TEMAS PROCESALES

2
1985
abril

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

TEMAS PROCESALES

Nº 2 1985

Revista del Centro de Estudios Procesales

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
a. aéreo 50088
Medellín, Colombia

SUMARIO

NOCION DE LA EXCEPCION

Jaime Soto Gómez

1. *Noción y elementos de la acción*

El Dr. Jaime Azula Camacho aplica a la acción la definición que Ugo Rocco da del derecho de acción, como "el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) tutelados en abstracto por las normas del derecho objetivo" [1].

Rocco agrega que "el derecho de acción es un derecho abstracto e indeterminado, que teóricamente corresponde a todo sujeto de derechos, es decir, a toda persona y a todo ciudadano como tal, y es, como todas las relaciones obligatorias de derecho público del Estado frente a los ciudadanos, una relación de elementos indeterminados, pero determinables" [2].

Pero todo interés está tutelado procesalmente, a menos que haya caducado la tutela jurídica sustancial. (Art. 85 del C. P. C.). (Volveremos sobre la caducidad).

Se verá que el concepto de acción tiene un sentido activo (autónomo y espontáneo) y uno pasivo (provocado) (la contradicción). Son elementos de la acción, en el sentido activo:

a) sujeto activo: el demandante, en el campo extrapenal;

b) sujeto pasivo: el Estado;

c) objeto: la prestación jurisdiccional; y,

---

1. Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, volumen I, Parte General, Temis Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1976, p. 272. Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal. Teoría del Proceso, 1979, p. 110.

2. Ob. cit., Vol. II, Parte General, p. 112.

d) contenido: la pretensión aducida.

Salvo que el Estado sea demandado, la acción no se ejerce contra él, sino ante él.

Al demandado se reconoce el derecho de acción en la forma de contradicción, de lo cual resulta que él también es sujeto de ella, en esta forma.

Como elementos de la contradicción se dan:

a) sujeto activo: el demandado, en el campo extrapenal, y el procesado, en el penal;

b) sujeto pasivo: el Estado;

c) objeto: el proceso y, mediante él, la obtención de una sentencia, independientemente del contenido que haya de tener ella; y;

d) fines: uno principal: "la satisfacción general del interés en conservar la paz y armonía sociales, impidiendo la justicia por propia mano", y uno secundario: el interés particular del demandado, contraído a su derecho de defensa (lo cual vale en el caso del sindicado).

Se dice que la acción (como ejercicio del derecho de acción) requiere petición del interesado (demanda o querella), y el derecho de contradicción nace para el demandado o el sindicado aun contra su voluntad, por el solo hecho de tener su calidad en el proceso; y que la acción es el vehículo o medio idóneo para proponer la pretensión, mientras la contradicción es el medio de ejercer el derecho de defensa.

Couture anota la diferente situación de las dos partes, diciendo: "Mientras el actor tiene la iniciativa del litigio, el demandado no la tiene, y debe soportar, a su pesar, las consecuencias de la iniciativa del demandante".

De lo expuesto resulta que, mientras el derecho de acción es permanente o habitual para demandar, y su ejercicio depende del actor mismo, el de contradicción sólo es actual, y su ejercicio también depende de la voluntad del demandado o del sindicado.

Cabe advertir que no hay oposición entre el fin de la institución del proceso en general o en abstracto y el fin de cada proceso en particular, según el Art. 4º del C. P. C., de acuerdo con el cual "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", pues, como anota Couture, a propósito de la tutela jurídica procesal, "la paz injusta no es un fin del derecho".

2. *Naturaleza del derecho de contradicción*

Igual que el de acción, es abstracto, público y diferente del derecho alegado y de la misma actitud asumida por el demandado.

El permite a éste asumir estas actitudes: una activa y positiva: allanarse a la demanda; una activa y negativa; negar los hechos (objetar); y una activa y afirmativa: invocar hechos diferentes (excepcionar).

Reconvenir es una forma de accionar, y sólo es posible en casos precisamente señalados por la ley.

En materia penal sólo caben dos actitudes por parte del sindicado: pasiva u oposición; no cabe allanamiento ni reconvención.

Alguna doctrina da como elementos de la contradicción: funcionarios competentes (que implica tener jurisdicción), capacidad para ser parte y capacidad procesal.

Pero ocurre que la contradicción puede consistir precisamente en negar la competencia a quien afirma tenerla; luego no es presupuesto de ella; así como puede consistir en discutir la capacidad procesal o para ser parte atribuída a la parte demandada.

En cambio, se requiere la existencia de un proceso y ser parte en él (aún sin interés jurídico en él, como en casos que veremos del apte. 3 del art. 97 del C. P. C.).

Antes de tratar de la naturaleza de la excepción, estudiaremos algunos aspectos formales de ella.

3. *La denominación*

De la palabra "excepción" se da como etimología "excepta", del latín, plural de "exceptus", elegido, entresacado; pero podemos agregar; escogido, excluído.

El tratadista Morales M. cita opiniones de que "excepción" "se deriva de **exeptio onis",** que indica la acción o efecto de exceptuar o excluir de la regla general; de que "viene de la palabra **excipiendo,** que significa enervar o destruir"; y de que proviene de "ex-actio, frase, dice, que significa la negativa de la acción"; lo cual vale tanto como exclusión [3].

3. Curso de Derecho Procesal Civil, Vol. I, Parte General, 1976, pp. 323, 324 y 325.

4. *Antecedentes*

Para Couture, la excepción, como "estructura necesaria del proceso civil", "es un instrumento de la libertad civil"; y "el precepto 'audiatur altera pars' existió siempre en el derecho clásico. Pero en la Carta Magna adquiere su significación de orden político".

En ella se destacan los principios de ser juzgado solamente por el juez natural, el de la misma condición, y mediante ley preexistente ("legale judicium parium suorum vel per legem terre").

Las constituciones de Maryland, de Pennsylvania y de Massachusets recogieron, en una disposición expresa, el concepto de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal ("due process of law"), constituciones de las cuales pasó a la de Filadelfia.

La excepción no es sino una forma de defensa del demandado, ejercicio del derecho de defensa, dentro del debido proceso.

5. *Concepto actual*

A la noción clásica de acción en sentido concreto, como "el medio de pedir lo que es nuestro o se nos debe", se contrapone la de excepción "como medio legal de destruir o aplazar la acción intentada".

Wach y Hellwig pertenecen a tal corriente, pues toman la excepción como tutela jurídica dirigida a obtener el rechazo de la acción infundada.

De la misma corriente era Chiovenda, quien consideraba la excepción como "el derecho del demandado solamente con respecto a una acción propuesta infundadamente por el actor", sin explicar "el caso de la acción propuesta con fundamento".

En cambio, la doctrina moderna no ve en la excepción sino una forma de la acción: así como puede proponer aquélla quien no tiene el derecho, puede proponer ésta quien tampoco lo tiene. Couture la llama "la acción del demandado". "El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda", dice, por "pretensión" [4].

---

4. Fundamentos de Derecho Procesal, Ed. 1973, Póst., p. 91.

Aunque se afirma que las excepciones no pertenecen sino al campo extrapenal, en el penal se advierten la cosa juzgada y la inimputabilidad del hecho como equivalentes a excepciones, si bien se discute esto como excepción; y cabe plantear lo mismo con la prescripción, que en materia penal se confunde con la caducidad.

Se observa que, al lado de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho afirmado en la demanda, la ley llama también excepción unos conceptos puramente procesales, relativos al modo como se está reclamando el presunto derecho o pidiendo la tutela jurídica procesal, o sea consistentes en la afirmación de "impedimentos procesales", para que el proceso se termine o se mejore, sin relación directa con la afirmación del derecho a que se refiere la pretensión.

Así, la excepción puede dirigirse contra la pretensión o contra el modo de ejercerla.

Aquélla es de mérito, y ésta es previa o impedimento procesal.

En principio, no se ve similitud formal entre un hecho que enerva la pretensión (excepción perentoria de ésta, o sea sustancial) y un hecho que enerva el proceso (excepción procesal); pues ya se ve que a tales conceptos no los une sino el elemento común de enervar algo; lo cual explica tratamientos muy diversos que les da la ley, bajo la misma y equívoca denominación. En cambio, algunos tratadistas llaman "excepción" la previa y "defensa" la perentoria o de mérito.

De esta suerte, no concuerdan sino en el concepto de obstar, al derecho reclamado, como fue reclamado (la perentoria o de mérito), o a la prosecución del proceso como fue propuesto (la previa).

Así, la denominación de "impedimento procesal" para ésta elimina el equívoco.

Ugo Rocco se refiere a unas y a otras, respectivamente, como a "hechos jurídicos que **impiden** que surjan las relaciones jurídicas sustanciales afirmadas como existentes por el actor, o que las **modifiquen** o **extingan;** y hechos jurídicos que **impiden** que surjan **relaciones jurídicas procesales,** o que las modifican o extinguen".

Y agrega: "Las excepciones que tienen por contenido la deducción de hechos jurídicos a los cuales el derecho objetivo asigna efectos sobre las **relaciones jurídicas sustanciales,** son **excepciones de derecho sustancial;** las excepciones que tienen por contenido la oposición de hechos jurídicos a que el derecho objetivo atribuye

efectos jurídicos sobre las **relaciones de derecho procesal,** son **excepciones de derecho procesal"** [5].

Pero para él "todo acto de excepcionar, en cuanto constituye un **acto procesal** del demandado, implica necesariamente que **todas las excepciones** son... procesales, ya que nacen en el proceso y están reguladas por normas procesales".

Así, no admite distinción entre excepción sustancial y procesal si se hace referencia al elemento formal de la excepción y a la función de ella, sino únicamente si se hace el **"objeto** o la **materia** que constituye el contenido de este especial acto procesal"..., dice [6].

Proponer una excepción implica afirmar la existencia de un hecho coetáneo o posterior al hecho básico de la pretensión, o coetáneo a la formulación de la pretensión (no posterior).

Aquello impugna la pretensión y esto el modo de ejercerla; aunque las excepciones llamadas mixtas impugnan aquella por la vía del modo.

En materia extrapenal, los impedimentos procesales tienden a extinguir el proceso o a mejorarlo; son perentorios o definitivos y dilatorios o temporales. En materia penal no existen tales impedimentos, sino remedios distintos, por la vía de la nulidad.

6. *Denominación y clasificación*

La excepción opuesta a la pretensión puede consistir en un hecho coetáneo y previsto en la norma que desvirtúa la identidad del hecho generador del derecho previsto en ella (hecho impeditivo), o en un hecho posterior al previsto en la norma como generador, también previsto en ella, que modifique o extinga el derecho (hecho modificativo o extintivo).

En 1868, Oskar Von Bülow reproducía este concepto romano: "Se dice excepción a cierta exclusión que suele oponerse a la acción de un reo a fin de excluir "lo que se ha deducido en orden a la intención o la condena" [7].

---

5. Ob. cit., I, p. 324.

6. Ob. cit., I, pp. 323 v 324.

7. Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales, Ejea (Ediciones Jurídicas Europa América), 1964, p. 254.

Obvio es que no existe jurídicamente algo llamado, empíricamente, "carencia de acción" (por "falta de tutela jurídica sustancial") y algo denominado, también en forma empírica, "inexistencia de la obligación".

Aunque, según cita del tratadista Morales M. [8], nuestra Corte toma en forma positiva (como pretensión infundada) una supuesta excepción denominada "petición de modo indebido", de ella se da como origen arcaico el C. P. C. de 1890, del cual pasó a ser forma de inepta demanda en el de 1931; de tal suerte que es erróneo el concepto en el sentido dicho arriba.

Las excepciones se dividen doctrinariamente en perentorias (de "perimere", matar) y dilatorias (de "deffere", diferir, prolongar), en cuanto unas extinguen el derecho o el curso del proceso en el cual se reclama, y las otras difieren el ejercicio del derecho o el curso del proceso. Se toman como ejemplo de perentorias la prescripción, que extingue el derecho, y el compromiso, que extingue el proceso; y como perentoria temporal o dilatoria de fondo la de demanda prematura o anticipada ("petición antes de tiempo", "pluris petitio tempore", según Von Bülow). (La última tesis de la H. Corte sobre el sentido del art. 1.609 del C. C. eliminó la de contrato no cumplido).

Entre las excepciones de mérito hay reales y personales, como prevé el art. 1.577 del C. C.

Se debe a Chiovenda la división de las de mérito en propias e impropias: impropias las que implican falta de elementos necesarios para el juez reconocer el derecho, y propias las que por sí mismas darían base a una pretensión autónoma.

En nuestro derecho son propias la compensación, la nulidad relativa y la prescripción (art. 306 del C. P. C.). En el proceso ejecutivo toda excepción de mérito debe ser propuesta, menos la de caducidad, por virtud del art. 85 ib.

En los sistemas europeos todas las excepciones exigen proposición.

Según el tratadista Morales M., entre las propias los autores incluyen el beneficio de inventario y el de excusión.

Pero ocurre que normalmente ellas operan en el proceso eje-

---

8. Ob. cit., p. 150.
(8 bis) Teoría General de las Obligaciones, 1ª parte, Vol. II, 1951, p. 446.

cutivo; por lo cual en la práctica exigen proposición por el ejecutado.

El tratadista Pérez Vives tácitamente rechaza la existencia de una excepción impropia, y no la admite siquiera como propia: según él, el demandado por daño causado en actividad peligrosa que, a su vez, sufrió daño de la otra parte por ejercicio de actividad igual, no puede alegar culpa de ésta, como exoneración, sino que tiene que demandar, según estos términos: "En segundo lugar, es preciso que se hayan enfrentado dos acciones de responsabilidad... si, no obstante el daño recíproco, una de las partes se abstiene de accionar, por cualquier causa, no habría lugar a hablar de **neutralización**"... (8 bis).

Tal tesis es acorde con sistemas europeos, pero no con nuestro citado art. 306.

7. *Proposición y resolución de excepciones de mérito*

Sólo es procedente declarar una excepción de mérito si, por otra parte, aparecen configurados los hechos básicos de la pretensión; pues en caso contrario lo que procede es absolver al demandado. Si el juez no lo hace así, sino que se limita a declarar la excepción, "deja de fallar sobre uno de los puntos controvertidos e incurre en sentencia "minima petita", según el tratadista Morales M. [9].

