que no se discutan o reclamen perjuicios derivados de responsabilidad originada en un negocio jurídico o de estirpe aquiliana, sea directa o indirectamente, o como consecuencia de otra pretensión, todo lo cual permite concluir que son y serán muchos los procesos en los que veremos la implementación efectiva de la indicada cautela.

Es que no son pocos los casos en que un litigante que tenía un derecho reconocido en sentencia no podía materializarlo por insolvencia patrimonial del demandado, muchas veces a raíz de la dilapidación o transferencia de sus bienes en el tiempo intermedio entre la demanda y la sentencia del proceso declarativo. Esta situación queda fuertemente menguada, puesto que la posibilidad de solicitar la inscripción de la demanda está prevista desde el momento de presentación del escrito incoativo, quedando así resguardado, en buena medida, el derecho sustancial materia de debate.

Ha de verse que el legislador fue preciso en exigir una caución del 20% del valor de las pretensiones a cargo de quien pida la medida, tarifa que puede incrementarse a discreción del juez o a petición de parte, si razonablemente se prevé que puede requerirse una garantía superior. En igual sentido, se estableció la posibilidad de que el demandado preste caución para evitar la medida o para obtener su levantamiento, evento en el cual su importe ascenderá al valor de las pretensiones o, en su defecto, podrá pedir que la cautela recaiga sobre otros bienes de su propiedad que sirvan de soporte para garantizar la efectividad del fallo que pudiera ser favorable al actor.

Sobre este último punto, esto es, la sustitución de la cautela de inscripción de demanda, ha de agregarse que dicha hipótesis está autorizada únicamente para los litigios declarativos en los que se debaten asuntos de responsabilidad civil, mas no para aquellos procesos en los que se discuten los derechos reales sobre un bien, como quiera que en este último caso la razón de ser de la medida es una especie de anticipación al fallo y un efecto publicitario y de oponibilidad frente a terceros, como ocurre cuando se discute la resolución de un contrato de compraventa de un inmueble con ocasión de una demanda promovida por

el vendedor a quien el precio no le fue pagado, circunstancia en la cual la inscripción de la demanda es de altísima relevancia, puesto que lo que se debate tiene injerencia directa y efecto palpable sobre el bien, al punto que si la pretensión sale avante, recuperará su propiedad y se cancelará la inscripción de la venta.

En este ejemplo es notable que la “sustitución” de la cautela no podía ser de recibo, puesto que la demanda tenía un propósito exclusivo vinculado a un derecho real, de suerte que la medida surge como una especie de premonición de lo que a la postre sería la sentencia que defina la *litis*, deviniendo improcedente cambiarla por otra, dado que la misma sería ineficaz para la materialización del fallo.

Si la sentencia es favorable al demandante, el juez, a petición de este, ordenará el embargo y secuestro de los bienes respecto de los cuales recayó la inscripción de la demanda. Asimismo, si se trata de un proceso declarativo por responsabilidad civil, podrá pedirse, adicionalmente, el embargo y secuestro de los demás bienes que sean denunciados de propiedad del demandado que sean suficientes para el cumplimiento de la sentencia.

Con todo, es importante precisar que también se impuso un estricto deber de diligencia en cabeza del demandante a cuyo favor se practicó la inscripción de la demanda, puesto que si luego de obtener una sentencia favorable no promueve la ejecución del fallo dentro de los treinta días siguientes de que trata el art. 306 *ejusdem*, aquella deberá levantarse, disposición que evidentemente no es aplicable para los litigios declarativos que versan sobre derechos reales principales, por las razones anotadas en líneas anteriores.

Finalmente, respecto de la medida cautelar de inscripción de la demanda es importante agregar que como quiera que su espectro se amplió significativamente para un número importante de litigios, en la forma descrita, tal situación permite vislumbrar una reducción gradual de la conciliación extrajudicial, habida cuenta de que no será menester acudir a ella, conforme lo anotado por el art. 590 en su parágrafo 1.º, que permite acudir directamente al aparato judicial sin necesidad de agotar el requisito de intentar una solución del conflicto.

### **3. Cautela innominada**

Por otra parte, el CGP estableció, en buena hora, las cautelas “innominadas” para los procesos declarativos, vale decir, aquellas que aunque no tengan una calificación o enunciación expresa en la ley, puedan conducir efectivamente a la protección del derecho materia de debate. Esta es, a no dudarlo, una de las principales reformas que introdujo el legislador, puesto que dichas medidas, aunque ya existían de algún modo en nuestro ordenamiento jurídico, estaban reservadas de forma muy específica para otra clase de trámites, como lo

son las acciones de tutela, las acciones populares, entre otros litigios, en los cuales es factible decretar una cautela de esta estirpe para preservar el derecho inmerso en la contienda.

Acorde con lo dicho, bien puede afirmarse que en nuestro ordenamiento jurídico se implementó un esquema mixto de cautelas, emulando el italiano, esto es, un postulado ecléctico entre la tipicidad o sometimiento estricto a las previstas de forma expresa en una norma, y la atipicidad de las cautelas, sistema propio de algunos países de Europa continental como Francia o Alemania.

La regulación positiva de la figura quedó asentada en el literal c) del numeral 1.º del art. 590 del CGP, a cuyo tenor el juez podrá decretar:

[...] c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión [...]

Evidentemente el legislador dotó de discrecionalidad al fallador para implementar medidas cautelares diferentes de las que expresamente regula el código. Sin embargo, conviene precisar que dicha discreción no es absoluta, puesto que no puede el juez diseñar a su arbitrio la cautela que se le ocurra, sino que siempre será menester petición de parte, es decir, estamos frente a una figura eminentemente rogada, pues no de otro modo puede entenderse la regla inicial prevista en el encabezado del art. 590 *eiusdem*, donde se empleó la expresión, según la cual, “a petición del demandante el juez podrá” decretar las medidas que se indican en los literales a) b) y c). Situación distinta es si el demandante propone un listado o una serie de opciones al momento de peticionar la cautela, puesto que en ese evento el juez ahí sí podrá escogerla y definirla, luego de ejercer un papel activo de valorar, ponderar y definir, razonablemente, la pertinencia y procedencia de la medida, observando con estrictez las pautas que establece la misma norma.

Efectivamente, para el decreto de la cautela atípica el juez deberá apreciar: 1) la legitimación o interés para actuar de las partes, como también, 2) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho; 3) la apariencia de buen derecho, que la doctrina denomina el *fumus bonis iuris*; y 4) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, desde luego, previendo el *periculum in mora* o tardanza que pudiera revestir el litigio y el consecuente perjuicio que de ello se origine para los sujetos procesales.

La disposición citada establece, además, la prerrogativa que posee el funcionario judicial para definir el alcance y duración de las cautelas atípicas, ya que a diferencia de lo que ocurre

con las típicas, con aquellas puede suceder que solo se tornen indispensables por un breve lapso o con una limitación fáctica, que únicamente el fallador puede valorar atendiendo los criterios y elementos arriba indicados, por vía de ejemplo, una medida innominada en la que se ordene al demandado abstenerse de hacer una obra mientras se practica una determinada prueba o se surte una etapa del proceso, o como ocurre cuando se exige a la pasiva develar su información contable hasta que se profiera sentencia.

Un aspecto interpretativo complejo se deriva de la viabilidad de sustituir o cambiar la medida innominada por otra, tal como lo prevé el inciso 3.º, literal c) del numeral 1.º, del art. 590 ibídem, en el que se planteó la autorización con que cuenta el fallador para “disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

Se dice lo anterior, puesto que la sustitución de la cautela no debe entenderse como una opción viable para todas las medidas que trae el código, sino únicamente para las atípicas que se aplican en los procesos declarativos, no solo por un efecto hermenéutico derivado de la ubicación de esta facultad en el literal c) en comento, sino también, porque no resultaría lógico admitir que el juez pudiera sustituir una medida típica como el embargo, el secuestro o la inscripción de la demanda, por una innominada, argumentando menor lesividad, puesto que ello sería, de algún modo, el cercenamiento del derecho a la cautela que tiene el demandante y una inaceptable lectura de los objetivos que trae el nuevo código.