En los procesos de conocimiento, como está insinuado, el juez debe declarar cualquier excepción impropia que se configure, aun no propuesta, y propia propuesta que se configure, sin perjuicio de limitarse a declarar una sola (art. 306 cit.).

Aunque en aquéllos importan más los hechos que la denominación de las excepciones, se puede solamente enunciar éstas por sus denominaciones, como guía para que el juez las deduzca.

Al contrario, en los procesos ejecutivos lo que importa es la enunciación precisa de los hechos.

Pero, en conformidad con el art. 149, apte. 2, ib., uno de los casos en que es procedente la acumulación de procesos es el de que un mismo demandado haya propuesto excepciones (de mérito, se deduce) con base "en los mismos hechos". Para tal efecto, en-

9. Ob. cit., p. 153.

tonces, alegar los hechos es una carga, un medio para obtener un resultado.

Porque lo que implica la excepción de mérito, como se vio, es que el demandante no tiene el derecho que afirma tener, aunque el demandado no apele, si el superior no encuentra configurada una excepción deducida por el inferior, sino otra, propia alegada oportunamente, o impropia, debe declararla. Con ello no viola el principio de la no "reformatio in pejus", porque lo que hace es confirmar la sentencia del inferior, por una razón distinta de la afirmada por éste. (El art. 99 establece algo análogo en relación con excepciones previstas).

En forma impropia e innecesaria, el art. 96 del C. P. C. dice que las excepciones de mérito se deciden en la sentencia, cosa que no es exacta o absoluta, pues en el proceso divisorio se deciden por auto (art. 470), el cual debería ser sentencia.

Y en el proceso ejecutivo también las previas se deciden en la sentencia (art. 509), incluyendo el ejecutivo con acción real, según el tratadista Hernán Fabio López Blanco [10].

Solamente en el proceso ordinario de mayor cuantía las excepciones de mérito tienen como trámite especial mantener el escrito "por cinco días a disposición del demandante, para que éste pueda pedir pruebas sobre los hechos en que ellos se fundan".

8. *Casos especiales*

En el proceso de expropiación no caben excepciones de mérito (art. 453), porque el juez no es competente para definir posibles vicios del acto administrativo, el cual se debe impugnar por la vía administrativa.

En el caso de ejecución de que trata el art. 335 sólo se puede alegar pago, compensación o confusión posteriores a la condena, y nulidad por alguna de las causales contempladas en los incisos 2º y 3º del artículo 154 del C. P. C.; y cuando el proceso ejecutivo se adelanta con base en sentencia de condena o en otra providencia que apareje ejecución sólo se podrá alegar las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o

---

10. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, t. II, Parte Especial. Los Procesos, Edit. Temis, Bogotá, 1980, p. 345.

transacción, que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos contemplados en los incisos 2º y 3º citados, la de pérdida de la cosa debida y las previas de que tratan los apartes del 1 al 5 del art. 97 (art 509 cit.), restricción que no debe operar en el caso de que la providencia que apareje la ejecución no haya permitido discusión, que sea sumaria con respecto a tal hecho, como liquidación de costas, por ejemplo, en relación con hecho posterior al debate que originó su imposición.

9. *Excepciones previas*

Como vimos en el punto 5. (Concepto Actual), tienden a terminar el proceso o a mejorarlo.

Las admiten el ordinario, el abreviado, el verbal, el de deslinde, el divisorio, el de disolución judicial de sociedad, el de declaración de nulidad de sociedad y el ejecutivo, quirografario o con título hipotecario o prendario, como se vio, y el de liquidación de sociedades conyugales por sentencia de jueces eclesiásticos (solamente por declaración de nulidad de matrimonio, bajo la Ley 20 de 1974), con restricciones, así: en su apte. 2 el art. 625 dice admitir solamente las de los apartes 1, 3, 4, 5 y 8 del art. 97, así como las de cosa juzgada "y que el matrimonio no estuvo sujeto al régimen de comunidad de bienes", además de la de reconciliación.

Pero, para efectos del aparte 4 citado, las partes ya no son cónyuges, sino ex-cónyuges; luego no cabe la prueba del vínculo; y tampoco cabe la excepción de reconciliación, por la misma causa.

Por virtud del artículo 453 del C. P. C., el proceso de expropiación no admite la proposición de excepciones previas; pero en él el juez debe estudiar de oficio los hechos contemplados como tales en los apartes 1, 3, 4, 5 y 7 del Art. 97 y, en el caso de encontrar configurada alguna, declararla y abstenerse de decretar la expropiación (o sea definir presupuestos procesales). Ello no impide que cualquiera de las partes se limite a alegar el hecho, para inducir al juez a estudiarlo.

En forma análoga, con respecto a servidumbres públicas, el art. 27 de la Ley 56 de 1981 dispone: "5 - Sin perjuicio del deber del juez de abstenerse de proferir sentencia de fondo en los casos previstos por la ley, en este proceso no pueden proponerse excepciones".

Tienden a terminar el proceso las de falta de jurisdicción, com-

promiso, inexistencia, incapacidad e indebida respresentación del demandante o del demandado; pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, y, literalmente, no haberse presentado con la demanda prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que se le cite (apartes 1, 2, 3, 4 y 8 del art. 97 citado); y tienden a mejorarlo las de incompetencia, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones; trámite inadecuado, por habérsele dado un curso distinto del que le corresponde; y no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario (apartes 1, 5, 6 y 7).

Dijimos que literalmente la falta de presentación de prueba debida termina el proceso, porque, aunque el texto legal no lo diga, en este caso también se debe conceder el término señalado en el inciso del aparte 4 para presentar la prueba omitida.

También se puede proponer como previas las de cosa juzgada (menos en los casos previstos de ejecutivos, de los arts. 335 y 509), transacción, prescripción y caducidad, que tienen el efecto de terminar el proceso.

No se justifica que la ley establezca el trámite incidental para definir los puntos de falta de jurisdicción, de incompetencia por factores distintos del territorial, de ineptitud de la demanda, de trámite inadecuado y de caducidad, por ser puntos susceptibles de definirse de plano, en forma de reposición, por corresponder a cuestiones de puro derecho.

En cambio, con respecto a la transacción se advierte lo contrario, a menos que conste en documento auténtico, y con respecto a la prescripción cuando corresponde a algo trascendental y complejo, por los hechos y la prueba; no se debería poder deducirlas por la vía meramente incidental; cosa que no ocurre con la excepción mixta de cosa juzgada, que sólo admite prueba escrita (documento público).

Hace falta una reforma de la ley sobre estos puntos.

Al contrario de lo que ocurre con las perentorias (punto 7). con respecto a las previas es preciso enunciar los hechos en que se fundamentan, según el art. 98 ib.

El art. 100 del C. P. C se interpreta en forma absoluta, en el sentido de que solamente pueden proponer nulidad, aun por incompetencia derivada de los arts. 152, 155 y 156, quienes comparecen al proceso después de pasada la oportunidad de proponer la

excepción, o sean los litisconsortes necesarios citados en conformidad con el art. 83; pues los intervinientes y sucesores toman "el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención", según el art. 62 ib. (artículo 100 equivalente al 159 que se transcribirá en el punto siguiente).

Como se hizo notar en el punto 7, el art. 99 establece algo análogo al art. 306, en relación con las excepciones previas, para el caso de apelación.

10. *Excepciones previas y presupuestos procesales*

Las excepciones previas preservan presupuestos procesales. Eso explica que, en la última página de su obra citada, el tratadista Von Bülow incurriera en el error de proponer que en el proyecto de Ordenanza Procesal Civil General para los Estados Federales de Alemania y en el proyecto de Ordenanza Procesal Civil para Prusia, "en lugar de excepciones procesales impeditivas" se escribiera "presupuestos procesales" (u otra expresión que expresara mejor el concepto"...), confundiendo, así, los dos términos de la relación.

Pero el interés jurídico no tiene excepción previa protectora.

Tradicionalmente se han considerado como presupuestos procesales la competencia del juez, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la demanda idónea, presupuestos cuyo efecto es distinto, pues la falta de capacidad para ser parte y la de demanda idónea determinan sentencia inhibitoria, y la de competencia y de capacidad procesal generan nulidad del proceso.

A tales presupuestos el profesor Morales M. agrega el de trámite adecuado, cuya falta determina también nulidad del proceso.

Pero a todos ellos se agregan inexistencias de pleito pendiente, legitimación en la causa e interés jurídico, sustancial o en sentencia favorable, como presupuestos de sentencia de mérito.

Y en la anterior relación se echa de menos un presupuesto más, de validez del proceso: respecto al aparte 3 del art. 152 del C.P.C.; el cual no tiene excepción previa específica que lo preserve y cuya falta genera nulidad considerada insubsanable.

Para el tratadista López Blanco la falta de capacidad para ser parte es el único defecto que justifica fallo inhibitorio (punto sobre el cual hemos de volver); pero no expresa cómo se debe resolver

en caso de faltar otros presupuestos considerados como sentencia de mérito [11].

El proyecto de C. P. C. de 1956 proponía un art. 152 en estos términos: "El demandado, dentro del término del traslado de la demanda, puede proponer en un solo escrito las siguientes excepciones previas:

1, falta de jurisdicción o de competencia del juez para conocer del asunto;

2, falta de personalidad o incapacidad del actor o del demandado, o defecto en la personería del representante o del apoderado;

3, ineptitud de la demanda, si la que se propone no reúne los requisitos legales o no comprende a todas las personas que deben concurrir al juicio, conforme a lo previsto en el artículo 139;

4, trámite irregular de la demanda, cuando se le dé un curso distinto del que le corresponde;

5, compromiso;

6, pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto;

7, cosa juzgada;

8, prescripción o caducidad de la acción, según el caso".

Como antecedente del art. 83 del C P. C., más amplio éste, el art. 139 se refería al litisconsorcio necesario en estos términos: "Cuando la demanda recaiga sobre un acto jurídico a cuya formación hayan contribuído varias partes o que, siendo unilateral, aproveche a varias personas, aquella deberá comprender a todos los partícipes o beneficiarios, de modo que el juicio se surta con los distintos interesados.

"De igual manera se procederá en los demás casos de litisconsorcio necesario previstos en este Código".

Antecedente, a su vez, del art. 100 del actual C. P. C., en artículo 159 del proyecto, literalmente se proponía hacer disponibles el trámite, la excepción de pleito pendiente, la de cosa juzgada y la caducidad, sometiéndolas en forma absoluta a la actividad de la parte afectada, como carga, según estos términos: "El juez se pro-

---

11. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, 2ª Ed. t. I, Parte General, 1979, pp. 171 y 565.

nunciará de oficio sobre los motivos de excepción de que tratan los numerales 1, 2 y 3 del artículo 152, menos en los casos de competencia prorrogable.

"Este pronunciamiento o calificación de presupuestos procesales se hará en la providencia que resuelva cualquiera otra excepción previa, y, si ninguna se propuso, una vez que haya vencido el término del traslado de la demanda.

"Dicha calificación será inmodificable en el curso del juicio, excepto en los casos especialmente previstos en este Código".

Tal antecedente explica la interpretación absoluta dada al art. 100 del estatuto procesal civil vigente, como se hizo notar en el punto 9. (Excepciones Previas), menos con respecto a falta de jurisdicción y a trámite inadecuado.

Es obvio que el auto erróneo que se profiera en el sentido de rechazar una excepción previa no obliga al juez en la sentencia; por lo cual puede rectificarlo en ésta.

11. *Breve reseña de las excepciones previas*

a) Falta de jurisdicción o de competencia

La relación vista entre excepciones previas y presupuestos procesales explica que el art. 97 las enuncie dentro de aquel concepto y el art. 152 como causales de nulidad.

Es obvio que, si el proceso no corresponde siquiera a la jurisdicción del funcionario ante el cual se instauró, menos puede ser competente, como tampoco si no es siquiera funcionario "judicial" (concepto más amplio que el específico "jurisdiccional", según ilustre doctrinante), sino meramente administrativo, por ejemplo:

Vimos que la interpretación que se da al art. 100 citado hace que quienes pueden proponer nulidad por falta de competencia son litisconsortes necesarios citados de acuerdo con el art. 83, que comparezcan después de la oportunidad para proponer excepciones previas, derecho que no tienen los intervinientes y sucesores, según el art. 62 (punto 9, Excepciones Previas).

Si, además de esta excepción, se proponen otras, se debe proceder como en el caso del aparte 5 del art. 510.

b) Compromiso

El compromiso es una derogación de la competencia, luego la excepción constituye una forma de incompetencia, no de falta de jurisdicción, que no admite disposición de las partes.

c) Inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado

Tal norma comprende dos formas distintas de excepción, incompatibles: si una parte no existe, no puede ser incapaz ni representada indebidamente.

Por tanto, es improcedente la proposición de inexistencia con otra de las formas de la excepción, salvo ésta en subsidio de aquélla.

En cambio, la parte incapaz sí puede estar indebidamente representada.

La inexistencia del demandante o del demandado implica falta de capacidad para ser parte (art. 44 ib.), que determina sentencia inhibitoria, como se vio en el punto anterior, si el proceso llega al estado de proferirse sentencia en él.

En cambio, indebida representación del demandante o del demandado implica falta de capacidad procesal, contemplada en el aparte 7 del art. 152, como causal de nulidad. Como se verá, en este caso no se sanea la nulidad de acuerdo con el art. 100; el caso no está contemplado en éste.

Ahora, así como quien demanda necesita interés jurídico, quien se opone o se defiende también lo necesita, según hicimos notar atrás; debe defenderse de un agravio que el proceso pueda irrogarle. En principio lo tiene todo demandado, según dijimos.

Pero no lo tiene realmente quien se opone en nombre de alguien que no existe o a quien no representa, pues es tercero frente a partes reales o supuestas.

Así, quien alega inexistencia de una persona supuestamente representada por él, o no ser representante de ella, no está obrando en interés propio, sino ajeno, en relación con una causa que no lo afecta; luego la ley le admite un interés meramente moral o cívico, y le reconoce una mera facultad, en lugar de imponerle un deber, por lo menos de afirmar la verdad, como debería ser, en forma análoga a como debe proceder quien es demandado como poseedor de una cosa siendo mero tenedor de ella (art. 59); de tal suerte que, si el supuesto representante no quiere hacer uso de la facul-

tad reconocida por la ley, el derecho del demandante o del demandado no tiene en su favor sino la posibilidad de que el juez proceda en conformidad con el art. 37, aparte 3, a conjurar un posible fraude procesal.

En este punto falta otra reforma al C. P. C.

Error de omisión semejante contiene el art. 36 del C. P. C., que no exige a quien demanda a persona jurídica de derecho privado presentar con la demanda prueba de su existencia y su representación; reconoce a ésta la inútil facultad de presentar tal prueba con la contestación de la demanda, la cual solamente se justifica si tal prueba desvirtúa la afirmación del demandado; y, finalmente, establece que, "si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el juez decidirá sin consideración a la falta de esa prueba".

El aparte 3 comentado admite la posibilidad de que exista un vicio a pesar de aparecer una prueba aparente, como el de que el presunto representante a quien se notifica la admisión de la demanda ya no tenga tal calidad, porque fue reemplazado, o porque el presunto incapaz ya es capaz, o está emancipado, etc.

Si se notifica la admisión de la demanda al incapaz mismo, en lugar de su representante, o a quien no representa al demandado, no se efectúa "en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda", hecho contemplado en el aparte 8 del art. 152 citado; por lo cual en tal caso el art. 100 no sanea la omisión de proponer la excepción.

En ese caso concurren las causales de nulidad contempladas en los apartes 7 y 8 del art. 152.

d) No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que se le cita.

Los apartes 4, 5 y 7 del artículo 97 se refieren a errores del demandante; el 6 se refiere a un error del juez, al cual puede haber sido inducido por aquel o no.

Una cosa es que alguien no tenga una calidad, como se prevé en el aparte 3, y otra es que no presente la prueba de tenerla; aunque aquel caso pueda absorber éste: no se presenta la prueba de la calidad, porque no se tiene ésta.

Sin embargo, el Dr. Devis E. divide el aparte 4 en dos puntos,

y en la forma de enunciar uno asimila la falta de la calidad con la falta de la prueba.

Para él la "falta de representación del supuesto curador de bienes (que incluye el caso de la herencia yacente) o administrador de la comunidad o albacea, por no tener el demandado esas calidades", en realidad está comprometido en la parte final del párrafo 3; pero era conveniente señalarlo de manera expresa, dice [12].

Mas ocurre que el aparte 3 citado contempla la falta de la calidad respectiva, y el 4 la mera falta de la prueba. El caso del aparte 3 se puede configurar aunque se presente una prueba, meramente aparte, como se explicó.

Para este tratadista el segundo caso constituye "falta de legitimación en la causa, en la persona del demandado como heredero o cónyuge sin serlo (por ejemplo, en casos de investigación de la paternidad natural, después de muerto el presunto padre)".

El tratadista propone sustituir la denominación "legitimación en la causa" por la de "legitimación para pretender o resistir a la pretensión" o "legitimación para obtener sentencia de fondo o de mérito", de acuerdo con Carnelutti [13], y dice que ella "es una calidad subjetiva especial que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso" [14].

A propósito de la misma norma, el tratadista Morales M. dice que "ciertas personas comparecen no en nombre propio sino en nombre ajeno, pues no representan a otras, sino por la calidad de que están investidas. Ellas son el heredero, cónyuge, albacea, curador de bienes y administrador de comunidad singular, ya que la herencia, la sociedad conyugal, la masa de bienes del ausente, del que está por nacer y la comunidad no son personas jurídicas y, por tanto, susceptibles de representación"; y agrega que esta forma de comparecer constituye una modalidad del presupuesto procesal de capacidad para ser parte [15]; siendo así que este presupuesto no tiene relación con la representación, sino con la existencia jurídica.

Pero en el caso de que se admita la demanda sin la prueba

---

12. Compendio de Derecho Procesal Civil, t. I, Teoría General del Proceso, 4ª Ed., 1974, p. 214.

13. Ob. cit., p. 236.

14. Ob. cit., p. 233.

15. Ob. cit., p. 340.

exigida por la ley y no se proponga la excepción respectiva, tal defecto es saneable, mediante la obtención de la prueba debida. Es uno de los casos en que la ineptitud de la demanda es saneable. En el punto siguiente ampliaremos algunos conceptos.

Aunque la norma se refiere a prueba relativa a la parte demandada, el profesor López Blanco dice que ella, "al utilizar la palabra **cita",** se refiere "a la acepción que ésta tiene, como mención que se hace de algo" [16], razonamiento que parece forzado en su forma, pero acertado en su contenido, o sea que se debe atender que la norma se extiende también a la parte demandante.

e) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones

En la demanda cabe distinguir elementos susceptibles y no susceptibles de suplir, y dentro de los no susceptibles de suplir se distinguen puntos que admiten interpretaciones, como un deber del juez, no como mera facultad o poder.

Así, aunque el art. 74 del C.P.C. exige enunciar en la demanda "la designación del juez a quien se dirija", es posible deducir esto, aunque no esté expreso en ella; aunque el demandante no enuncie su nombre, es posible deducirlo de su firma; aunque no se diga el domicilio del demandado, si de hecho se obtuvo su comparecencia al proceso, no se puede decir que la sentencia es inepta por la omisión (a pesar de la dificultad que se presente para aplicar el art. 205 del C.P.C., por ejemplo); y algo análogo puede ocurrir con otros elementos de la demanda, como los fundamentos de derecho y el señalamiento del trámite respectivo, etc.

Quizás a ellos alude el Dr. López Blanco en fuerte diatriba que hace a la sentencia inhibitoria, elenco al cual hicimos referencia en el punto 10 de este escrito (Excepciones previas y presupuestos procesales).

Así mismo, aunque existe la tesis de que, en el caso de inadecuada acumulación de pretensiones, el juez debe declararse inhibido para proferir sentencia de mérito, creemos que debe acoger la pretensión o las pretensiones que puedan prosperar y desechar solamente las incompatibles (solución acorde con el principio de favorabilidad o mayor favor).

Pero la demanda tiene elementos sustanciales que el juez no

---

16. Ob. cit., p. 342.

puede suplir, si faltan, como el nombre del demandado, a veces personas que deben integrar un litisconsorcio, hechos y pretensiones. La ley no permite al juez suponerlos o crearlos, sino deducirlos, por interpretación, si es posible.

Refiriéndose a puntos sustanciales, a propósito del art. 205 del C.P.C. de 1931, la H. Corte decía, con dureza: "Precisamente es ahí donde se deja ver la técnica del abogado".

En su obra citada [17], el Dr. Devis E. pone un ejemplo elocuente de demanda inepta: "Defectuosa petición que haga imposible resolver sobre la pretensión del demandante, porque no se entiende o no pueda saberse qué es lo que dice, bien sea porque es tan confusa e imprecisa o adolece de otro efecto tan grave que no sea posible resolver sobre ella, o porque faltaron los linderos del inmueble o la identificación de los muebles a que se refiere".

Pero no es jurídico que por defectos de mera forma de la demanda, no del contenido, se falle adversamente sobre las pretensiones que contenga.

Si es cierto que "el derecho no es un oficio de formulismo y rigor", también es cierto que es un arte de precisión y claridad. En el equilibrio de estos dos conceptos está el criterio justo para analizar la demanda.

Para Sperl, ella es el proyecto de sentencia que el demandante querría para sí.

Ello implica que debe contener todos los elementos de una sentencia de mérito.

Citando a un colega suyo, Couture decía que frecuentemente los abogados, como los héroes de la independencia, perecen en la demanda.

La norma que se comenta no menciona la falta de anexos determinados en los apartes 2, 3 y 7 del art. 77; lo cual es acertado, de tal suerte que la falta de éstos se resuelve por mera solicitud de reposición.

Aunque el art. 85 establece que la omisión de su presentación hace inadmisible la demanda, por ineptitud, se debe proveer a su saneamiento, aun de oficio, si el proceso lo admite, solicitando la prueba dentro de él; y en el caso de no admitir la obtención de prue-

---

17. p. 251.

ba dentro del proceso proferir sentencia inhibitoria, como en el caso del ejecutivo en que no haya apertura a prueba, por no haberse propuesto excepciones, ya que los presupuestos procesales rigen para todos los procesos.

f) Trámite inadecuado de la demanda, por habérsele dado un curso distinto del que le corresponde

El art. 26 de la Constitución Nacional trata de asegurar el derecho de defensa, con el debido proceso.

El vicio previsto en la norma procesal no siempre corresponde a error de la demanda, sino que también puede corresponder a error del juez, por no aplicar debidamente el art. 86 del C. P. C.

Literalmente coincide con la causal 4 de nulidad (art. 152): seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponde.

A la luz del art. 26 citado se debe entender que se causa nulidad si se sustituye el procedimiento propio por uno más estrecho, que restrinja el ejercicio del derecho de defensa; por lo cual no existe el vicio si se sigue un procedimiento más amplio, que afecte sólo la economía procesal. Pero se aclara que el demandante también es juzgado en el proceso; luego afecta su derecho de defensa un procedimiento que le frustre la pretensión, como si se adopta el trámite ordinario cuando el adecuado es el ejecutivo.

La tesis de que un procedimiento más amplio para el demandado no constituye causal de nulidad, expuesta anteriormente, la expuso el Dr. Eduardo Zuleta Angel, diciendo que "una de las más grandes conquistas de la ciencia jurídica contemporánea, conquista debida especialmente al genio de GENY, es la de no hacer predominar el rigorismo de la construcción jurídica sobre el aspecto práctico de la respectiva cuestión jurídica", y la acogieron los Dres. Alvaro Pérez Vives y Juan Francisco Mújica.

El Dr. Pérez Vives agrega: "Finalmente, la tesis de la Corte va contra la economía procesal, pues que, en aquellos casos en que dos o más acciones no pueden seguirse por un mismo procedimiento especial, obliga a la parte actora a intentar tantos juicios cuantas pretensiones tenga que deducir por cada uno de los diversos conceptos que en la materia se presenten y que, en el juicio ordinario, podría deducir en un mismo libelo, haciendo uso de la acumula-

ción de acciones con base en la innegable conexidad de causas que en este caso existiría" [18].

Pero la mera excepción no admite la distinción hecha para efectos de la nulidad, porque ella surge en el momento en que es posible salvar la economía procesal.

f) No comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario

Para el Dr. Devis E. esta norma "contempla otro problema de la legitimación en la causa, pero esta vez porque aparezca incompleta, a pesar de que quienes concurran la tengan para sus respectivas pretensiones o excepciones, debido a que faltan por concurrir como demandantes o demandadas otras personas que son también titulares activos o pasivos de la relación sustancial litigiosa y sin cuya presencia no es posible decidir sobre ella, por tratarse de litisconsorcios necesarios" [19]; lo cual implica la afirmación de falta de la calidad necesaria para pretender o resistir a la pretensión o para obtener sentencias de mérito, según concepto suyo visto atrás.

Pudiendo el juez integrar de oficio y en forma sumaria el litisconsorcio necesario, de acuerdo con el art. 83, es error de la ley establecer el trámite incidental para obtener lo mismo, siendo así que se puede obtenerlo por la vía de la simple reposición también.

g) Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto

Por asunto entiende la norma legal igual causa e igual pretensión, y así concurren los tres elementos de la cosa juzgada, que la ley quiere preservar con la excepción: identidad de partes, de objeto o de pretensión y de causa o de hechos (art. 332).

h) Cosa juzgada

Aunque es sustancial por naturaleza, la ley permite proponerla como previa, en gracia de la economía procesal; lo cual es acertado, en cuanto su prueba es simple: exclusivamente, copia auténtica de las sentencias respectivas, según se dijo.

---

18. Recurso de Casación, en Materias Civil, Penal y del Trabajo, Ed. Temis, 1966, pp. 50 y 51.

19. Ob. cit., pp. 214 y 288.

i) Transacción

El art. 2.483 del C.C. la equipara a cosa juzgada; lo cual explica que la ley procesal haga lo mismo para efectos procesales, aunque la posible complejidad de los hechos y de la prueba indican un error en la ley al equipararla en casos en que aquella no consiste en documento auténtico, como dijimos en el punto 9. (Excepciones previas).

j) Prescripción

Como está insinuado también en el punto 9, resulta erróneo admitir la prescripción como excepción previa, en los casos en que corresponde a hechos complejos, como posesión del demandado.

Y aun cuando se basa en inactividad de quien demanda en transcurso del tiempo, hecho aparentemente simple, absolutamente negativo, indefinido en el tiempo y en el espacio, puede haber complejidad oculta, porque la otra parte alegue interrupción, que puede basarse en hechos complejos.

Es deseable una reforma en este punto.

k) Caducidad

Este fenómeno se presta a grave confusión.

Una primera causa de ello es que la denominación es equívoca, pues comprende dos fenómenos distintos; por lo cual, en gracia de un mínimo de claridad, las llamaremos caducidad simple y caducidad compleja.

Otra causa de confusión es que la simple se asemeja, materialmente, a la prescripción.

Esa es la que nos ocupa.

Ya que el art. 83 del C.P.C. ordena al juez no meramente inadmitir la demanda, sino rechazarla, si la pretensión está afectada por la caducidad, o sea si caducó la tutela jurídica sustancial de ella, con respecto a tal excepción tampoco se justifica el trámite del incidente, establecido por la ley. Por su naturaleza, admite definirla de plano, mediante simple reposición.

Son notables los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia por esclarecer la naturaleza de la caducidad que nos ocupa.

Así, la H. Corte ha expuesto que, mientras la prescripción tiene un fundamento subjetivo: la inactividad del titular de un derecho (sanción por su inejecución), el fundamento de la caducidad es ob-

jetivo; y que "la prescripción extintiva, salvo disposición especial que establece para determinados casos lo contrario, no tiene cabida respecto de derechos que no revisten el carácter de obligaciones exigibles judicialmente", lo que indica que "para que se presente la prescripción se requiere la existencia de una obligación de tal clase" y que "no sucede siempre en casos de caducidad" [20].

El profesor López Blanco acoge la tesis de Lehmann de que "en la caducidad se halla implícito un 'onere': el derecho puede ser adquirido pero sólo en el breve período de tiempo establecido por la ley o por los sujetos interesados" [21].

Como síntesis de la diferencia entre prescripción y caducidad, el tratadista Devis E. expone: "Cuando se alega la extinción del derecho sustancial, se tratará de excepción de prescripción; cuando sólo se alegue la extinción del derecho de iniciar el proceso se tratará de caducidad" [22].