Sobre este punto, el profesor y tratadista Edgardo Villamil Portilla indicó con toda claridad:

La regla de sustitución de cautelas es parte del letra c), del numeral 1.º del artículo 590 del CGP, en la letra a) se regula la inscripción de la demanda para debates sobre la propiedad, en la b) la inscripción de la demanda para los casos de responsabilidad y en la c) la cautela genérica. Si el inciso que contempla la posibilidad de sustitución de la cautela por iniciativa judicial se aplicara a las letras a) y b), el juez podría cambiar la medida de inscripción de demanda por otra que considerara menos lesiva; mientras que si el inciso de la letra c) solo se aplicara a esta, es decir a la cautela genérica, el juez apenas podría cambiar la cautela pedida por el demandante por otra menos afrentosa para el demandado, pero siempre moviéndose en el rango de las innominadas. De esta forma de interpretación, que creemos es la correcta, emerge que *la sustitución de medidas cautelares solo permite cambiar una medida atípica por otro del mismo orden, y no una medida típica como la inscripción de la demanda dispuesta en las letras a) y b) del literal 1.º del artículo 590, por una medida atípica.*



*De lo que acaba de considerarse emerge que el demandante, en los casos de las letras a) y b) del inciso 1.º del artículo 590 del CGP, tiene derecho a que se decrete la medida típica de inscripción de la demanda y el juez no puede cambiarla antojadizamente por otra atípica que se le ocurra [...]* (2012) (énfasis fuera del texto original).

Al igual que lo anotado sobre la medida cautelar de inscripción de demanda, la cautela innominada también puede evitarse o levantarse prestando caución que garantice el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante. Empero, se hizo una salvedad en el sentido de indicar que dicha caución (precautela) no es viable para el evento en que se trate de un pleito sobre pretensiones que no sean de resorte económico o para el caso en que las medidas innominadas “procuren” anticipar materialmente el fallo.

La razón es muy sencilla: si la sentencia no va a definir un tema patrimonial, no es lógico que la parte demandada pueda resistir la medida mediante caución, dado que la sentencia *prima facie* no va a afectar sus bienes, aspecto que igualmente se predica para el caso en que la cautela simplemente sea una anticipación de lo que sería el fallo, como ocurre cuando se ha pedido en la demanda impedir la ejecución y desarrollo de unas actividades presuntamente contaminantes, por ser ilegal, y la cautela es precisamente la orden de abstenerse de hacer dichas actividades mientras dura el pleito, con apego a criterios serios de razonabilidad. En ese ejemplo, claramente son coincidentes la cautela y la pretensión, de suerte que con sano raciocinio puede afirmarse que no es viable que mediante la prestación de una caución se permita el levantamiento de la cautela y persistir en la ejecución de la conducta denunciada, puesto que si a la postre la sentencia es favorable, difícilmente podrá existir una materialización del fallo y la caución de nada servirá para ese propósito.

En cualquier caso, tal como ocurre con la medida de inscripción de demanda para procesos de responsabilidad civil, ha de precisarse que si luego de salir avante la pretensión el actor no formula la ejecución de la sentencia en los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cautela innominada deberá levantarse, según se prevé el parágrafo de la misma norma.

Concluyendo sobre la cautela innominada, hay que decir que es responsabilidad de las partes, los abogados y los jueces hacer un uso adecuado de la misma. Hay que ser creativos, vehementes y coherentes a la hora de pedirla y muy riguroso el juez al momento de valorar su procedencia, respetando las pautas legales y criterios de razonabilidad, para que la medida no se convierta en un medio de constreñimiento desmedido al demandado, ni tampoco en una norma huérfana de aplicación por el desuso o por la negativa judicial a la innovación y dinamismo progresivo del régimen cautelar.

#### 4. Cautelas por fuera del proceso

Por otra parte, aun cuando no es un tema nuevo, por cuanto ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, ha de decirse que el CGP consagró de manera expresa la posibilidad del decreto y práctica de medidas cautelares extraprocesales, que más bien deberíamos llamar anticipatorias o previas a un proceso.

En punto a la competencia, el art. 23 *ibídem* señala que de dicha solicitud ha de conocer la autoridad judicial que a la postre tramitaría el proceso al cual están destinadas las cautelas. De igual forma, la disposición aludida prevé que si el interesado no presenta la demanda respectiva dentro de los veinte días siguientes a la práctica de la medida extraprocesal, esta deberá levantarse, situación que exige entonces un deber estricto de diligencia del litigante, puesto que además de perder el derecho cautelar en ese momento pre procesal, también podrá verse abocado a que el afectado con la medida formule el incidente de liquidación de perjuicios en su contra.

El art. 589 de la misma codificación reguló el esquema de medidas cautelares en el trámite de pruebas extraprocesales, haciendo alusión a los procesos de competencia desleal, propiedad intelectual y los demás que establezca el legislador, siendo pertinente destacar que allí se estableció expresamente que si la ley específica exige prestar caución, esta se habrá de constituir luego de practicada la medida y no de forma anticipada como es habitual, para lo cual, habrá de tener en cuenta el plazo que le fije el juez, so pena de que además del levantamiento de la medida, el peticionario se haga deudor de los perjuicios que se causen y que se le imponga multa de hasta 100 smlmv.

De similar manera, el legislador señaló que no es viable desistir de la cautela anticipada mientras no se haya prestado caución, a menos que el afectado acepte el desistimiento sin lugar a ello, situación que tiene pleno respaldo en un criterio de responsabilidad, puesto que no es atendible que después de haberse consumado una medida de esta naturaleza, el petente quiera desistir como si nada hubiera ocurrido, soslayando los eventuales perjuicios en cabeza del sujeto pasivo de la cautela, lo cual, de algún modo se atempera con la exigencia de constituir caución para poder desistir de una medida de este linaje.

El ejemplo pertinente de esta clase de medidas deriva del trámite de las acciones de competencia desleal en el que antes de acudir a formular la pretensión, el interesado puede agotar, mediante pruebas “anticipadas”, unas diligencias de comprobación de los actos que afecten al competidor, evento en el cual, concomitantemente está habilitado para solicitar medidas cautelares para impedir la vulneración o amenazas de los derechos que le asisten.

Con todo, vemos una necesidad de armonización, que en este caso habrá de hacer el juez en cada caso particular, entre las disposiciones de los arts. 23 y 589 *ibidem* y las normas especiales que trae la Ley 256 de 1996 (algunas ya derogadas expresamente por el CGP), la Decisión 486 de la Comunidad Andina para temas de propiedad intelectual y demás disposiciones complementarias, porque no siempre parecerá clara la aplicabilidad de la cautela mal denominada “extraprocesal”, en atención a la diferencia de regímenes en punto al procedimiento y viabilidad de constituir cauciones para su decreto o para evitar su práctica

## **5. Novedades en innembargabilidad**

Emerge como novedad la expresa prohibición que en tal sentido se estableció en el numeral 1 del art. 594 *ibidem*, respecto de los recursos incorporados en el presupuesto general de la nación o entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social. Esta disposición es de mayúscula importancia de cara a la protección de los dineros públicos, que han sido afectados de forma indiscriminada por algunas órdenes judiciales huérfanas de respaldo legal.

Sí, el tema es así, no lo podemos soslayar, puesto que son públicamente conocidos los casos recientes en los que han intervenido la Contraloría, la Procuraduría, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional, entre otros organismos del Estado, para mitigar sucesos de corrupción derivados de acciones judiciales acompañadas de embargos irregulares de dineros públicos, aspecto que indudablemente influyó para que el legislador implementara, como medida suplementaria a la expresa restricción del embargo, el deber que tiene el funcionario de invocar la norma o el fundamento legal que sirve de sustento para decretar la medida.

Por lo mismo, se permitió al destinatario de la comunicación incompleta o de aquellas que no satisfagan la exigencia legal aludida, la posibilidad de informar al día siguiente al juez de la causa, sobre el carácter innembargable de los recursos, evento en el cual el fallador contará con tres días para motivar por qué considera que se presenta una excepción a la regla de innembargabilidad, con la consecuencia de que si no lo hace, la medida quedará inexorablemente levantada.

Si el juez persiste en la cautela, los dineros habrán de quedar congelados en una cuenta que produzca rendimientos en la misma forma que venía operando cuando se practicó la medida y no serán puestos a disposición inmediata del funcionario, sino hasta que quede en firme la decisión que ponga fin al proceso, quedando superada así, en gran medida, la afectación del patrimonio objeto de la cautela, disposición que guarda consonancia con el numeral 10 del art. 593 del CGP, en el sentido de que cuando se practica embargo de

dineros, públicos o privados, se deberá constituir depósito bancario y no el acostumbrado título judicial estático (sin dividendos), todo ello, con miras a que no se pierda el poder adquisitivo del importe cautelado mientras dura el litigio.