Lo que resulta claro es que la caducidad, en el sentido que nos ocupa, es extinción de la tutela jurídica, sustancial y procesal; de tal suerte que mira solamente a la presentación oportuna de la demanda; mientras que en la prescripción la ley tiene en cuenta la voluntad del titular del derecho y aun la del demandado, en cuanto puede alegarla o no.

Pero tiene en cuenta la actitud del demandante en relación con uno y otro fenómeno: en tanto que la sola presentación de la demanda, si es admitida, **impide** la caducidad (no la interrumpe apenas), la sola presentación de la demanda no impide la prescripción y ni siquiera la interrumpe, sino con el cumplimiento de los actos determinados en el art. 90 del C.P.C.

El art. 10 de la Ley 75 de 1968 establece una caducidad "sui géneris", que toma algo de la prescripción, en cuanto exige notificación de la admisión de la demanda, para que no opere; de tal suerte que no basta la presentación oportuna de aquella y su admisión, sino que requiere notificación oportuna de su admisión.

Resulta claro que el C. de Co. no se refiere a la caducidad que hemos llamado simple, sino a una que denominamos compleja; de tal suerte que no da lugar a rechazo de la demanda, sino a inad-

---

20. Jurisprudencia Civil 1976, Edit. Tiempos Duros, p. 24.

21. Ob. cit., pp. 300 y 301.

22. Ob. cit., p. 215.

misión, porque implica mera falta de la prueba que exige el mandamiento de pago, y permite complementarla, si de hecho es posible, en el término de cinco días que concede el art. 85 citado.

La caducidad del derecho cambiario consiste en la omisión de cumplir una carga necesaria para el nacimiento de un derecho (dentro de la clasificación de las imposiciones legales hecha por Couture: de deberes: imposiciones que miran al interés general; obligaciones: que miran al interés de otra parte; y cargas: que miran al interés de la persona misma). Con un criterio simplista, se puede decir que las cargas son condiciones impuestas por la ley, y las condiciones son cargas convenidas por las partes.

Para Bolaffio, tal caducidad impide el nacimiento del derecho (no implica su extinción), según estos términos: "La caducidad cambiaria impide que nazca el derecho cambiario, precisamente porque no se llenaron las formalidades requeridas para preservar (es decir, salvar anticipadamente) la acción cambiaria" [23].

Tal es el caso previsto en los arts. 718 y 729, como un solo cuerpo, según el Dr. Alvaro Prez Vives (para quien éste debió seguir a aquél, como 719, o ser un parágrafo suyo), y el 721, según él (autor del artículo), y el caso del art. 787. (Por salirse del tema de este trabajo, no es posible comentar la imposibilidad práctica de acatar el aparte 1º de este artículo, que resulta absurdo).

---

23. Francisco López Goicoechea, La Letra de Cambio, Edit. Porrúa, 4ª Ed., 1974, p. 223. Bernardo Trujillo Calle, De los Títulos Valores, t. I, 1978, p. 431.

23. Presentación y Pago de Cheques. Comentarios al Código de Comercio, Vol. I, Edit. Edijus, 1975, p. 246.

DOS TEMAS PROCESALES EN MATERIA DE SOCIEDADES COMERCIALES

Enrique Gaviria Gutiérrez

1. El derecho de exclusión del socio. 2. El derecho de impugnación de las decisiones de las asambleas de accionistas o juntas de socios.

En este estudio se examinarán los problemas relacionados con el derecho de expulsión del socio que ha incumplido sus obligaciones y con la facultad para impugnar las decisiones tomadas por las juntas de socios o asambleas de accionistas.

1. *El derecho de exclusión del socio*

Los artículos 125, 297, 298 y 397 del Código de Comercio conceden a la sociedad la prerrogativa de excluir o expulsar al asociado que incumpla las obligaciones a su cargo, según los estatutos y la ley mercantil.

De acuerdo con estos textos, la sociedad podría proceder a la exclusión en forma extrajudicial, esto es, con su sola actuación privada y unilateral.

Es particularmente claro en este sentido el artículo 297, que prevé inclusive la forma como debe proceder el representante legal para realizar la exclusión, lo mismo que el artículo 397, que autoriza a la sociedad anónima para vender directamente las acciones pertenecientes al accionista que estuviere en mora de pagar su valor.

Frente a estos textos legales aparentemente tan explícitos cabría preguntar:

¿Puede efectivamente una sociedad proceder a la exclusión del socio incumplido, al margen de todo proceso?

O por el contrario, no obstante lo que a primera vista indican los artículos citados, ¿será necesario que de todas maneras la expulsión sea ordenada por sentencia judicial?

El punto es ciertamente discutible y prueba de ello es que las legislaciones lo han solucionado de manera diferente; en Argentina, por ejemplo, es necesario promover la acción judicial pertinente, no así en Italia y en España.

Existe desde luego un caso que no tendría carácter problemático: si el socio incumplido acepta su falta y se somete a su exclusión, evidentemente la sociedad puede actuar sin necesidad de proceso alguno.

Pero si el socio que ha incumplido se opone a su retiro forzoso de la compañía, porque cree haber pagado su aporte, ¿podría ésta, aún así, expulsarlo mediante una simple actuación extraprocesal?

Si en realidad la sociedad tiene a su alcance esta posibilidad, cabría formular este otro interrogante: ¿Sería aquella expulsión extraprocesal un típico acto de justicia privada?

Antonio Rocco ha definido la justicia privada con las siguientes palabras:

> "Es la facultad que concede la ley al particular en algunos casos para con sus propias fuerzas satisfacer el derecho ya violado, esto es, satisfacer por sí el derecho propio que le niega el obligado" [1].

Según una primera tesis, esto sería precisamente lo que estaría haciendo la sociedad que procede al retiro de un socio en forma forzosa y extrajudicial, porque ella estaría satisfaciendo, por sí misma, con la expulsión, el derecho violado por el no pago del aporte a cargo del socio o por el incumplimiento de cualquier otra obligación que éste hubiere asumido.

Suponiendo que esta primera tesis fuera cierta, es decir, aceptando, en gracia de discusión, que estuviéramos ante una verdadera situación de justicia privada, cabría preguntar adicionalmente:

¿Es constitucional que la ley autorice casos de justicia privada?

La respuesta será individualmente afirmativa si la justicia privada consiste en la defensa contra una agresión injusta, violenta e inminente; pero si no se trata de tal situación sino simplemente de que el particular obtenga por sí mismo la reparación del derecho violado, la ley que autorizara esta justicia privada violaría el artículo

---

1. Principios de Derecho Mercantil, Parte General, p. 362.

26 de la Constitución, que garantiza a toda persona un tribunal competente y un debido proceso para juzgar sus faltas reales o supuestas.

Y como la doctrina constitucional es norma de interpretación de la ley, por disponerlo así el artículo 4º de la ley 153 de 1887, habría que concluir que la expulsión del socio incumplido no sería legalmente viable sin un proceso judicial previo, porque de lo contrario se estaría frente a un caso de justicia privada prohibido por la Constitución.

Sin embargo, **esta primera tesis no es convincente** porque, al expulsar el socio, la sociedad no está haciendo justicia por su propia mano, como superficialmente pudiera parecer, sino tan sólo decidiendo no cumplir ella misma en consideración a que el socio no ha cumplido las prestaciones a su cargo.

Sería, pues, una situación similar a la del pacto comisorio en la compraventa, el cual tiene por objeto, según la Corte, "hacer el derecho del vendedor más eficaz que cuando se trata de una condición resolutoria tácita, concediéndole la facultad de declarar resuelta la venta sin necesidad de ocurrir a la justicia" [2].

De modo que en estos casos del pacto comisorio y de la exclusión del socio incumplido, es necesario insistir en que no son equivalentes de ningún modo a la justicia privada, puesto que en ellos se trata simplemente de la abstención en el cumplimiento de la obligación de una de las partes, porque la otra, a su turno, tomó la iniciativa de no cumplir.

En el caso específico de la sociedad, es posible reiterar lo anterior afirmando que, con la mera expulsión del socio, la compañía no repara el daño que se le ha causado, pues este resultado sólo lo conseguiría con la adecuada indemnización de perjuicios, para cuya condena y tasación sí se requiere, evidentemente, proceso judicial.

Aceptando pues como correcta la segunda tesis expuesta, podríamos resumirla de la siguiente manera: La expulsión del socio puede ser hecha extrajudicialmente, porque no equivale a otra cosa que a la decisión de no cumplir, frente al incumplimiento previo de aquél; en cambio, cualquier otra medida adicional, como la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento o

---

2. Casación de abril 7 de 1913, citada por Jorge Ortega Torres, C. Civil, p. 842.

como las más drásticas aún que prevén los artículos 97 y 298 del Código de Comercio, consistentes en la pérdida de los beneficios y del aporte, requerirán, sin duda alguna, la decisión judicial previa.

2. *El derecho de impugnación de las decisiones de las asambleas de accionistas o juntas de socios*

Como es bien sabido, el artículo 191 del Código de Comercio concede a los administradores, a los revisores fiscales y a los socios ausentes o disidentes la facultad de impugnar ante la justicia las decisiones de las asambleas de accionistas o juntas de socios, cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

Esta disposición, aparentemente sencilla, da pie, sin embargo, para formular los siguientes interrogantes:

¿La acción de impugnación se refiere solamente a las decisiones que sean nulas o comprende también las inexistentes, ineficaces e inoponibles?

Si en efecto abarca estas últimas, además de la primera, cabría preguntar adicionalmente: ¿El término de caducidad de dos meses establecido en el mismo artículo es de rigurosa aplicación no sólo cuando se trate de impugnar decisiones nulas sino también decisiones inexistentes, ineficaces e inoponibles?

Además, ¿esta acción especial de impugnación elimina toda otra posibilidad de atacar judicialmente las decisiones?; en particular, cabría concretarse la pregunta así: ¿Una vez transcurridos los dos meses, no será ya ni siquiera posible intentar una acción ordinaria de declaratoria de nulidad absoluta?

Expresada la cuestión en términos más drásticos, podría formularse el anterior interrogante de la siguiente manera: ¿Concluído el bimetre de caducidad, todo lo que haya hecho una asamblea de accionistas o junta de socios, por absurdo y arbitrario que sea, queda definitivamente legitimado?

Se intentará, en seguida, dar respuesta a todas estas inquietudes.

Según el artículo 191 del Código de Comercio, la acción especial de impugnación procede contra toda decisión ilegal o antiestatutaria, sea cual fuere la sanción legal aplicable, de modo que comprende tanto las resoluciones sociales nulas como las que sean inexistentes, ineficaces e inoponibles.

Podría parecer incongruente y antitécnico que la ley reconozca esta acción también respecto de las decisiones afectadas de inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, ya que ninguna de estas sanciones legales requiere declaración judicial previa.

Sin embargo, no sería aceptable una tesis en tal sentido, porque la intervención judicial invocada para juzgar casos de inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, si bien no es necesaria, nunca dejará de ser legalmente viable, posible, conveniente y útil; obviamente, una decisión inexistente, ineficaz o inoponible no equivale a la nada física, porque ella produce hechos, trae consecuencias, crea situaciones y suscita apariencias que es preciso destruir invocando la intervención del juez, si no se ha tenido éxito frente a la autoridad administrativa.

En este sentido son muy ilustrativas las opiniones del Dr. José Gabino Pinzón, que a continuación se transcriben:

> "En estricta técnica estas acciones no deberían ser procedentes sino en los casos de nulidad de las decisiones de la asamblea; la ineficacia y la inoponibilidad deberían ser, por su parte, más bien objeto de simples excepciones. Porque los acuerdos de asambleas meramente aparentes, como las no convocadas debidamente o las llevadas a cabo sin el quórum del caso, son ineficaces, según lo previsto en el artículo 190 del Código de Comercio, y la ineficacia no requiere declaración judicial, al tenor del artículo 897 del mismo Código; y los acuerdos que no tengan carácter general son inoponibles a los socios ausentes y disidentes, conforme a ese mismo artículo 190, es decir, no producen efectos contra tales socios. Pero en el artículo 191 del mismo Código, se da expresamente a los socios ausentes o disidentes la acción de impugnación, esto es, se la consagra también para el caso de simple inoponibilidad de los acuerdos; y se la consagra, en general, para todos los casos en que "no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos", entre los cuales caben no solamente los de nulidad, como cuando las decisiones rebasan los límites de los estatutos o se adoptan sin los votos necesarios, sino también los casos de ineficacia, como cuando no hay asamblea por falta de convocación o de quorum" [3].

Más adelante el autor citado agrega:

---

3. José Gabino Pinzón, Sociedades Comerciales, pp. 144 y 145.

"Esta generalización de las acciones de impugnación, es decir, la posibilidad de alegar la ineficacia y la inoponibilidad no sólo como excepción sino también como acción, puede tener alguna utilidad práctica que justifique esta falta contra la técnica jurídica. Porque indudablemente la ineficacia y la inoponibilidad, lo mismo que la nulidad, son fenómenos jurídicos que tienen supuestos de hecho susceptibles de ser discutidos y sobre los cuales puede ser conveniente y hasta necesario que haya certeza en beneficio de los socios y de terceros. No puede descartase, en efecto, la conveniencia de que un administrador —ejecutor del contrato social y de las decisiones de la Asamblea— pueda justificar ante una asamblea el incumplimiento de una decisión suya ineficaz o inoponible; o que un revisor fiscal —que debe velar porque la actividad de la sociedad se ajuste a los términos del contrato social— considere necesario impedir que se dé cumplimiento a un acuerdo inexistente de la Asamblea o en perjuicio de socios a quienes sea inoponible. Con esto hasta puede cerrarse la puerta a la tesis de que, transcurrido el tiempo dentro del cual puede proponerse la acción de impugnación —reconocida aunque erradamente, también en los casos de ineficacia y de inoponibilidad, según el artículo 191 del Código de Comercio— no hay posibilidad de impedir el cumplimiento de una decisión ineficaz o inoponible, por no haber sido impugnada oportunamente".

Aclarado así el primer problema, es necesario ahora intentar resolver el segundo que consiste, como antes se dijo, en precisar si, una vez extinguido el término de caducidad de dos meses, son totalmente inimpugnables las decisiones de las juntas de socios o asambleas de accionistas o si por el contrario pueden ser atacadas mediante una acción judicial diferente de la específicamente prevista en el artículo 191 del Código de Comercio.

Existe un primer caso que parece estar completamente claro: si la decisión es inexistente, ineficaz o inoponible, la impugnación es posible en cualquier tiempo, porque, no siendo estrictamente necesaria la declaración judicial, estas anomalías permanecen intactas, con todo su poder destructor, aunque el tiempo haya transcurrido sin invocar la intervención del juez.

En otros términos: sería contradictorio darle a la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, como en efecto les da el Código, operancia de pleno derecho, automática, sin necesidad de intervención judicial, y al mismo tiempo afirmar que estas sanciones legales

no pueden ser invocadas ante la justicia porque ya transcurrió el término de dos meses.

Como se ha repetido varias veces, la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad no requieren intervención de la justicia, pero si, a pesar de todo, se decide acudir a ella voluntariamente, con el propósito de destruir las apariencias, la acción debe ser viable en cualquier tiempo, porque si así no fuera, nos hallaríamos frente al absurdo de una situación aparente, que ni siquiera tiene una incipiente realidad jurídica, pero que, sin embargo, ningún juez podría destruir.

Se presenta además un segundo caso claro: las decisiones de las asambleas de accionistas o juntas de socios que unilateral y arbitrariamente dispongan de los derechos de terceros son inexistentes respecto de éstos, por faltar su acuerdo, su consentimiento; sería éste, por ejemplo, el caso de la decisión que ordenara la invasión de una finca ajena, la imitación de una marca, el desconocimiento de una convención colectiva, etc.

Otaegui dice a este propósito:

> "Sin mengua de lo expuesto señalamos que las resoluciones asamblearias en las que se dispusiera de derechos de terceros son inoponibles a los mismos sin requerirse la declaración de nulidad, solución que incluye a los socios en cuanto tercero..." [4].

Ahora bien: si se trata de las nulidades propiamente tales, es decir, de decisiones afectadas, no ya por la inexistencia, la ineficacia o la inoponibilidad, sino por la nulidad, el mismo Otaegui señala que cuando dicha nulidad tenga un fundamento de orden público, como precisamente ocurre con las que derivan su origen de la ilicitud del objeto o la causa, de la violación de una norma imperativa y de la incapacidad absoluta, la acción especial de impugnación, que caduca en el término de dos meses y que se tramita por el procedimiento abreviado, no excluye la acción civil ordinaria, mientras no transcurra el término de prescripción de 20 años.

Sobre este punto específico Otaegui agrega que la opinión de la doctrina es en general unánime y no podría ser de otro modo, porque los preceptos de orden público, que tienen como fundamento el interés general de la comunidad, no pueden ser desplazados por normas que, como las atinentes a la acción especial de impugnación, sólo se inspiran en la protección de los intereses particulares de los socios.

---

4. Julio C. Otaegui, Invalidez de Actos Societarios, p. 396.

Una conclusión contraria tendría que dar por legítima y definitivamente consolidada la decisión de la asamblea de accionistas o junta de socios que ordenara el comercio de estupefacientes o la importación de mercancías de contrabando, por el solo hecho de que, una vez transcurridos los dos meses, nadie la hubiese impugnado.

Para mayor claridad conviene transcribir la opinión textual de Otaegui:

> "Lo expuesto nos ratifica en el convencimiento de que la acción de impugnación de nulidad de la L. S., Art. 251, no excluye la acción de nulidad del C. Civil, imprescriptible e inconfirmable en el caso de una resolución cuyo objeto o contenido sea contrario al orden público o al régimen societario, aunque no exista una mención expresa al respecto en la ley...".
>
> "Hay opinión concordante en el sentido de que el plazo de caducidad de la L. S., Art. 251 no es aplicable al supuesto de decisiones asamblearias violatorias de normas de orden público" [5].

Así que, como conclusión final, podría decirse que el hecho de facilitar a los socios la impugnación de las decisiones de las asambleas o juntas no debe ser interpretado en modo alguno como la supresión de las demás acciones ordinarias que la ley les concede para los casos de inexistencia, ineficacia, inoponibilidad y nulidad absoluta.

---

5. Obra citada, pp. 394 y 395.

LA LEGITIMACION EN LA CAUSA

Beatriz Quintero de Prieto *

1. *El criterio excepcional de legitimación.* 2. *La excepción conceptual de titularidades.* 3. *Consagración legal de la legitimación.* 4. *oportunidad para el estudio del presupuesto.*

La legitimación en la causa es la misma institución a la que antaño se aludía como a la personería sustantiva; y cuando se ha dicho esto se espera haber ubicado ya al lector en el terreno de la controversia; es la misma que Rocco llama **"Legitimación para obrar"**, cuando la contrapone o parangona con la que él mismo denomina **"Legitimatio ad Processum"**; es la que nombra Carnelutti, como **"Legitimación para pretender"** o **"Legitimación para resistir a la pretensión"**; es la que Hernando Devis enuncia como **"Legitimación para obtener sentencia de fondo o mérito"**. Existen en doctrina dos tendencias contrapuestas, cada una de las cuales intenta la explicación de la naturaleza del instituto: la primera tendencia asimila legitimación y mérito, la entiende como la titularidad del derecho sustancial que se debate en el proceso, al paso que la segunda escinde las dos nociones, distingue entre legitimación y mérito, asimila legitimación y forma. La primera postura entiende que la decisión sobre legitimación es decisión sobre la titularidad del derecho, sobre el derecho mismo, sobre uno de los elementos axiológicos de la pretensión y por eso el proveído correspondiente se estructura como una sentencia de mérito: negando la legitimación se estará negando el derecho y decidiendo sobre la ausencia de legitimación se estará decidiendo en el fondo la pretensión, se estará indicando que falta un elemento de la pretensión, se estará profiriendo un fallo desestimatorio. En la postura formal, en cambio, se puntualiza enfáticamente que el concepto de legitimación hace referencia a la pretensión procesal y mira apenas a la relación sustancial subyacente, como a punto de comparación para adecuar la subjetividad formal

---

* Magistrada del Tribunal Superior de Medellín, sala civil. Miembro del Centro de Estudios de derecho procesal.

a la subjetividad material, pero continuando siempre como un requisito de la forma del proceso, y por eso Devis lo clasifica como un presupuesto material de la sentencia de fondo; la decisión sobre legitimación implica un examen sobre la forma del proceso y no sobre su fondo; negando la legitimación no se niega el derecho, sino el poder de conducir eficazmente el proceso, esto es decir, conducirlo hasta obtener una sentencia de fondo.

La primera postura, la que asimila legitimación y mérito, es la que se encuentra en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia; es también la postura de Salvatore Satta, de Hernando Morales, y según este último, de Chiovenda. Es la vieja unión, unidad, de los conceptos de derecho, acción y pretensión, que Satta vuelve moderna, pese a la vetustez de la concepción; en Morales es esa postura clásica que lo aferra a la unidad de la pretensión y de la acción, pese a la distinción del derecho: dualidad, pero nunca tríada. La postura formal en cambio, es el fruto maduro de la distinción trifásica: derecho-pretensión-acción, y es la que, consecuentes con su escuela asumen: Hernando Devis Echandía, Enrico Allorio, Garbagnati, Zanzuchi... Si el concepto es único: derecho-pretensión-acción, tal como lo pregona Satta, o: pretensión-acción, la titularidad es también única, no puede escindirse es un mismo y único título y corresponde a un mismo y único sujeto, porque no hay sino una relación, que es la sustancial, que es el derecho, porque no hay relación formal, porque la que así se distingue es apenas la idea dinámica del derecho material. La anterior es la idea consecuente de Satta. La otra concepción, la de la Corte, la de Morales, pese a la distinción entre derecho y pretensión, se queda en la noción de pretensión material y no logra desvincular el requisito de la noción de pretensión material; la legitimación en la causa es la titularidad de la pretensión material: del derecho debatido en el proceso... Para alcanzar el entendimiento de la postura formal es necesario aceptar como nociones, como relaciones diversas: el derecho, la pretensión material, la pretensión procesal... como relaciones distintas admiten titularidades radicales en sujetos diversos que puedan o no coincidir en un solo sujeto como títulos de diferentes relaciones, indicando la coincidencia, apenas una pluralidad de titularidades en el mismo sujeto, pero nunca que la titularidad sea una.

Es Enrico Allorio el doctrinante más destacado y preciso en lo atinente al tema y en la postura formal; enuncia así la que denomina **regla** de la legitimación: **Nadie puede, en nombre propio, pretender o ser demandado a contradecir en proceso, resistir una pretensión, sino por una relación, de la cual se atribuya, o se le atri-**

buya a él, la subjetividad activa o pasiva. Esta es la **regla** y por serlo padece **excepciones;** y con este enunciado se han emitido ya los conceptos básicos de la **legitimación ordinaria** o regla de la legitimación, y de la **legitimación extraordinaria,** o excepciones a la regla de la legitimación.

Retomando el sentido que venía exponiéndose se enfatiza acerca del alcance de la regla: **condición necesaria y suficiente para que se complete la legitimación es la afirmación coincidente** de la **sujetividad de la relación procesal con la sujetividad de la relación sustancial que subyace en el proceso.** El ejemplo de Allorio es ilustrativo (Problemas de derecho procesal, Tomo II., p. 261): "si el actor Primus afirma ser acreedor de Secundus, o propietario de la cosa X detentada, según lo que el actor asevera, por Secundus, está por lo tanto verificada la condición suficiente y necesaria para que exista la legitimación activa y pasiva. Afirmada ésta es lógico que surjan ulteriores interrogantes como el de si Primus y no Tertius al cual Primus ha cedido, es acreedor de Secundus; si Primus y no Quartus en virtud de usucapión madurada a su favor, es verdaderamente propietario de la cosa detentada por Secundus; pero tales interrogantes no atañen ya a la legitimación; conciernen al mérito y el examen de ellos pertenece a una segunda fase: la dedicada a las cuestiones de mérito". Yo, Pedro, **comprador, demando** a Juan **vendedor** para que se declare resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento y se le condene al pago de perjuicios. He afirmado en la demanda que la pretensión procesal, por activa y por pasiva: demandante-demandado, tiene una titularidad coincidente con la titularidad, que por activa y por pasiva, comprador-vendedor, corresponde a la relación sustancial subyacente: contrato de compraventa incumplido. Nada más ni nada menos es lo necesario para que el requisito de la **legitimación ordinaria** quede satisfecho.

El criterio normal de legitimación se da entonces en proceso, cuando la demanda afirma como coincidentes las titularidades de la relación procesal y de la relación sustancial que se debate en el proceso; siendo así por lo demás que está verificada la condición **suficiente y necesaria,** con la afirmación coincidente de subjetividades que se hace en la demanda; ninguna otra cuestión es necesaria para que se estructure el requisito de legitimación normal, por eso es que Allorio la llama **condición suficiente:** cualquiera otra cuestión atañe al fondo, escapa o rebasa ya la forma; si no logra demostrarse en proceso que Pedro es comprador o que Juan es vendedor, el asunto implicará ya la no demostración de uno de los elementos de la pretensión y exigirá un **pronunciamiento desestimatorio de la pretensión.** La afirmación de titularidades coincidente, es entonces

suficiente, pero es también **necesaria:** sin esa afirmación de titularidades coincidiendo, que haga la demanda, no se satisface el requisito de la legitimación ordinaria. Si no se hace la afirmación de titularidades o si las titularidades no se afirman coincidiendo: Yo, Pedro, comprador, demando a Felipe, notario de Medellín, para que se declare la resolución del contrato de compraventa celebrado con Juan en su notaría... La demanda contiene una afirmación de titularidad de la relación pocesal: demandante-demandado: Pedro o Felipe, que no coincide con la titularidad de la relación subyacente: comprador-vendedor: Pedro, Juan; y por ello, porque la **condición** es no sólo suficiente sino también **necesaria, falta la legitimación en la causa por pasiv**a y debe proferirse un fallo formal, un fallo que constate el vicio y se inhiba para decidir en el fondo la pretensión.

1. *El criterio excepcional de legitimación*

Es meollo del asunto el enunciado siguiente: está vedado por la regla de la legitimación, por el criterio normal de legitimación, pretender o resistir, en un proceso en el cual se debata una relación sustancial de la que no se afirme ser el polo positivo, ni se afirme que el demandado es el polo negativo; afirmando esto, es decir, titularidades no coincidentes en la pretensión procesal y en el derecho material debatido, si alguien pretende incoar un proceso invocando una relación material declaradamente ajena o una relación sustancial que se asegura ser propia pero contra persona que se anuncia en la demanda misma como ajena a esa relación, y si el criterio que deba aplicarse es el de la legitimación normal o regla de la legitimación, se impone un pronunciamiento formal que declare la ausencia de legitimación, por activa o por pasiva; empero, esta misma hipótesis, vedada por el criterio de legitimación normal es la que estructura como la que le corresponde, el criterio de legitimación excepcional. Alguien que se presenta al proceso y así se afirma en la demanda, como titular de la pretensión procesal, como demandante, como titular del poder de conducción eficaz del proceso y que a la vez en la misma demanda, afirma no ser el titular del derecho sustancial subyacente, serlo otro, que a la postre, no tiene pretensión procesal o también la hubiera tenido, paralelamente.

El criterio normal de legitimación, como regla que es, admite excepciones; son excepciones todas las hipótesis que no conformen

afirmación coincidente en la demanda, de titularidades de la pretensión coincidente en la demanda, de titularidades de la pretensión procesal y del derecho material a debatirse, y pese a ello, la ley las haya así autorizado; las hipótesis de legitimación extraordinaria son entonces muy variadas y diversas entre sí, con el único común denominador, de la no coincidencia de titularidades y pese a lo cual son así autorizadas en la ley; siempre que alguien, porque una norma así lo estatuya, puede presentarse al proceso como titular de la relación procesal sin afirmarse al mismo tiempo titular del derecho a debatirse, se dará una hipótesis de legitimación extraordinaria o anormal: legitimación por categorías, litisconsorcio necesario, intervención en proceso de los patrimonios autónomos, la así denominada **pretensión oblicua**... legitimación concedida al dueño para debatir asuntos atinentes a un contrato de arrendamiento...