El código también calificó como inembargables los depósitos de ahorro constituidos en establecimientos de crédito, en el monto señalado por autoridad competente, exceptuando la regla para casos de pasivos alimentarios, lo cual se justifica en la llamada prelación de los derechos de quienes están en condiciones de indefensión, como ocurre con los derechos de los niños o los adultos mayores a quienes se deban alimentos, con apego a los cánones trazados por la Constitución Política.

También luce razonable la precisión que se hizo frente a la inembargabilidad de los bienes destinados al culto religioso, en el sentido de indicar que aplica para cualquier Iglesia o comunidad que haya suscrito el concordato o tratado de derecho internacional con el Estado colombiano. De este modo, se garantiza el derecho a la igualdad de todas las religiones frente al beneficio de la inembargabilidad, pero a su turno, se impone un control estricto consistente en que se demuestre haber suscrito el referido tratado, para de este modo evitar que cualquier secta, agremiación o asociación de personas invoquen una condición religiosa, apenas aparente, para obviar la práctica de una medida cautelar sobre sus bienes.

Llama la atención la inclusión expresa del carácter inembargable de bienes como “el televisor, el radio, el computador personal o los equipos que hagan sus veces y los elementos indispensables para la comunicación personal”. Esta norma es bienvenida, habida cuenta de que incorpora la realidad social actual sobre la necesidad que tiene toda persona de estos bienes para vivir y ejercer actividades básicas y elementales, máxime si se tiene en cuenta que en muchos casos se trata de elementos de trabajo o aptos para ello, como ocurre con el computador o el teléfono celular, de manera que sería desproporcionado que el acreedor pudiera llegar hasta perseguir objetos tan inherentes y necesarios a la persona natural. En cualquier caso, la norma trae una excepción y es la que si el cobro judicial involucra el crédito para adquisición de tales elementos, por obvias razones allí no aplica la inembargabilidad aludida.

## **6. Algunos cambios en materia de secuestro de bienes**

En materia de secuestros el legislador hizo algunas variaciones provechosas para garantizar la efectividad de la medida y el respeto a los derechos del afectado.

Destácase, en primer término, la posibilidad que tienen las partes de escoger, de común acuerdo, el secuestro que habrá de administrar y custodiar los bienes cautelados, norma que

apareja un mejor dividendo para el patrimonio perseguido, pues no es extraño el número de casos en que algunos auxiliares de la justicia dejaban deteriorar los bienes u omitían ponerlos a generar los frutos que habitualmente producirían, todo lo cual se atenúa con la posibilidad de que las partes designen de consuno un secuestre que les ofrezca seguridad y confianza para el encargo.

Es más, la misma norma habilita que ello se haga antes o después de practicada la diligencia y permite que los bienes sean dejados al ejecutado en calidad de secuestre, desde luego, con las advertencias del caso en punto a los deberes que debe atender como titular de esa función.

Igualmente, el legislador introdujo una disposición saludable en el sentido de que el juez puede dejar en calidad de secuestre al ocupante del inmueble materia de la cautela, cuando quiera que se trate del bien destinado exclusivamente para su vivienda y sea la misma persona contra quien se decretó la medida. Tal regla es de marcada relevancia, toda vez que no se justifica designar a un auxiliar de la justicia en calidad de secuestre sobre un bien que a la postre, como venía siendo costumbre, era dejado en depósito gratuito al mismo ocupante.

En adelante, el bien habría de quedar bajo la responsabilidad exclusiva de quien lo venía usando y disfrutando, situación que a la postre servirá de soporte para el buen suceso de la actuación judicial, puesto que, bajo el papel de secuestre, el ocupante adquiere una serie de deberes especiales que deberá atender de forma estricta, so pena de verse expuesto a las sanciones de ley (penales, disciplinarias, civiles, etc.), todo lo cual no solo redundará en una mayor seguridad para el acreedor ejecutante, sino también para el mismo ejecutado, porque no se verá desplazado del lugar de habitación actual. Asimismo, para el caso de que luego se formulen incidentes de liquidación de perjuicios con ocasión de una ejecución fallida, es claro que dicho ocupante o ejecutado deberá ser muy cuidadoso al intentar un reclamo por cuenta de los embargos o secuestros formulados, puesto que no podrá omitir que el bien siempre estuvo bajo su exclusiva administración y cuidado. Con todo, el numeral 2 del art. 595 es claro a la hora de indicar que todo ello será procedente a menos que el interesado —ejecutante— exija que el bien sea entregado únicamente al secuestre designado por el despacho.

Finalmente, tratándose del secuestro de vehículos automotores, se previó que el juez comisionara a un mismo funcionario para que realice la aprehensión y el secuestro del bien. A su turno, se permite que este quede en depósito gratuito en poder del acreedor, previa constitución de caución que garantice la conservación e integridad del mismo. Esta disposición es muy acertada, puesto que lo que venía ocurriendo hasta ahora es que el rodante quedaba abandonado en un parqueadero, inactivo, mientras se definía la *litis*, todo lo cual

aparejaba no solo el deterioro injustificado del vehículo, sino también, una astronómica cuenta por concepto de parqueo, que no beneficiaba a ninguna de las partes.

## Conclusiones

Lo anotado hasta aquí es apenas un breve compendio de algunos de los principales cambios implementados por la Ley 1564 de 2012 en materia de medidas cautelares, sobre las cuales hay mucho que decir y profundizar, sin que por razones de espacio pueda hacerse en este momento. Cada día, en el ejercicio de la profesión se suscitarán dudas y diferencias interpretativas que poco a poco habrán de sortearse por los litigantes, sus abogados y los funcionarios judiciales, desde luego, con el apoyo de los análisis y consideraciones que hará la jurisprudencia de nuestros tribunales en cada caso particular.

Sea esta la oportunidad para elogiar el trabajo juicioso y riguroso desarrollado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que de la mano de los más grandes juristas impulsaron tan trascendental proyecto hace varios años, el cual culminó exitosamente con la promulgación de este nuevo estatuto procesal en beneficio de la comunidad, desde luego, abriendo previamente los espacios académicos para discutir cada norma y escuchar y recibir los aportes de diferentes sectores, en ejercicio de una labor democrática que recogiera los pensamientos, argumentos y opiniones de los distintos interesados, garantizándose así que el nuevo código, no solo encarna los ya conocidos adelantos y criterios modernos en materia procesal, sino también, involucra la participación masiva de quienes en últimas son los llamados a ejercer día a día los derechos inmersos en el clausulado que allí se incorpora.

Bogotá, Octubre de 2013

## Referencias

- Calamandrei, P. (1984). *Providencias cautelares*, Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina.
- Canteros, F. (2012). *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, Bogotá: Ed. Juris y Colegio Mayor del Rosario.
- Cavero Ruiz, Hugo. (2011). *Ensayos de teoría general del proceso*, Lima: ed. Jurivec.
- Chiovenda, G. (1986). *La acción en el sistema de los derechos*, Bogotá: Ed. Temis.
- Colombia, Constitución Política. Ley 1395 de 2010, Ley 1564 de 2012.

Colombia, Constitución Política. Sentencia C-523 de 2009.

Forero Silva, J. (2013). *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.

Villamil Portilla, E. (2012, 12 al 24 de septiembre). *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena de Indias, Colombia.

# La conciliación en el Código General del Proceso

Harbey Peña Sandoval\*

## 1. Introducción

En el presente año los juristas colombianos se encuentran en proceso de actualización, toda vez que en 2012 se expidió la Ley 1564, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Es común que en un país con una tradición positivista del derecho, con la expedición de una nueva norma, se active el interés por el estudio y conocimiento, más aún si se trata de una ley procesal. El Gobierno nacional, al sancionar el Código General del Proceso (CGP), lo calificó como “una verdadera revolución para el ciudadano de a pie”(Santos, 2012, p. 2). Con toda seguridad, la rama judicial, las entidades públicas, las facultades de Derecho, las oficinas de abogados y, en general, la comunidad jurídica, realizarán actividades académicas en las cuales se debata y comente la “revolución” que significa para los ciudadanos la entrada en vigencia del CGP.

Este escrito tiene como objetivo hacer aportes a la comprensión de la conciliación en el CGP. Para lograr el objetivo, en la primera parte se presentará la definición de conciliación y la clasificación establecida en la ley. Seguidamente se elaborará un contraste entre la conciliación en el CPC y la conciliación en el CGP. Posteriormente se examinará el concepto de conciliación en la Corte Constitucio-

---

\* Abogado y mediador. MS en Análisis y Resolución de Conflictos por la Universidad de George Mason.



nal y dos doctrinantes. Para conocer la idea de conciliación que se debatió en la Comisión Redactora del proyecto del CGP se expondrán las opiniones consignadas en las actas de las reuniones. Más adelante se compararán las normas de conciliación judicial del CGP con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPA y CA), el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código de Procedimiento Penal (CPP). Al final se resumirán algunas apreciaciones de lo que es la conciliación judicial desde la disciplina de la resolución de conflictos.

## 2. Concepto de conciliación y sus clases

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador (art.64, Ley 446 de 1998).<sup>129129</sup> Atendiendo a la definición establecida en la ley, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, no un mecanismo alternativo de solución de controversias, no una forma para descongestionar la justicia o un modo anormal de terminar los procesos judiciales, estos últimos, discursos que han marginalizado y colonizado legalmente a la conciliación. Como método de resolución de conflictos, la conciliación busca acercar a las personas en conflicto para que estas encuentren una solución de mutuo beneficio. Este documento es pensado desde una perspectiva profesional de la resolución de conflictos de carácter interdisciplinaria, no desde un punto de vista como institución jurídica. Bajo este entendido, se puede entender el derecho como la disciplina llamada a resolver controversias jurídicas, a diferencia de la conciliación, que intenta resolver conflictos.

La conciliación ha sido clasificada en la Ley 640 de 2001, de la siguiente manera:

La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Parágrafo. Las remisiones legales a la conciliación prejudicial o administrativa en materia de familia se entenderán hechas a la conciliación extrajudicial; y el vocablo genérico de “conciliador” reemplazará las expresiones de “funcionario” o “inspector de trabajo” contenidas en normas relativas a la conciliación en asuntos laborales (art.3.º).

---

<sup>129</sup> Las normas citadas en el presente documento han sido tomadas de la Secretaría del Senado, cfr.<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arbol/1000.html>

La anterior clasificación obedece a dos criterios: el primero, la etapa en la cual se realiza la conciliación: extrajudicial (antes o por fuera) y judicial (dentro). El segundo, la persona que sirve como conciliador: en derecho (conciliadores de centros de conciliación y autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias) y en equidad (conciliadores en equidad). El primer criterio podría también atender a la calidad de la persona que realiza la conciliación: judicial (juez) y extrajudicial (conciliadores de centros, autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias y conciliadores en equidad). Surge la duda de si los jueces son también conciliadores en derecho, aunque como dice la ley, derecho y equidad son denominaciones. Esta taxonomía de la conciliación no es muy clara para comprender las razones por las cuales se diferencian una y otra. Si bien la conciliación es en el fondo un método de resolución de conflictos, desde la Ley 23 de 1991<sup>130130</sup> se estableció la oportunidad de conciliar en las etapas prejudicial y judicial y se creó la conciliación en equidad. Posteriormente, el art. 67<sup>131131</sup> de la Ley 446 de 1998 clasificó expresamente la conciliación en judicial y extrajudicial. Esta última será institucional cuando se realice en los centros de conciliación; administrativa cuando se realice ante autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad según lo previsto en dicha ley.

Así las cosas, aunque la legislación ha dado diferentes denominaciones a las clases de conciliación a través del tiempo, desde 1991 se ha entendido que la conciliación puede ser extrajudicial o judicial teniendo como criterio la existencia o no de un proceso en la jurisdicción.

### **3. La conciliación judicial en el Código de Procedimiento Civil y en el Código General del Proceso**

La conciliación judicial ha estado incluida principalmente en las normas del CPC (Decreto 1400 de 1970), la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 y la Ley 1395 de 2010, como a continuación se transcriben:

Código de Procedimiento Civil, artículo 101. *Procedencia, contenido y trámite.* Cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario, luego de contestada la demanda principal y la de reconvenición si la hubiere, el juez citará a demandantes y demandados para que personalmente concurran, con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio.

<sup>130</sup> Los arts. 59 (modificado por el art.70 de la Ley 446 de 1998), 63 y 65 (derogado por el art.49 de la Ley 640 de 2001) hacen referencia a la conciliación prejudicial.

<sup>131</sup> Artículo derogado por el art. 49 de la Ley 640 de 2001.

Es deber del juez examinar antes de la audiencia, la demanda, las excepciones previas, las contestaciones y las pruebas presentadas y solicitadas.

La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

Parágrafo 1. Señalamiento de fecha y hora. Cuando no se propusieren excepciones previas, el juez señalará para la audiencia el décimo día siguiente al vencimiento del traslado de la demanda principal y de la de reconvencción si la hubiere. Si se proponen dichas excepciones, se procederá de la siguiente manera:

- a) Si se trata de excepciones que no requieran la práctica de pruebas distintas de la presentación de documentos, para la audiencia se señalará el décimo día siguiente al de la fecha del auto que las decida, si no pone fin al proceso, y
- b) Si las excepciones propuestas requieren la práctica de otras pruebas, la audiencia se celebrará el décimo día siguiente al del vencimiento del término para practicarlas.

El auto que señale fecha y hora para la audiencia, no tendrá recursos.

Parágrafo 2. Iniciación.

1. Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará el quinto día siguiente para celebrarla, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.

Cuando en la segunda oportunidad se presente prueba de que existe fuerza mayor para que una de las partes pueda comparecer en la nueva fecha, o de que se encuentra domiciliada en el exterior, esta se celebra con su apoderado, quien tendrá facultad para conciliar, admitir hechos y desistir.

2. Excepto en los casos contemplados en el numeral anterior, si alguno de los demandantes o demandados no concurre, su conducta se considerará como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito, según fuere el caso.

3. Tanto a la parte como al apoderado que no concurren a la audiencia, o se retiren antes de su finalización, se les impondrá multa por valor de cinco a diez salarios mínimos mensuales, excepto en los casos contemplados en el numeral 1.

Aunque ninguna de las partes ni sus apoderados concurren, la audiencia se efectuará para resolver las excepciones previas pendientes, y adoptar las medidas de saneamiento y demás que el juez considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.

4. Si alguno de los demandantes o demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. El auto que aprueba la conciliación implicará la autorización a este para celebrarla, cuando sea necesaria de conformidad con la ley. Cuando una de las partes está representada por curador *ad litem*, este concurrirá para efectos distintos de la conciliación y de la admisión de hechos perjudiciales a aquella; si no asiste, se le impondrá la multa establecida en el numeral 3 anterior.

5. La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla al quinto día siguiente.

Ley 446 de 1998, artículo 103. La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación judicial prevista en esta ley o a la contemplada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, tendrá además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes consecuencias en el proceso:

1. Si se trata del demandante, se producirán los efectos señalados en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, los cuales decretará el juez de oficio o a petición de parte.
2. Si se trata de excepciones en el proceso ejecutivo, el juez declarará desiertas todas las excepciones de mérito propuestas por él.
3. Si se trata del ejecutante, se tendrán por ciertos los fundamentos de hecho susceptibles de confesión en que se funden las excepciones de mérito.
4. Si se trata del demandado, se tendrán por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, y además el juez declarará desiertas las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, si las hubiere propuesto.
5. Si se trata de alguno de los litisconsortes necesarios, se le impondrá multa, hasta 10 salarios mínimos legales mensuales, en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

En el auto que señale fecha para la audiencia, se prevendrá a las partes sobre las consecuencias que acarrea su inasistencia.

Parágrafo. Son causales de justificación de la inasistencia:

1. Las previstas en los artículos 101 y 168 del Código de Procedimiento Civil.
2. La fuerza mayor y el caso fortuito, que deberán acreditarse al menos sumariamente dentro de los cinco (5) días siguientes.

El auto que resuelve sobre la solicitud de justificación o que imponga una sanción, es apelable en el efecto diferido.

Ley 640 de 2001, artículo 43. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.

(Inciso adicionado por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010). En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.

Ley 640 de 2001, artículo 44. La audiencia de conciliación judicial solo podrá suspenderse cuando las partes por mutuo acuerdo la soliciten y siempre que a juicio del juez haya ánimo conciliatorio.

Parágrafo 1. En estos casos el juez no podrá suspender de plano la audiencia sin que se haya realizado discusión sobre el conflicto con el fin de determinar el ánimo conciliatorio.

Parágrafo 2. En la misma audiencia se fijará una nueva fecha y hora para su continuación, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco (5) días.