Son tantas y de tal naturaleza varias las hipótesis de legitimación anormal, que el análisis de algunas siquiera, llevaría un temario y una dificultad que hasta podría exceder la del que se examina. Basten entonces enunciados, de apenas nombres, recordando sí la diferencia específica que las agrupe bajo la especie de **legitimación extraordinaria,** con la consecuencia de que deban padecer todo predicado que a tal especie convenga en ley: esa característica de escindir definitivamente la titularidad de la pretensión procesal, de aquélla del derecho material.

Y de regreso a ese sentido que venía exponiéndose cuando se hablaba de la **regla de la legitimación** y se indicaba la afirmación coincidente de titularidades en la demanda, como **condición necesaria y suficiente,** piense entonces cómo en la excepción a esa regla, tal afirmación no sea ya necesaria, porque sería vulnerante de la realidad, ni sea tampoco **suficiente.** Y este es el significado que necesita ser ahondado: se decía que en el criterio de legitimación normal la afirmación que se hacía en la demanda era **condición suficiente,** esto es decir: lo atinente a pruebas, lo concerniente a la demostración de esa afirmación, era ya cuestión de fondo, de mérito, asunto por lo demás extraño al concepto de legitimación; en cambio, en el criterio anormal de legitimación, la afirmación de titularidades no coincidentes, no es suficiente, **porque ella necesita ser probada** y su prueba, es asunto que concierne a la legitimación extraordinaria. Sin prueba de las titularidades, o calidades afirmadas, como las que atribuyen la titularidad de la pretensión procesal pese a la no titularidad de la relación sustancial, no se satisface el requisito de la legitimación extraordinaria: si Pedro por ejemplo, diciéndose heredero de Juan, comparece al proceso, pide para la sucesión del de cujus y no demuestra tal calidad, que es la que le

atribuye la titularidad de la pretensión procesal según la ley, faltará la legitimación extraordinaria por activa y se impondrá como pronunciamiento un fallo formal, un fallo que así constate el defecto y se inhiba para decidir en el fondo la pretensión... Si Pedro diciéndose **acreedor** de Juan, pide en contra de Felipe la declaración de prescripción adquisitiva (Art. 413 C.P.C. Nº 2) a favor de Juan, y no acredita en proceso su calidad de acreedor de Juan, faltará la legitimación en la causa por activa y el fallo a dictarse es un fallo formal que se inhibe para decidir en el fondo la pretensión de declaración de usucapión. Son precisamente las hipótesis de legitimación extraordinaria las que ponen de relieve la independencia conceptual de las titularidades de la relación sustancial y de la pretensión procesal, y esa noción es la esencia de toda la explicación de este **presupuesto material de la sentencia de fondo.**

2. *La escisión conceptual de titularidades*

Luis Loreto, por cuanto concierne a la legitimación en la causa, se refiere siempre a un instituto que denomina **cualidad.** Y es para él, asunto de **cualidad,** toda discusión acerca de cualquier naturaleza, de un poder jurídico: "el problema de la cualidad se resuelve en la demostración de la identidad entre la persona que se presenta ejerciendo concretamente un derecho o poder jurídico o la persona contra quien se ejerce y el sujeto que es su verdadero titular u obligado concreto"; se ofrece entonces el problema de la "cualidad" como un problema de identidad lógica: la cualidad se deriva de la titularidad y sujeción a un determinado interés jurídico que se **afirma** existente entre las partes, único elemento externo que confiere a los litigantes el poder de pretensionar o resistir. La no correspondencia lógica entre el titular del poder, afirmado, y quien lo ejerce, es lo que constituye la falta de cualidad (Luis Loreto "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad").

Briseño Sierra, ofrece, en su **Concepción volumétrica de la pretensión,** un esquema absolutamente lógico de la escisión de titularidades y por consiguiente de los diversos titulares de cada poder jurídico: el pensamiento de Briceño, aspirando a su reproducción sintetizada, es más o menos el que sigue: se entiende la pretensión sustantiva como la exigencia para que el cumplimiento de la prestación se actualice; la resistencia del obligado a pagar, en el sentido genérico que al término conviene, hace surgir el conflicto; por fuera

del proceso y antes del conflicto está el campo de la pretensión sustantiva. En el proceso y por razón del conflicto, está la pretensión procesal (hasta el momento ha jugado con los conceptos Carneluttianos). Uno, puede ser el titular del derecho y otro, quien pueda exigir el cumplimiento de la prestación; en esa división de poderes, en esa pluralidad de sujetos se hace patente la autonomía entre los dos fenómenos, entre el derecho y la pretensión sustantiva; y esa misma autonomía existe también, cuando se avanza en los conceptos y se atisba a la pretensión procesal; las titularidades de cada uno de los poderes enunciados, pueden presentarse escindidas, y así, de todas maneras deben concebirse intelectualmente, aún en el evento de su coincidencia: por lo mismo son susceptibles de trasmitirse unas con independencia de las otras y también lo son, de mantenerse unidas en un sujeto único, pero titular de muchos poderes, tal vez de todos los poderes.

3. *Consagración legal de la legitimación*

Como el fenómeno regla de la legitimación, esto es, el criterio normal, es la hipótesis más sencilla, ubicuamente y desde el campo de la coincidencia de titularidades, mostrándose ellas apenas lógicamente o conceptualmente desdobladas, pero unidas en igual sujeto, puede decirse que **naturalmente** está legitimado para asumir la calidad de parte en sentido procesal, para ubicarse como pretendiente o como resistente, el titular de la pretensión procesal, coincidiendo esa titularidad con la de la pretensión material y tal vez también con la del sujeto del derecho. Si esto es así, **la hipótesis normal de legitimación no reclama consagración legal específica:** no tiene que decir la ley que los derechos que emanan del contrato de arrendamiento, que las pretensiones que la ley tutela como causadas en el contrato de arrendamiento, se deben debatir entre arrendador y arrendatario... Eso es natural al derecho. Son en cambio, las hipótesis complejas, las hipótesis de titularidad desunida las de legitimación extraordinaria o anormal, las que reclaman una consagración en la ley. La titularidad de la pretensión procesal puede recaer en el mismo sujeto de la relación sustancial que subyace en el proceso, o puede recaer en otro sujeto; si recae en el mismo, ése, tiene dos titularidades, una material o sustancial y otra formal; si recae en sujetos diferentes es porque la **Ley**, el ordenamiento positivo concreto, considera como oportuno el ejercicio de la pretensión o de la resistencia, por otro sujeto diverso de ese que es el titular de la relación sustancial. Sin esa consagración legal, no puede

darse la legitimación extraordinaria. Como la legitimación se evidencia en la usual concurrencia de las titularidades, su consagración legal sería inútil, sobreabundante; cuando en cambio las titularidades se separan buscando diversos sujetos, la ley expresa quién tiene la legitimación: el albacea, el heredero, el comunero, el acreedor, el síndico, **todos como uno** cualquiera de todos, el administrador de la comunidad organizada, el secuestre, los parientes... cualidades todas que miran a ese fin, al ejercicio de la pretensión por el más apto.

4. *Oportunidad para el estudio del presupuesto*

Ya se decía que Loreto tiene un estudio que intitula: "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad"; el solo enunciado está pregonando al lector ducho en estas materias, cual sea la propuesta de Loreto y lógicamente de la doctrina moderna, sobre el particular: La legitimación en la causa, en cualquiera de sus dos posibles hipótesis, como legitimación normal y como legitimación excepcional tiene naturaleza eminentemente formal: atisba a la eficacia del proceso, no a su mérito o eficiencia, es la aptitud de las partes para recibir un pronunciamiento en el fondo de la pretensión; su examen es oficioso, siendo como es condición para el estudio de fondo, y su carencia implica sentencia inhibitoria formal, apenas sobre el proceso mismo, indicativa de que se ha percibido la **ineficacia** del proceso y se hace impropio el adentramiento en la cuestión de mérito.

Es axiomático por ende que, esos requisitos de eficacia del proceso se consagren en las legislaciones como **excepciones de previo pronunciamiento,** tendientes a su **saneamiento** a su **inmaculación,** en etapa desde todo punto de vista anterior al aspecto material del proceso, antes del debate probatorio, para viabilizar el ulterior desenvolvimiento del proceso en estadios en los que el debate se centra en cuestiones más conectadas con la sustancia misma: la prueba, las alegaciones, la sentencia. Así entonces debe consagrarse este asunto de la legitimación en la causa, tanto por lo que concierne a la legitimación ordinaria como a la extraordinaria, como materia de **excepción de previo pronunciamiento.**

En la legitimación regla, es perfectamente debatible en etapa de inmaculación, el supuesto de la afirmación de titularidades coincidentes o dispares, como afirmación necesaria y suficiente; y en la

legitimación extraordinaria, como hipótesis de titularidad desunida y que pide prueba, la demostración debe exigirse como aneja a la demanda, siendo entonces también debatible el asunto en la etapa liminar de inmaculación.

LA INDEXACION EN COLOMBIA

Gilberto Martínez Rave

1. Incidencias de la inflación en las obligaciones civiles. 2. Cómo se puede dar la indexación. 3. Métodos para actualización de las condenas. 4. La actualidad colombiana en relación con la indexación. 5. Respuesta normativa a la inflación en Colombia. 6. Respuesta de la jurisprudencia colombiana a la inflación. 7. Conclusiones.

Aunque no se ha precisado el significado en español del término **indexación** se ha aceptado como anglicismo de uso común en el campo económico y jurídico. Con ese término se pretende designar la posibilidad que tienen los jueces de actualizar, valorizar, el monto de una sentencia o condenación. Nosotros la entenderíamos como "la respuesta del derecho a la inflación". Se han utilizado los términos "evaluación judicial" o "actualización judicial". Su importancia es tal que ya se habla del "derecho indexatorio".

Y si es verdad que el término tiene un origen netamente inglés también lo es que los argentinos han sido los impulsadores del mismo ya que, por tener una inflación que ocupa los primeros lugares mundiales, han tenido que estudiar cuidadosamente la forma como deben actualizar las condenas para que las sumas reconocidas por los falladores alcancen un valor cercano al de su pretensión real y cierta. Por eso, quienes con más entusiasmo y dedicación han estudiado el fenómeno de la indexación son los tratadistas argentinos. Como complemento a esta información, se puede señalar cómo han patrocinado encuentros y discusiones a todos los niveles, sobre ese tema. Allí, en Buenos Aires se realizó un congreso internacional de juristas que tuvo como distintivo "Jornadas sobre Indexación" que en los días 23, 24 y 25 de septiembre de 1976 estudió la indexación en el Derecho Argentino y en el derecho comparado y cuyas memorias son, innegablemente, elementos muy importantes para conocer la trascendencia de la indexación.

En Colombia el tema no había suscitado mayor preocupación por cuanto el criterio nominalista de los juzgadores no permitía pensar, siquiera, en la actualización de las sentencias pues era poco el cambio que, en años anteriores, se presentaba entre el valor del

daño en el momento de ocasionarse y el que tenía en el momento del fallo. Pero desde hace algunos años, en Colombia se ha empezado a vivir la situación que se vivió en la Argentina y por lo tanto el impacto de la inflación en el momento de las condenaciones se fue haciendo más notorio día a día. A medida que la inflación crece aumenta el costo de la vida y el valor adquisitivo del dinero va descendiendo, presentando grandes diferencias en el valor de una obligación en el momento del daño, en el momento del fallo y en el momento del pago.

Si hace varios años, cuando la inflación era moderada, un daño se ocasionaba en 1965 y valía $ 100.oo, al dictarse la sentencia un año después podía valer $ 102.oo, es decir la pérdida del valor adquisitivo del dinero era de poco impacto y era posible, aunque no justo, ignorarlo. Pero ahora cuando la pérdida del valor adquisitivo puede llegar al 20 o al 25% anual, los mismos $ 100.oo, al año valdrían $ 125.00 y en cuatro años, valdrían $ 200.oo. En síntesis a medida que aumenta la inflación, se hace más notoria la pérdida del valor adquisitivo del dinero y se convierte en inaplazable buscar un procedimiento o sistema que permita equilibrar esa pérdida, sobre todo cuando existen procesos que pueden durar en su trámite tres, cuatro, cinco años o más.

Por eso en los últimos años la jurisprudencia colombiana ha comenzado a aceptar la actualización de ciertas condenaciones, en los campos laboral, civil y contencioso administrativo.

1. *Incidencia de la inflación en las obligaciones civiles*

Las obligaciones pecuniarias sufren notorios cambios en cuanto a su extensión en épocas de inflación. El impacto que sufren las obligaciones, al igual que los costos de los bienes y servicios en determinado Estado, es manifiesto en épocas de inflación ya que por los mismos bienes y servicios deben pagarse más unidades monetarias.

Los monetaristas se han encontrado con serias dificultades para decidir entre las tesis **metalistas y nominalistas del dinero.** Según la primera, la moneda debe tener un respaldo en metales preciosos, como el oro o la plata. Tesis que imperó a fines del siglo XIX y principios del XX. Por la segunda el valor de la moneda lo fija el Estado, sin necesidad de ningún respaldo metálico. Esta tesis, acogida a mediados del siglo XX, es la que impera en la casi totalidad de los países por la seguridad que da a las obligaciones.

Pero si bien en épocas normales la tesis nominalista, por procurar una mayor estabilidad, precisión y continuidad en las obligaciones y en la moneda, es aceptable, en épocas de notoria inflación se ha cuestionado su inmodificable aplicación. El dinero no sólo cumple funciones de cambio sino que también las tiene como medida del valor. Cuando se adquiere obligación de entregar una suma de dinero, es decir una obligación pecuniaria no se desea recibir igual cantidad de dinero sino un medio de pago equivalente a la capacidad adquisitiva de lo entregado. No se desea recibir el dinero en sí, sino un equivalente a la cantidad que se entregó. Pero eso, en época de inestabilidad monetaria, de pérdida del valor adquisitivo de la moneda, la tesis nominalista no es aplicable, porque al permanecer incólume el valor absoluto, es decir no modificarse el número de monedas, se desconoce una realidad económica indiscutible, de que con ese mismo número de monedas ya sólo se puede adquirir una cantidad menor de bienes o de servicios. Por eso se ha considerado injusta la solución nominalista que obliga al acreedor a cargar en su patrimonio con el valor que representa la pérdida del valor adquisitivo. Es el acreedor el que sufre las consecuencias de la inflación, según el concepto nominalista.

¿A quién corresponde cargar con los costos que implica la pérdida del valor adquisitivo del dinero? ¿Al acreedor o al deudor? ¿A quien entrega el dinero o a quien lo utiliza y se beneficia de él?