Ley 640 de 2001, artículo 45. Si la audiencia, solicitada de común acuerdo, no se celebrare por alguna de las causales previstas en el párrafo del artículo 103 de la Ley 446 de 1998, el juez fijará una nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación. La nueva fecha deberá fijarse dentro de un plazo que no exceda de diez (10) días hábiles.

Si la audiencia no se celebrare por la inasistencia injustificada de alguna de las partes, no se podrá fijar nueva fecha para su realización, salvo que las partes nuevamente lo soliciten de común acuerdo.

Parágrafo. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

El legislador, al considerar la conciliación como una forma de resolución de conflictos dentro del proceso judicial ante el juez actuando como conciliador, estableció los procesos en los cuales era obligatorio hacerlo, la etapa procesal en la cual se debía realizar, las actividades previas por parte del juez, las condiciones para señalar la fecha y hora de la audiencia, qué hacer si se presentaban excusas, qué consecuencias se aplicaban por la inasistencia o retiro de la audiencia, la autorización para que los incapaces concilien por intermedio de sus representantes (excepto el curador *ad litem*), la duración de la audiencia y la suspensión de la misma. Mención especial merece que el art. 43 de la Ley 640 de 2001, al referirse sobre el desarrollo de la audiencia de conciliación, solamente dice que el juez “instará a la partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuizgamiento”. En otras palabras, la ley es extensa en definir situaciones procedimentales de la conciliación y deja al conciliador sin instrumentos de cómo hacer la conciliación o qué aspectos debe tener en cuenta para realizar la conciliación. Da la impresión de que la ley invita a que el juez simplemente entienda cumplido su deber al preguntar a las partes si tienen ánimo conciliatorio y las exhorta a que concilien y en caso que ellas no lo hagan les debe hacer una propuesta de arreglo, la cual la ley erróneamente asume que no tiene ninguna incidencia en lo que posteriormente decidirá el juez.

Ahora bien, con el nuevo CGP la conciliación en el proceso judicial ha quedado de la siguiente manera:

Ley 1564 de 2012, artículo 372. *Audiencia inicial*. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

1. Oportunidad. El juez señalará fecha y hora para la audiencia una vez vencido el término de traslado de la demanda, de la reconvencción, del llamamiento en garantía o

de las excepciones de mérito, o resueltas las excepciones previas que deban decidirse antes de la audiencia, o realizada la notificación, citación o traslado que el juez ordene al resolver dichas excepciones, según el caso.

El auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no tendrá recursos. En la misma providencia, el juez citará a las partes para que concurran personalmente a rendir interrogatorio, a la conciliación y los demás asuntos relacionados con la audiencia.

2. Intervinientes. Además de las partes, a la audiencia deberán concurrir sus apoderados.

La audiencia se realizará aunque no concurran alguna de las partes o sus apoderados. Si estos no comparecen, se realizará con aquellas.

Si alguna de las partes no comparece, sin perjuicio de las consecuencias probatorias por su inasistencia, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado, quien tendrá facultad para confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general, para disponer del derecho en litigio.

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

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

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

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

4. Consecuencias de la inasistencia. La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el de-

mandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.

Cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, esta no podrá celebrarse, y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso.

Las consecuencias previstas en los incisos anteriores se aplicarán, en lo pertinente, para el caso de la demanda de reconvención y de intervención de terceros principales.

Cuando se trate de litisconsorcio necesario las consecuencias anteriores solo se aplicarán por inasistencia injustificada de todos los litisconsortes necesarios. Cuando se trate de litisconsorcio facultativo las consecuencias se aplicarán al litisconsorte ausente.

A la parte o al apoderado que no concurra a la audiencia se le impondrá multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

5. Decisión de excepciones previas. Con las limitaciones previstas en el artículo 101, el juez practicará las pruebas estrictamente necesarias para resolver las excepciones previas que estén pendientes y las decidirá.

6. Conciliación. Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Si alguno de los demandantes o demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. El auto que apruebe la conciliación implicará la autorización a este para celebrarla, cuando sea necesaria de conformidad con la ley. Cuando una de las partes está representada por curador *ad litem*, este concurrirá para efectos distintos de la conciliación y de la admisión de hechos perjudiciales a aquella. Si el curador *ad litem* no asiste se le impondrá la multa por valor de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), salvo que presente prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer.

### Título III

#### Disolución, nulidad y liquidación de sociedades

Artículo 528. *Audiencia inicial*. En la audiencia inicial el juez instará a los socios a conciliar las diferencias y a designar liquidador.



Al igual que el CPC, el CGP se dedica a determinar de una forma extensa la oportunidad, los intervinientes, el manejo de las justificaciones por la inasistencia y las consecuencias de la inasistencia a la audiencia inicial en la que se realiza la conciliación. Un cambio en relación con la legislación anterior consiste en que la norma dice que “el juez exhortará *diligentemente* a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento”.<sup>132</sup> Aunque sea una variación mínima, vale la pena resaltar que la ley haya abandonado su invitación tácita al juez de hacer la “pregunta del millón”: ¿tienen ánimo conciliatorio?, por una actuación con dedicación y atención para que las personas lleguen a acuerdos conciliatorios que respondan realmente a sus intereses y necesidades.

Comparando las normas del CPC y las del CGP, no se encuentran diferencias sustanciales sobre el concepto de la conciliación en la etapa procesal. A continuación se presenta una sentencia de la Corte Constitucional sobre la conciliación judicial.

#### **4. Concepto de la conciliación judicial en la Corte Constitucional**

Sin el ánimo de realizar una línea jurisprudencial sobre la conciliación judicial por la Corte Constitucional, a continuación se cita la sentencia<sup>133</sup> en la cual esta corporación se pronunció sobre dicho tipo de conciliación:

Por su parte, la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad.

Entonces, dependiendo del momento y del escenario, la conciliación puede servir para poner fin a un proceso, o para evitar que se inicie (sent. C-902 de 2008).

Para la Corte Constitucional, la conciliación judicial es una forma especial para terminar un proceso o para evitar uno, en la cual el conciliador es un juez que convalida el acuerdo conciliatorio de las partes. Además de tener en cuenta lo que la Corte dice al respecto, se presentará lo conceptualizado por dos juristas sobre la conciliación judicial.

---

<sup>132</sup> Énfasis por fuera del texto.

<sup>133</sup> En la Relatoría de la Corte Constitucional solamente se encuentra la sent. C-902 de 2008 cuando el tema de búsqueda es “conciliación judicial”.

## 5. Concepto de la conciliación judicial en dos doctrinantes

En la obra de López (2002), al escribir sobre la conciliación judicial empieza por mencionar en qué clases de procesos es posible adelantarla y en qué casos no (p. 588), aclara que el auto que señala la fecha de la audiencia de conciliación se debe notificar por estado a pesar que algunos jueces hacen lo contrario (p. 591); continúa diciendo, en relación con las consecuencias de la inasistencia establecidas en el art. 103 de la Ley 446 de 1998, que “ya no es tan solo la multa para el Estado lo que está de por medio, *sino casi siempre la suerte misma del proceso*”(p. 598); aclara sobre las mismas sanciones que la decisión del juez opera de plano, y que será en los recursos donde se puede alegar el error judicial si se presenta. En caso de ser aceptada la excusa que presenta la parte que no asiste, afirma López Blanco que el único efecto es el no imponer las sanciones y que no se puede repetir la audiencia toda vez que la oportunidad para hacerla ha pasado. Finalmente, sobre la audiencia de conciliación, el citado autor evidencia la contradicción entre la teoría y la práctica de la aplicación del art. 101:

Dice la norma que no es prejuzgamiento cuando sí lo es, por ser un imposible lógico proponer una fórmula justa sin que con ello se emita un juicio [...] además los jueces obran con máxima cautela en este aspecto y salvo las exhortaciones genéricas a que haya un arreglo se abstienen de proponer las fórmulas concretas, máxime, lo reitero, cuando normalmente en todos los procesos una de las partes tiene la razón y usualmente el aspecto está claro desde ese momento inicial del debate(López,2002, p. 599).

Al igual que lo que sucede con las normas del CPC, López Blanco centra su exposición en explicar los detalles procedimentales de la conciliación judicial, especialmente las etapas previas (oportunidad), qué deben hacer los jueces frente a las excusas y las consecuencias de la inasistencia, entendida esta etapa procesal como clave ya que seguramente define el resultado del proceso, y termina argumentando que sí existe prejuzgamiento del juez al proponer fórmulas de arreglo cuando para el mismo desde el inicio del proceso está claro qué parte tiene la razón. De la lectura del capítulo sobre la conciliación en el proceso civil de López Blanco se puede inferir que su concepto de conciliación es una etapa que se debe cumplir en el normal desarrollo de un proceso judicial, la cual no es una oportunidad real para que las partes en conflicto encuentren una solución. El juez debe tener claro cómo proceder antes y después de la conciliación; durante la misma el papel del juez o conciliador es invitar a las partes a que concilien y tener precaución con las fórmulas que proponga, ya que podrían ser entendidas como prejuzgamiento. Se podría entender que el enfoque de la conciliación no es la conciliación en sí misma, son las implicaciones procesales antes y después de esta.

Por otra parte, Junco, al referirse a la conciliación, dice:

Aparece en la vida del derecho como un acto jurídico de estirpe compleja, en el que intervienen sujetos con distintos intereses y cuyo consentimientos y voluntades se orientan a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, o también a modificar una obligación existente y, en no pocos casos, a novar o crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que interesen a las partes conciliantes, mediando la participación activa de un tercero llamado conciliador (2002, p. 99).

En concreto sobre la conciliación como institución de derecho procesal, afirma:

La conciliación compete al derecho procesal antes que al derecho sustancial [...] la conciliación es una institución eminentemente de derecho procesal; de derecho, porque el Estado está presente en la conciliación, por varios aspectos: creándola o permitiendo su existencia; reglamentando su procedibilidad, procedencia y las personas capacitadas para su celebración; consagrando el trámite para su celebración y estableciendo los efectos que el acto produce, tanto procesales como sustanciales (Junco, 2002, p. 161).

Para Junco Vargas son varias las disposiciones que establecen que el conciliador puede ser el juez competente o en potencia de serlo, quien actúa como director de la audiencia (Junco, 2002, p. 33) y más adelante reflexiona sobre el papel del conciliador-juez en los siguientes términos:

Nos hemos visto en aprietos y en ridículo muchas veces, proponiendo fórmulas de acuerdo, cuando desde la perspectiva misma de juez, de hombres y de juristas comprendemos que las partes no las van a aceptar; todo para dar gusto al tenor de la norma (Junco, 2002, p. 40).

En la obra citada, Junco Vargas hace una sistematización de los actos procesales de la conciliación, dividiéndolos en: 1) actos preparatorios, los cuales se diferencian si son extrajudiciales o judiciales; 2) actos de ejecución o celebración de la audiencia, que son los mismos en la conciliación extrajudicial o judicial; 3) actos de decisión o valoración conciliatoria; y 4) actos sancionatorios derivados del trámite conciliatorio (p. 220-244). En resumen, el conciliador extrajudicial o judicial en los actos de ejecución debe: 1) constituir la audiencia pública en asocio con las partes que asisten, a las cuales se les ha citado por los medios legales idóneos; 2) luego se identifica el conflicto y se exhorta a las partes para que expongan sus puntos de vista e intenten unificar criterios en aras de un arreglo; 3) cuando el conciliador conoce las posiciones, sopesa las posturas, los intereses y los propósitos de cada parte y pasa a que surjan propuestas de solución al conflicto; 4) luego viene la

proposición de fórmulas de arreglo, en el cual se trata de concretar la situación de diálogo entre las partes; 5) de todo lo anterior debe producirse una consecuencia: que las partes acepten o rechacen las fórmulas propuestas, resultado de su actitud o de la manifestación del conciliador; 6) el último acto es el cierre, donde se determinan los puntos concretos y precisos del acuerdo a que han llegado las partes; 7) finalmente, se elabora el acta de conciliación (Junco, 2002, pp. 223-226).

Podría afirmarse que para Junco Vargas la conciliación es una institución jurídica procesal en la cual el juez es el director de la audiencia. La conciliación judicial puede ser dividida en pasos estructurados guiados por una lógica argumentativa que tiene un resultado: un acuerdo que debe ser valorado por el juez para que sea conforme a derecho. El contexto de la conciliación es el derecho procesal, donde el protagonista es el Estado y el juez es el operador.

Las dos perspectivas anteriores de la conciliación judicial establecida en el CPC ofrecen un panorama del concepto y orientación de la misma. A continuación se intentará hacer un análisis de la idea de conciliación que tuvieron los miembros de la Comisión Redactora del Proyecto del Código General del Proceso con el fin de continuar ofreciendo elementos de análisis sobre qué es la conciliación judicial que propone el CGP.

## **6. La conciliación judicial en la Comisión Redactora del proyecto del CGP**

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal integró una Comisión Redactora<sup>134</sup> para elaborar un proyecto del Código General del Proceso. Toda vez que el proyecto de ley propuesto al Congreso de la República fue el fruto del trabajo de dicha comisión, se consultaron las actas de las discusiones a fin de comprender el concepto de la conciliación en el CGP.

El primer indicio que da cuenta del momento en el cual se empezó a considerar la inclusión de la conciliación en el CGP es el 11 de noviembre de 2003, cuando en la reunión uno de los miembros propuso traer al código la conciliación extrajudicial con la siguiente redacción:

En los procesos declarativos que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, antes de formular la demanda el demandante deberá provocar la realización de audiencia de conciliación extraprocesal. Este requisito no se exigirá cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas, se soliciten medidas cautelares o se ignore el

<sup>134</sup> La Comisión Redactora estuvo integrada por: Marco Antonio Álvarez Gómez, Ramiro Bejarano Guzmán, Ulises Canosa Suárez, Mauricio González Cuervo, Hernán Fabio López Blanco, Juan Ángel Palacio Hincapié, Jairo Parra Quijano, Pablo Felipe Robledo del Castillo, Miguel Enrique Rojas Gómez, Marcel Silva Romero, Edgardo Villamil Portilla y Ricardo Zopó Méndez.

domicilio del demandado (Comisión Redactora del proyecto de Código General del Proceso, 2003a, p. 11).

A continuación, otro miembro agregó que la conciliación es una institución que está asimilada en la cultura del país y debe conservarse. La disposición propuesta fue acogida (Comisión Redactora del proyecto de Código General del Proceso, 2003a, p. 11). El artículo propuesto se refiere a que la conciliación se exija como requisito de procedibilidad, aspecto ya incluido en la legislación en materia civil y de familia (Ley 640 de 2001).

El 12 de noviembre de 2003 la Comisión Redactora discutió sobre la forma que se adoptaría para la presentación de la demanda y se propuso aprovechar la conciliación extrajudicial para notificar el demandado en caso de que no se lograra un acuerdo conciliatorio. Al respecto un miembro comentó que para efectos de economía procesal, de aprobarse esta propuesta se ahorraría el proceso de calificación de la demanda y se evitaría el reparto toda vez que en un modelo de proceso por audiencias el juez solo va a tener tiempo para la audiencia y no podrá estar calificando demandas (2003b, p. 2). Acto seguido, otro miembro comentó que la audiencia preliminar no había sido bien entendida y sí fracasado por la conciliación, que la audiencia preliminar debe funcionar para las cuestiones de fondo. En relación con la mencionada disposición, otro miembro señaló que no era posible una audiencia tan ambiciosa porque el intento de conciliación genera cansancio a las partes y no sería posible continuar con la audiencia preliminar. Sobre el mismo tema, un miembro preguntó cuál sería el propósito de agotar la etapa de conciliación, si una vez estudiada la demanda y la contestación el juez detecta que la conciliación va a fracasar. Al final se propuso que el esquema actual de presentación de la demanda y contestación se debe conservar (2003b, p. 3). En esta reunión, en la Comisión Redactora se entendió la conciliación judicial como una oportunidad extraprocesal que se puede aprovechar para notificar al demandado con el argumento de economía procesal. Por otra parte, se percibe la conciliación judicial como una etapa que agota a las partes y la audiencia preliminar, que es donde está contemplada, debería ser para asuntos de fondo; además, se cree que el juez al estudiar la demanda y su contestación puede intuir que la conciliación va a fracasar.

En las actas 17 y 20 del 28 de enero y 11 de febrero de 2004 respectivamente, se propusieron dos redacciones para la audiencia preliminar, en las que se incluye la conciliación judicial, en los siguientes términos:

“Artículo —. *Audiencia preliminar*. Salvo norma en contrario, las partes, en los procesos de conocimiento, deberán concurrir personalmente a audiencia preliminar que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

6. Decreto de pruebas. El juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Así mismo, prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados.