Los nominalistas han pretendido solucionar estas dificultades admitiendo la inclusión de **cláusulas de valor** mediante las cuales las partes prevén la posibilidad de corregir el impacto de la pérdida del valor adquisitivo del dinero. Tomando como patrones de valor el oro, monedas extranjeras, los índices de precios, etc., se pueden fijar, en las cláusulas que rigen las obligaciones, los procedimientos adecuados para corregir ese impacto. Pero no han encontrado la solución a las obligaciones extracontractuales o por fuera de contratos, que son las indemnizatorias en su mayoría.

Cuando el impacto de la inflación ha sido muy notorio, como lo sucedido en Alemania después de las guerras mundiales, en los Estados sureños de Norteamérica después de la guerra de secesión, se encontró la solución de la **revaluación,** que mediante leyes o a través de la jurisprudencia, permitió que algunas obligaciones fueran revaluadas en determinado porcentaje, para evitar la ruina de muchos acreedores.

Los monetaristas en busca de soluciones han encontrado la tesis del **valorismo** que ha pretendido fundamentar en el concepto de "medida de valor" que tiene la moneda, los correctivos necesarios

para evitar esas injusticias. Por eso mientras el nominalismo gira alrededor del concepto **estabilidad en las obligaciones,** el valorismo gira alrededor de **la justicia y equidad en las obligaciones.**

El valorismo pretende un mejor equilibrio entre las obligaciones de las partes y no descargar en el patrimonio del acreedor la pérdida total del impacto inflacionario en la moneda. Se fundamenta en la buena fe que debe regir las obligaciones dinerarias y en el enriquecimiento sin causa que tendría el deudor al beneficiarse de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Estas cuestiones monetarias no preocupaban a los juristas colombianos. Eran de poca trascendencia en el campo del derecho, mientras existía una aparente estabilidad monetaria. Cuando se adquirían obligaciones por cien pesos y al cabo de dos, tres años, esa misma obligación valía en su capital cien, ciento dos o ciento tres pesos, esa situación no era notoriamente injusta. Bastaba que la obligación atendiera al pago del rendimiento o interés y el equilibrio entre las partes era adecuado.

Pero cuando las inflaciones, producto de los desajustes económicos provenientes de las guerras mundiales en el siglo XX, empezaron a desequilibrar los conceptos económicos y a vulnerar en forma manifiesta el valor de la moneda (ya una obligación de 100.oo en dos o tres años se pagaba con cien pesos nominales que significaban $ 60.oo reales) empezó a preocupar a los estudiosos del derecho. Y de allí que el análisis de esas situaciones se haya hecho más notorio en países que sufren el flagelo inflacionario en forma notoria y manifiesta como la Argentina, Chile, Uruguay, etc. Pero como ya la inflación se hizo sentir, con todos sus perniciosos efectos en la economía colombiana, los estudiosos del derecho nacional han comenzado a plantear inquietudes que permitan decisiones justas y equitativas.

La solución del valorismo ha permitido la actualización del monto de ciertas obligaciones al momento del pago y ha descargado en el patrimonio del deudor el valor de la pérdida del valor adquisitivo del dinero. Por lo tanto quien debe $ 100.oo dos años antes, deberá entregar, fuera de los intereses, el valor real de los 100.oo en el momento del pago, es decir $ 100.oo más el valor de la pérdida del valor adquisitivo del dinero, fuera de los intereses.

2. *Cómo se puede dar la indexación*

Tres son las situaciones que se han planteado en relación con la aplicación de la **indexación:**

a) Cuando no existe norma expresa que la autorice. En la mayoría de las legislaciones no se ha regulado expresamente esta situación, por cuanto sólo últimamente se ha detectado el manifiesto impacto de la inflación en las sentencias o decisiones judiciales. La jurisprudencia y la doctrina se han encargado de recoger estas inquietudes y las han ido convirtiendo en soluciones justas y equitativas;

b) Cuando existen normas generales que autorizan la actualización en toda clase de obligaciones; y

c) Cuando existen leyes que autorizan la actualización de ciertas y especiales obligaciones. En algunos países existen normas que autorizan la indexación. Es históricamente importante conocer la evolución de las normas en Alemania y en Argentina especialmente, hasta llegar hoy a ser normas que se han ido aplicando en otros campos, cuando sólo fueron dispuestas para áreas o actividades especiales.

En Colombia no existía norma que autorizara el reajuste judicial de las obligaciones. Era labor encomendada a la jurisprudencia. Pero con la vigencia del artículo 178 del nuevo código de lo contencioso administrativo creemos que nos encontramos en el tercer caso.

3. *Métodos para la actualización de las condenas*

La actualización de las condenas debe procurarse en la forma más justa y equitativa, evitando romper el principio de la equidad que la gobierna, es decir que no se lesione notoriamente ni al deudor ni al acreedor de la obligación. Por eso los métodos o procedimientos que se adopten deben ser aquellos que mejor consulten la equidad en cada caso concreto. Siempre, obviamente, se trata de procedimientos de comparación con otro parámetro o elementos que se toma como referencia para establecer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda nacional.

La doctrina ha utilizado los siguientes:

En referencia,

1º) **Con el oro.** El oro, como metal precioso, es y ha sido patrón monetario, que ha servido para comparar el precio de las monedas. Se ha pretendido, en muchos casos, tomar como referencia el precio de ese metal, que se suponía anteriormente, no tenía variaciones. Sin embargo ha perdido mucha de su atracción por los cambios bruscos, que no siempre obedecen al verdadero valor del metal, sino a maniobras especulativas de gobiernos o personas interesadas en adquirirlo. Igual puede decirse de la plata, que también sirvió de metal de referencia. Se han ido descartando paulatinamente como elementos de comparación.

2º) **Con el dólar.** Se utilizaron algunas monedas, que se han denominado "fuertes" o "duras", cuya fluctuación es mínima, como punto de referencia, para detectar la pérdida del valor adquisitivo de una moneda, el dólar especialmente. Pero no sólo sus fluctuaciones, muchas de ellas puramente especulativas, sino el impacto de la inflación interna de los Estados Unidos, motivó su no aceptación por muchos estudiosos como elemento de refencia. Igual puede decirse de otras monedas fuertes como el marco alemán, la libra esterlina inglesa, el yen japonés, etc., que adolecen de los mismos inconvenientes.

3º) **Con los índices de precios estatales** que se van modificando, ante el impacto de la inflación. La observación estadística de determinados precios, permite conocer la fluctuación y el impacto de la inflación. El aumento o disminución de los índices, analizados porcentualmente, permiten detectar el aumento o la disminución del poder adquisitivo del dinero. Por eso se han utilizado algunos de ellos. Los principales son:

a) *índice de precios al consumidor,* que se establece con fundamento en el precio de artículos y servicios que se consideran esenciales a las personas y que se engloban bajo el término de **canasta familiar.** Al iniciarse el índice se establece el ciento por ciento y mensualmente se va analizando la variación que los mismos artículos tienen, originando así una variación porcentual que permite conocer el impacto inflacionario, es decir, la pérdida del valor adquisitivo del dinero o de la moneda nacional, en determinados períodos (meses, años, etc.).

b) *índice de precios al por mayor,* que se establece con fun-

damento en la variación de los precios de bienes y servicios a nivel mayoristas, es decir, que descarta el costo o paso económico del mayorista al consumidor, que en muchos casos es alto por la serie de intermediarios que actúan en las diferentes actividades económicas; también detecta el impacto inflacionario pero a nivel mayoristas.

c) *Del costo de la construcción.* En algunos países este índice es utilizado para conocer la pérdida del valor adquisitivo y permite detectar los efectos de la inflación, especialmente en aquellos donde existen informaciones estadísticas muy completas y un análisis serio de las informaciones referidas al costo y movimiento de la propiedad raiz y de la construcción.

En Colombia se recomienda la utilización de los índices realistas y ponderados, siendo el más cercano a la realidad económica el **índice de precios al consumidor** que recoge los informes más determinantes de la variación de precios. Sin embargo, debe dejarse claramente establecido que el Art. 178 del código contencioso administrativo que hemos señalado, menciona el **índice de precios al consumidor** y el **índice de precios al por mayor** como elementos de evaluación.

4º) **El arbitrio judicial.** Mediante este sistema se deja al prudente arbitrio del juez, teniendo en cuenta los distintos factores que en cada caso concreto pueden influír, determinar el monto de la actualización. El arbitrio judicial no puede confundirse con arbitrariedad y por lo tanto no consiste en un concepto eminentemente subjetivista del juez sino, por el contrario, un análisis ponderado, objetivo, de los diferentes elementos que pueden modificar en un sentido o en otro, el monto de la actualización. En algunos países se fijan límites máximos a este arbitrio.

4. *La actualidad colombiana en relación con la indexación*

No hay una posición definida en el derecho colombiano en relación con la indexación. El hecho de que en los últimos años se haya manifestado la inflación en forma notoria, ha llevado a los falladores, a buscar fórmulas adecuadas que permitan actualizar el costo de las condenas.

Se ha aceptado, eso sí, doctrinaria y jurisprudencialmente, que

la indexación no opera sino en las condenaciones judiciales. Por lo tanto se ha concretado en que el término indexación se utiliza cuando el juez, oficiosamente, actualiza el valor de la condenación y actualización cuando son las partes las que solicitan que la condenación sea reajustada.

Ya, en varios fallos que comentaremos un poco más adelante, la Corte Suprema de Justicia, en sus salas de casación civil y laboral y el Consejo de Estado, han admitido la necesidad de actualizar el monto de la condenación, sea por solicitud de parte o de oficio por el juez. Algunos Tribunales Superiores también, especialmente el de Medellín, han acogido el sistema de la actualización.

a) En el campo laboral, aunque no existe norma específica como en la Argentina, se ha abierto paso la posición jurisprudencial de aquel país, de que en lo laboral, por su tendencia humanitaria, por su carácter social, debe existir la indexación pues no es justo que el trabajador reciba menos dinero del que realmente le corresponde, es decir que el dinero se desvalorice para él, durante el trámite judicial y el patrono cancele con la suma inicialmente debida. Por existir la posibilidad de fallar extrapetita se ha aceptado que el juez puede oficiosamente, fijar una cantidad mayor a la que nominalmente reclama el demandante y por lo tanto es viable la indexación. Así mismo es viable la actualización cuando es reclamada por el trabajador. Pero, claramente se ha insistido, que no se actualizan o se declara la indexación de todas las obligaciones laborales. Sólo de aquellas que se concretan judicialmente, es decir dentro de un proceso laboral y obligaciones que se refieren a prestaciones sociales o indemnizaciones, que variaron su valor antes o durante el trámite procesal. Se niega, como en la Argentina, que en la conciliación, en los actos previos o posteriores al proceso laboral puedan ser indexados válidamente. Inclusive se autoriza a que las partes fijen dentro de los contratos de trabajo, cláusulas que permitan la indexación o actualización siempre y cuando los procedimientos convenidos no lesionen los intereses del trabajador.

b) En el área civil se ha autorizado la actualización, es decir cuando las partes lo solicitan, con algunas resistencias muy notorias de jueces y magistrados. En cuanto a la indexación se ha sostenido que, como en el civil no puede fallarse extrapetita, el juez no puede fijar una suma superior a la que se solicitó en la demanda. Sin embargo este, que ha sido el principal argumento para oponerse a la indexación, es más de forma que de fondo. Cuando se reconoce la indexación no se está condenando a una suma mayor a la solicitada, sino simplemente que se está ordenando el pago de la suma,

pero al valor actualizado, por lo tanto no hay fallo extrapetita ni ultrapetita.

También, en el campo civil la indexación se refiere a obligaciones deducidas a través de procesos judiciales. Inclusive se ha aceptado la posibilidad de que se convengan cláusulas que permitan la indexación o actualización de ciertas obligaciones.

La doctrina ha dividido las obligaciones pecuniarias, las que se traducen en la entrega de una suma de dinero, en obligaciones de **valor y obligaciones dinerarias.** Por las de **valor** se han entendido aquéllas que originalmente no han tenido por objeto el dinero y por lo tanto no tienen una suma nominal fijada. Se han señalado como tales las **indemnizatorias** y las **restitutorias.** Se han clasificado como **dinerarias** aquellas obligaciones que tienen fijada una suma nominal desde su iniciación. Título valores, cuentas corrientes o depósitos, etc.

Se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia que son reajustables, indexables, las obligaciones de valor pero no las dinerarias. Por eso la indexación opera en las condenaciones impuestas en los procesos ordinarios indemnizatorios y restitutorios en el campo civil, laboral, contencioso administrativo. En el penal en cuanto hace a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito.

c) En el área comercial la situación, en principio, es parecida a la del campo civil, con una ventaja más para la indexación. Y es que muchas obligaciones regidas por el código de comercio, se pueden regular por el gramo de oro (Arts. 1835, 1881, 1886, 1887, 1889) que implícitamente conllevan una actualización del valor de la condenación. Por lo tanto es posible, en el compo comercial, que se den la indexación y la actualización.

d) En la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Consejo de Estado ha venido sosteniendo, la necesidad de actualizar el monto de las condenaciones y fue el primero que utilizó el gramo de oro como referencia para actualizzar el monto de los perjuicios morales, tomando como base el artículo 95 del anterior Código Penal, que los fijaba hasta un máximo de dos mil pesos, que correspondían a mil gramos de oro cuando entró a regir esa disposición. Esta interpretación de los mil gramos de oro que acogió el Consejo de Estado, se consagró legislativamente en los Arts. 106 y 107 del Código Penal de 1980 que estableció el gramo de oro como patrón para fijar el monto de los perjuicios morales y

materiales cuando no existen dentro del proceso elementos suficientes para valorarlos.

En el campo contencioso se ha ordenado por el artículo 178 utilizar el sistema de actualización de los **índices de precios al consumidor o al por mayor. El departamento administrativo de estadística (DANE)** elabora mensualmente unos índices que detectan el alza de los precios de los bienes y servicios que conforman la canasta familiar. Esos índices permiten conocer el impacto de la inflación en el peso colombiano, es decir la pérdida del valor adquisitivo, y comparados los índices dentro determinado período (por ejemplo el transcurrido entre el momento del daño y el momento del fallo) se conoce la pérdida del valor adquisitivo del peso colombiano.