Una vez fijado el litigio, el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Artículo —. *Primera audiencia.* En los procesos de conocimiento, el juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una primera audiencia, que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

8. Posibilidad de conciliación. Una vez fijado el litigio, el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento (Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso, 2004a, 2004b).

En las reuniones citadas los miembros de la Comisión Redactora no hicieron observaciones al contenido de las propuestas de la conciliación judicial. El concepto de conciliación es el mismo de la conciliación establecida en el CPC y las normas que lo modifican o complementan ya comentadas.

En la reunión del 18 de febrero de 2004 un miembro de la Comisión redactora dijo que la audiencia inicial donde se incluyó la conciliación se debe hacer solo con la presencia de los apoderados, a lo cual otro miembro aclaró que el argumento se orienta a que en la audiencia se resuelven temas jurídicos que las partes desconocen (2004c, p. 4). Más adelante un tercer miembro comentó que se debe permitir intentar la conciliación antes de la fijación del litigio, ya que este es el camino más expedito para terminar el proceso y esa posición fue respaldada por otro miembro bajo el argumento de que si se llega a un acuerdo no es necesario desgastar al juez en las demás etapas de la audiencia. Finalmente se planteó establecer que en cualquier fase de la audiencia el juez puede invitar a las partes a conciliar, planteamiento que fue aprobado (2004c, p. 6). En la última reunión de la Comisión Redactora, donde se dejó constancia de las discusiones sobre el tema de la conciliación judicial, se encontró que el concepto no varió y se piensa que en la conciliación se discuten temas jurídicos donde la asistencia de los apoderados es más importante y que una de las ventajas de la conciliación es la de evitar desgastar al juez en las demás etapas del proceso judicial;

adicionalmente, se permite que el juez en cualquier fase de la audiencia preliminar pueda invitar a las partes a conciliar.

Una vez la Comisión Redactora del Proyecto de CGP terminó su trabajo, el Gobierno nacional radicó, el 29 de marzo de 2011, ante el Congreso de la República, el Proyecto de Ley número 196 de 2011-Cámara, el cual fue publicado en la *Gaceta* número 119, del 29 de marzo de 2011. En la exposición de motivos solamente se menciona la conciliación judicial cuando se hace referencia a que se toma partido por un proceso esencialmente oral, que es el proceso del presente y del futuro, con una estructura en tres etapas: 1) una etapa inicial de demanda y contestación esencialmente escrita; 2) una etapa oral intermedia de audiencia de conciliación, saneamiento y control de legalidad, interrogatorio de las partes, fijación de hechos y decreto de pruebas; 3) una etapa oral final de práctica de pruebas, alegaciones y sentencia (Congreso de la República, 2011, p. 94).

## **7. La conciliación judicial en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código de Procedimiento Penal**

En materia judicial, además del CPG, los códigos de procedimiento en materia administrativa, laboral y penal establecen la posibilidad de conciliar dentro del proceso. A continuación se transcriben las normas que reglamentan la conciliación judicial:

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 180. *Audiencia inicial*. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el juez o magistrado ponente convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

8. Posibilidad de conciliación. En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, artículo 19. *Oportunidad del intento de conciliación*. La conciliación podrá intentarse en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda.

Artículo 22. Conciliación durante el proceso. También podrá efectuarse la conciliación en cualquiera de las instancias, siempre que las partes, de común acuerdo, lo soliciten.

Artículo 77. Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007. El nuevo texto es siguiente: Contestada la demanda principal y la de reconvenición si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, la cual deberá celebrarse a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será él quien la dirija.

En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

[...]

Instalada la audiencia, si concurren las partes, con o sin apoderados, el juez las invitará para que en su presencia y bajo su vigilancia concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de solución por este medio, y si no lo hicieren, deberá proponer las fórmulas que estime justas sin que ello signifique prejuzgamiento y sin que las manifestaciones de las partes impliquen confesión. En esta etapa de la audiencia solo se permitirá diálogo entre el juez y las partes, y entre estas y sus apoderados, con el único fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación.

Si se llegare a un acuerdo total se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente y se declarará terminado el proceso. El acuerdo tendrá fuerza de cosa juzgada. Si el acuerdo fuese parcial se procederá en la misma forma en lo pertinente.

[...]

Artículo 78. Acta de conciliación. En el día y hora señalados el juez invitará a las partes a que, en su presencia y bajo su vigilancia, procuren conciliar su diferencia. Si se llegare a un acuerdo se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente, tendrá fuerza de cosa juzgada y su cumplimiento se llevará a cabo dentro del plazo que él señale. Si el acuerdo fuere parcial se ejecutará en la misma forma en lo pertinente, y las pretensiones pendientes se tramitarán por el procedimiento de instancia.

Código de Procedimiento Penal, artículo 103. *Trámite del incidente de reparación integral.* Artículo modificado por el artículo 87 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en



contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

[...]

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario, el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y, de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

Artículo 104. Audiencia de pruebas y alegaciones. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

De conformidad con las normas anteriores, la conciliación judicial en el CPAyCA es igual a la establecida en el CGP, con la excepción de que en este último se exige al juez que exhorte diligentemente a las partes a conciliar. Por otra parte, comparando la conciliación consagrada en el CGP y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se encuentra que en este último se le asignan unas facultades más directivas al juez como conciliador, al mencionar que la conciliación se realiza bajo su vigilancia y el diálogo es entre el juez y las partes. Además de no significar prejuizamiento las propuestas del juez en la conciliación, tampoco se considerarán confesiones las intervenciones de las partes. De manera particular se ordena a los abogados presentes en la audiencia que en los casos en que se comuniquen con sus poderdantes, lo deben hacer con el objetivo de asesorarlos para proponer fórmulas conciliatorias.

A diferencia de lo que sucede en materia administrativa, laboral y del CGP, en materia penal el Código de Procedimiento Penal (CPP) habla de la conciliación como oportunidad procesal en el incidente de reparación integral. La norma penal establece tres oportunidades para que las partes concilien. Primero, cuando el juez admite la pretensión de la parte que instaura el incidente, debe ofrecer la posibilidad de conciliar; en caso de no darse, lo debe hacer de nuevo cuando realice la siguiente audiencia, y si esta tampoco prospera, debe insistir en la conciliación cuando realice la audiencia de pruebas y alegaciones. Lamentablemente el CPP no dice qué debe hacer el juez en la conciliación, solamente se limita a ordenar cuándo debe adelantarla.

## 8. Comentarios finales sobre la conciliación judicial

Hasta ahora se han revisado brevemente los conceptos de la conciliación judicial en el Código General del Proceso en comparación con el CPC, lo dicho por la Corte Constitucional, lo mencionado por dos doctrinantes, las discusiones que tuvo la Comisión Redactora del proyecto de CGP en relación con la inclusión de la conciliación en el proceso, y se han comparado las diferentes versiones de conciliación judicial del CGP con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código de Procedimiento Penal. Para finalizar, se expondrán algunas ideas sobre la importancia de la conciliación judicial como método de resolución de conflictos.

La conciliación debe superar los conceptos de mecanismo alternativo y de solución a la congestión judicial para convertirse en un verdadero mecanismo de resolución de conflictos. Lamentablemente, asociar la conciliación a la descongestión judicial y concebirla como alterna (subsidiaria) a la justicia ordinaria (principal) limita los alcances pacificadores de la conciliación. Se debería promover en los ciudadanos una cultura de conciliación para transformar la cultura que se tiene de resolver litigiosamente los conflictos. La conciliación como mecanismo de resolución de conflictos significa que las personas recurren a ella porque creen que a través del diálogo podrán superar la situación de conflicto.

La conciliación se enfoca en el conflicto, no en la controversia jurídica. La base teórico-científica de la resolución de conflictos está en las teorías de conflictos. El conflicto es entendido como “una divergencia de intereses percibida —una percepción por una de las partes (parte) de que sus aspiraciones son incompatibles con aquellas de otra parte (otro)—” (Pruitt, Kim & Rubin, 2004, p. 14). En algunos casos la conciliación judicial se piensa para resolver los problemas jurídicos que en el proceso integrarán la litis, que es la parte visible del iceberg. La conciliación busca que las personas solucionen sus conflictos en un sentido amplio e integral para que las causas que producen los conflictos sean analizadas, abordadas y transformadas (parte sumergida del iceberg).

La conciliación judicial tiene sus propios principios como resolución de conflictos y no como institución de derecho procesal. La conciliación se enmarca en una filosofía de resolución de conflictos interdisciplinaria donde el derecho aporta unos principios como la autonomía de la voluntad de las partes, flexibilidad, confidencialidad, imparcialidad, etc. Dichos principios orientan la actuación del conciliador y estos son diferentes de los principios del derecho procesal, en especial el debido proceso, ya que este no existe en la

conciliación, son etapas que dependen del tipo de conciliación que el conciliador practica: tradicional, transformativa o narrativa, para dar algunos ejemplos.

Las conciliaciones judicial y extrajudicial son en esencia la misma forma de resolución de conflictos. Las clasificaciones son simplemente denominaciones para comprender el orden de algo, en este caso el momento en el cual se realiza la conciliación, antes o por fuera y dentro de un proceso judicial. Puede que esta clasificación haya generado la idea de que la conciliación judicial y extrajudicial son diferentes y en la práctica una y otra se desconocen, olvidando sus aspectos comunes.

En la conciliación los protagonistas son las partes y su conflicto. El conciliador ayuda a las partes a que encuentren una solución a su conflicto y es por ello que las personas que viven el conflicto son fundamentales, porque solamente ellas conocen sus causas, pueden cambiar sus percepciones y generar compromisos que las lleven a respetarse, colaborar y legitimarse. Una conciliación entre abogados es contraria a la intención pacifista de la conciliación, ya que entre ellos no existe conflicto. En el mismo sentido, si las partes son las que sufren y quieren terminar con el conflicto, es a ellas a las que el conciliador debe estar enfocado; ellas no acuden a la conciliación para que un tercero les diga qué hacer o les eduque sobre sus derechos, y es por esto que el conciliador no es un director del proceso, es un facilitador del mismo.

En la conciliación se debe conocer el qué, el cómo y el para qué. Erróneamente se parte de la base de que los abogados son los conciliadores por naturaleza, porque son ellos quienes saben de derecho y las partes piden su intervención para solucionar un problema jurídico. La conciliación como ciencia cuenta con al menos tres escuelas: Harvard, transformativa y narrativa. El “qué” hace referencia a que los conciliadores conozcan y apliquen un modelo de conciliación (un modelo no es la conciliación extrajudicial o judicial). El “cómo” depende del tipo de conciliación que practiquen; existen etapas y técnicas para cada conciliación, ya sea del modelo Harvard, transformativa o narrativa. El “para qué” es la finalidad de la conciliación, que es diferente en cada tipo de conciliación; en este sentido, unos se enfocan en el acuerdo, otros a transformar las relaciones de las partes y otros a construir una nueva historia de respeto, colaboración y reconocimiento. ¿Qué tipo de conciliación es la que practican los jueces?

Se requiere una política pública integral sobre la conciliación judicial y extrajudicial. Si se tiene en cuenta que la conciliación es una sola, deberían el Consejo Superior de la Judicatura (encargado de los jueces) y el Ministerio de Justicia y del Derecho (responsable de la conciliación en el Gobierno nacional) aunar esfuerzos y diseñar estrategias conjuntas que unifiquen el concepto de conciliación y su aplicación. El art. 6.º de la Ley 640 de 2001 asigna

al Ministerio de Justicia y del Derecho el deber de capacitar en mecanismos alternativos de solución de conflictos a los funcionarios públicos facultados para conciliar. Asimismo, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla podría incluir un módulo de conciliación en los cursos de formación para la rama judicial.

Se requiere un perfil de conciliador diferente del perfil del juez o servidor público. La conciliación requiere de un operador que comprenda y lleve a la práctica la filosofía de la resolución de conflictos por medio de la conciliación. El conciliador debe tener un perfil profesional, no uno accesorio a su perfil como abogado o juez. Una limitación de la conciliación es la de ser aplicada por personas que la entienden como algo adicional que les sirve en su ejercicio profesional, pero no como una profesión en sí misma. Ser juez y conciliador a la vez es complejo y requiere de un gran esfuerzo para que una persona pueda desarrollar las habilidades y competencias de uno y otro. Tal vez sea necesario re-evaluar cómo desde la formación se están trabajando las identidades de los jueces como conciliadores para que cuando ofrezcan la conciliación no se limiten a hacer la denominada “pregunta del millón” o se la vea como una carga a su función importante de administrar justicia a través de sentencias.

La conciliación judicial es una oportunidad para que las partes intenten resolver su conflicto mediante el diálogo. Es una oportunidad para el juez de servir a la sociedad en su función de conciliador. Es una oportunidad para los abogados de garantizar los derechos de las partes en la solución de su conflicto. Es una oportunidad para la sociedad de tejer sus lazos y restablecer las relaciones rotas por el conflicto. Es una oportunidad que el Código General del Proceso entrega al “ciudadano de a pie” para que tome en sus manos la “revolución” y se haga responsable de su conflicto, que tiene otra cara: una oportunidad para comprender al otro como a él mismo. Tal vez este sea parcialmente el significado al que se hizo referencia al sancionar el CGP.

Bogotá, Septiembre de 2013

## Referencias

Colombia, Congreso de la República (2011, 29 de marzo). *Gaceta del Congreso*, 119. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.

Colombia, Constitución Política. Decreto-Ley 2158 de 1948, Decreto 1400 de 1970, Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001, Ley 906 de 2004, Ley 1395 de 2010, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012.

Colombia, Constitución Política (2009). Sentencias C-902 de 2008 y C-523.

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (2003a, 5 de noviembre). Acta núm. 11. Recuperado de <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (2003b, 19 de noviembre). Acta núm. 12. Recuperado de <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (2004a, 28 de enero). Acta No. 17. Recuperado de <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>

Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (2004b, 11 de febrero). Acta No. 19. Recuperado de <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>

Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (2004c, 18 de febrero). Acta No. 20. Recuperado de <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>

López Blanco, H. F. (2002). *Procedimiento civil. Parte general*. Bogotá, Colombia: Dupré.

Pruitt, D. G.; Kim, S. H. y Rubin, J. Z. (2004). *Social conflict: escalation, stalemate, and settlement*. McGraw-Hill.

Santos, J. M. (2012, 12 de julio). *Palabras del presidente Juan Manuel Santos en la sanción del Código General del Proceso y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, y posesión de la ministra de Justicia, Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá, Colombia: Presidencia de la República.

Vargas, J. R. J. (2002). *La conciliación: aspectos sustanciales y procesales*, 4.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Colombia: Temis.

### ***Doctrina nacional***

- Álvarez Gómez, M.A. (2013). *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, vol. I. Bogotá, Colombia: Temis/Javeriana.
- Azula Camacho, J. (2010). *Manual de derecho procesal civil*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de derecho procesal civil*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Forero Silva, J. (2013). *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis/Javeriana.
- López Blanco, H.F. (2012). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Bogotá, Colombia: Dupré.
- Morales Molina, H. (1986). *Curso de derecho procesal civil*. Bogotá, Colombia: ABC.
- Ramírez Arcila, C. (1969). *Teoría de la acción*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Rojas Gómez, M.E. (2004). *Teoría del proceso*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rojas Gómez, M. E. (2013). *Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Escuela de Actualización Jurídica.
- Rueda Fonseca, M. del S.(Coord.). (2010). *Derecho procesal civil*, Bogotá, Colombia: Temis/Uniandes, 2010.
- Sanabria Santos, H. (2011). *Nulidades en el proceso civil*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

### ***Doctrina extranjera***

- Arellano García, C. (2007). *Teoría general del proceso*. México D. F., México: Porrúa.
- Carnelutti, F. (2012). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.

- Chiovenda, Giuseppe (2011). *La acción en el sistema de los derechos*, Bogotá, Colombia: Temis.
- Couture, E.J. (1974). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Guasp, J. (2006). *Derecho procesal civil*. Navarra, España: Thomson Civitas.
- Palacio, L.E. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot/LexisNexis.
- Rocco, U. (1969). *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Véscovi, E. (2006). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.

## Abreviaturas

art.	(artículo)
exp.	(expediente)
M. P.	(Magistrado Ponente)
rad.	(radicación)
sent.	(sentencia)







Se terminaron de imprimir 300 ejemplares  
en los talleres de Editorial Kimpres  
PBX: 413 6884 - Calle 19 Sur N°. 69C-17  
Bogotá D.C., en el mes de diciembre de 2014.  
En su composición se utilizó  
la fuente tipográfica Garamond a 11 puntos,  
sobre papel bond bahía de 70 grs.