Esa comparación de los índices de precios al consumidor también se utiliza por el mismo código para el reajuste de las cuantías que fijan la competencia, según el Art. 265 del código contencioso administrativo.

Sin embargo, el artículo 178 del decreto 1º de 1984, que ya hemos comentado como Código de lo Contencioso Administrativo, introdujo dos cambios fundamentales al respecto: 1º) Autorizó legislativamente el ajuste de las condenas con fundamento en los índices de precios al consumidor y al por mayor y 2º) Descartó la posibilidad de utilizar el patrón oro en la actualización de las condenas. Entendemos nosotros, aunque todavía no se ha precisado por ningún fallo del Consejo de Estado, que esta limitación se refiere a los perjuicios materiales y no a los morales a los cuales el Consejo de Estado ha venido aplicando lo dispuesto por el artículo 106 del C. Penal, que como ya vimos, toma el gramo de oro como patrón de actualización, y que no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente.

e) Por último en el campo penal la situación es más clara y precisa por cuanto los artículos 106 y 107 del nuevo código penal (decreto ley 100 de 1980) utilizan el gramo de oro como patrón para fijar el monto de los perjuicios materiales (107) y morales (106) sufridos con el hecho delictuoso. Esa referencia al gramo de oro conlleva implícita la actualización pues el gramo de oro se convierte al valor que tenga en pesos colombianos en el momento del fallo. En todos los demás aspectos indemnizatorios las determinaciones del juez penal se regulan por las normas del procedimiento civil, que no se opongan a las específicas contempladas en el código penal y en el código de procedimiento penal.

5. *Respuesta normativa a la inflación en Colombia*

En Colombia el impacto de la inflación ha llevado al legislador a establecer algunas normas que pretenden hacer menos manifiestos sus efectos.

1º) El establecimiento de las unidades de valor adquisitivo constante (UPACS), relacionadas con préstamos para la adquisición de vivienda, que permite exigir en el pago de las cuotas no sólo el valor de los intereses sino también la corrección monetaria, es una respuesta directa a la inflación. Comenzó a regir en noviembre de 1972.

2º) Las disposiciones del Código de Comercio (Arts. 1835, 1881, 1886, 1887, 1889) que fijan los topes de ciertas indemnizaciones en gramos de oro, es una forma más de enfrentar los efectos de la inflación pues la regulación en gramos de oro es un procedimiento de actualización. Están en vigencia desde enero de 1971.

3º) Los artículos 106 y 107 del Código Penal, que fijen los topes de las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios materiales (4.000) y morales (1.000) en gramos de oro, es también la forma de mantener la actualización de esos topes ya que al convertirlos en pesos colombianos se actualiza el monto correspondiente. Rigen a partir de enero de 1981.

4º) El artículo 178 del C. Contencioso Administrativo que autoriza el ajuste de valor de las condenas con fundamento en la variación de los índices de precios al consumidor o al por mayor. Vigente a partir de enero de 1984.

5º) El artículo 265 del Código Contencioso Administrativo que fija la manera como debe actualizarse el monto de las pretensiones para efectos de la competencia, utiliza el parámetro de "Indice de precios al consumidor" o, a falta de éste al 20%. Así se actualiza su valor.

6º) El artículo 62 de la ley 2ª de 1984 también, para efectos de la competencia, fija el reajuste correspondiente. Autoriza la aplicación del 20% sobre las cuantías anteriores cada dos años. Vigente a partir de enero de 1984.

7º) Normas varias de carácter fiscal que autorizan los reajustes con fundamento en las variaciones de los índices oficiales.

8º) Las normas que establecen el salario mínimo que tiende a ser reajustado periódicamente para pretender hacer menos noto-

rio el impacto de la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Los ajustes salariales al sector público que buscan corregir igualmente el impacto de la inflación, son una de las tantas manifestaciones del Estado ante el fenómeno inflacionario que golpea, incuestionablemente a las monedas de los países industrializados, pero más notoriamente a los países en vía desarrollo.

6. *Respuesta de la jurisprudencia colombiana a la inflación*

El impacto, todos los días más notorio, de la inflación en el poder adquisitivo del dinero ha encontrado respuestas, tímidas inicialmente, pero importantes en las posiciones que han adoptado tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado. Ha iniciado el camino de la actualización de las condenas desde hace ya varios años. Son importantes al respecto, entre otros, los siguientes fallos.

1º) De diciembre 13 de 1979, expediente 1793, en el cual se explica que la actualización del monto de la condena es labor jurisprudencial, de interpretación y por ello decidió aplicar al C. de lo Contencioso Administrativo, el artículo 95 del Código Penal vigente en esa época que fijaba el tope máximo de los perjuicios morales en $ 2.000.oo, pero actualizándolos. Como en 1937 los $ 2.000.oo correspondían a 1.000 gramos de oro, decidió que el tope sería lo que valieran mil gramos de oro en el momento del fallo. Esta fórmula la recogió legislativamente el Código Penal nuevo en sus artículos 106 y 107.

2º) De abril 17 de 1980, expediente 1840, cuando aplicó nuevos sistemas de actualización de las condenas. Dividió las indemnizaciones del lucro cesante en consolidada o debida y en futura, tomando como referencia la fecha del fallo. Aplicó diferentes fórmulas financieras para la actualización, castigando la indemnización adeudada con intereses legales (6% anual) más la corrección monetaria (18%) y descontando de la futura, por pago anticipado, los intereses legales compuestos del 6% anual.

3º) De julio 25 de 1984, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango, expediente 2609, la Sección Tercera del Consejo de Estado donde dispuso que el límite de $ 30.000.oo para establecer el valor de los honorarios a los peritos que fijaba el artículo 31 del de-

creto 2265 de 1969, debía actualizarse teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, que según certificó el DANE fue, entre febrero de 1970 y abril de 1984 tan alto que elevó el límite máximo de $ 30.000.oo a más de **cuatrocientos mil pesos** ($ 400.000.oo). Por lo tanto decidió que los falladores pueden fijar los honorarios de los peritos hasta un tope máximo de $ 400.000.oo, teniendo en cuenta diferentes factores subjetivos y objetivos del dictamen.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral

1º) Fallo de agosto 19 de 1982, con ponencia del Dr. Fernando Uribe Restrepo que mencionó por primera vez la upaquización de las condenas en el campo laboral. Se aceptó su aplicación y se abrió paso en decisiones posteriores de los falladores.

2º) Fallo de septiembre 19 de 1984, radicado bajo número 1.026, con ponencia de Manuel Enrique Daza Alvarez que, aunque reconoce la necesidad de la actualización de las condenaciones impuestas, exige prueba de la pérdida del valor adquisitivo dentro del proceso, pues en laboral no existe condenas in-génere. Dispone actualizar una condenación pero limitándola al período que se encuentra certificado por elDANE dentro del proceso. Esto originó el salvamento de voto del magistrado Fernando Uribe Restrepo para sostener que el reajuste debió incluir hasta el momento del pago, es decir, incluyendo todo el tiempo desde el nacimiento de la obligación hasta el momento del pago y aplicando al procedimiento laboral el incidente de regulación que establece al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

La tendencia de la sala de casación laboral, con fundamento en esos fallos y otros que acogen las mismas tesis, es que todas las obligaciones laborales deben actualizarse, excepto las que están indexadas en su origen, como el salario mínimo, las pensiones jubilatorias por ser reajustadas automáticamente, los salarios caídos, etc.

El término de actualización comprende hasta el momento del pago y corre desde que se incurre en mora. El sistema que debe aplicarse no ha sido precisado. La upaquización se ha mencionado para hacerlo a través de los Upacs. También se ha utilizado la corrección monetaria, a veces los índices de precios.

Sala de casación civil

Entre las diferentes sentencias que al respecto se han dictado merecen comentarse las siguientes:

1º) De octubre 5 de 1982, ordinario de Enrique Sudarsky contra el Banco Popular, en el cual se admite la necesidad de actualizar las obligaciones de pagar sumas de dinero y aplicar la corrección monetaria, siempre que el interesado acredite que ha sufrido un perjuicio por pérdida del valor adquisitivo del dinero. Y si el acreedor solicita como perjuicios simplemente el pago de un interés no puede el fallador reconocerle otros, como la corrección monetaria, sino demuestra que los sufrió y lo solicita expresamente.

2º) De marzo 24 de 1983 al aceptar la nulidad de un contrato en el ordinario de Clara y María Beatriz Ortiz Vs. Gustavo Caicedo. Se dijo que el proceso de depreciación de la moneda no sólo ha variado el panorama económico sino el jurídico. Modificó el concepto del fallo atrás citado y aceptó que por equidad y justicia debe actualizarse; que el nominalismo no puede oponerse a la justicia; que no es necesario que el perjudicado acredite el perjuicio, pues la pérdida del valor adquisitivo de la moneda es un hecho público y notorio. Estableció la actualización con fundamento en la variación del **índice de costo de la vida,** desde el nacimiento de la obligación hasta el momento del pago.

3º) En marzo 30 de 1984, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero, en el ordinario de Julio Alberto Pineda contra Ic-in Ltda., se explicó como el argumento que se expone en contra de la actualización de las condenas de ser fallo extrapetita no es válido. El pago para que surta efectos liberatorios debe ser total y no lo es cuando se paga con moneda que ha perdido valor. Sostiene entonces que deben actualizarse las obligaciones de valor y ordena hacerlo a través de la corrección monetaria.

Tribunal Superior de Medellín

En sentencia de noviembre 4 de 1983, la sala de decisión civil, compuesta por la Dra. Beatriz Quintero de Prieto, Dr. Julio Fernando Ramírez Gómez y Dr. Jaime Soto Gómez, aplicó la indexación en una indemnización proferida en contra de las Empresas Públicas de Medellín por una ocupación permanente.

Hace un estudio detenido de la indexación para concluir que, si bien es cierto en Colombia existe como norma general el nominalismo, también lo es que en las obligaciones pecuniarias de valor es aplicable la indexación y por lo tanto el juez puede oficiosamente ordenar el reajuste correspondiente a la corrección monetaria. Ordena el reajuste desde el momento en que nace la obligación hasta el momento del pago, con fundamento en la certificación que haga el Banco de la República al respecto.

7. *Conclusiones*

1º) En Colombia es jurídicamente viable el reajuste del monto de las condenas, ya porque lo soliciten las partes, ya porque se aplique la indexación como actualización automática, oficiosa, tanto en las jurisdicciones laboral, civil, contencioso administrativo, como penal en cuanto hace al monto de la indemnización originada en el delito.

2º) Esta actualización es sólo judicial. Por lo tanto la actualización de las obligaciones se hace a través de una providencia judicial y no es posible hacerla en otra clase de actúaciones. Excepcionalmente si las partes acuerdan cláusulas específicas y procedimientos lícitos, pueden hacerse en tribunales de arbitramiento o amigablemente.

3º) Los procesos en los cuales se puede ordenar la actualización son los ordinarios. No es posible intentarlo en los ejecutivos u otros procedimientos especiales.

4º) Las obligaciones que pueden actualizarse son las de **valor** y no las dinerarias. En las de valor, que generalmente corresponden a indemnizaciones no previstas contractualmente y a las extracontractuales. En las dinerarias, según algunos tratadistas, sólo aquellas en donde existe mora. Si no hay mora no se puede actualizar el valor de la obligación dineraria.

5º) La actualización debe comprender el período transcurrido entre el nacimiento de las obligaciones de valor hasta el momento efectivo del pago. En las obligaciones dinerarias desde que se incurre en mora hasta el momento del pago.

6º) Para la actualización o la indexación pueden utilizarse los Upacs pues ellas incluyen no sólo la corrección monetaria (hoy 21% anual sino, además, los intereses legales (6% anual) que esas sumas deben producir.

7º) El sistema más recomendable de actualización por ser más justo y equitativo, es el que ha venido utilizando el Consejo de Estado a través de la aplicación de fórmulas financieras que permiten incluir no sólo la corrección monetaria (hoy 21% anual) sino el interés legal (6%). En los fallos se explica perfectamente el procedimiento a seguir, las fórmulas correspondientes para la actualización del daño emergente, del lucro cesante consolidado y del lucro sesante futuro. De esas fórmulas se dedujeron unas tablas que facilitan su aplicación y que aparecen publicadas y detalladas en la obra

"La responsabilidad civil extracontractual en Colombia", segunda edición de Gilberto Martínez Rave, (páginas 308 y 323), que reducen a una simple multiplicación la actualización de las condenas.

Pero si se pretende que la actualización corresponda sólo a la pérdida del valor adquisitivo del dinero se pueden utilizar: a) La corrección monetaria que se fija por el Gobierno y que se utiliza también en el sistema Upacs. b) La variación en el "índice de precios al consumidor" que proporciona el DANE, entre la fecha del nacimiento de la obligación y el momento en que se expida la certificación. Este último procedimiento no permite conocer el verdadero valor de la obligación al momento del pago sino al de expedición de la certificación.

Los anteriores procedimientos para las indemnizaciones en las jurisdicciones civil, laboral y contencioso administrativo. En el campo penal debe tenerse en cuenta, para los efectos de la indemnización, el patrón oro pues según los artículos 107 (que se refiere a los perjuicios materiales y cuyo tope lo fija en el equivalente en pesos colombianos a cuatro mil gramos de oro) y 106 (que se refiere a los perjuicios morales cuyo tope fija, para cada persona, en el equivalente en pesos colombianos a mil gramos de oro), debe respetarse ese sistema de actualización, como es el de la equivalencia a gramos de oro, en caso de que los perjuicios no puedan evaluarse por dictamen pericial. Si se pueden fijar las indemnizaciones por dictamen pericial se pueden actualizar por los otros sistemas que hemos comentado.

Es de observar que en ese aspecto de los perjuicios morales, que no están regulados por ninguna otra disposición legislativa en Colombia, el artículo 106 del C. P. puede y debe aplicarse a otros procedimientos u otras áreas, dentro de la integración legislativa nacional. No así el artículo 107, que se refiere a los perjuicios materiales, pues los otros procedimientos especialmente el civil, regulan la forma como deben liquidarse ya sea en concreto o in-génere a través del artículo 108 del estatuto procesal civil.

8º) La actualización debe incluir hasta el momento del pago de la obligación por lo tanto los peritos o los falladores deben calcular en el dictamen o el fallo, el posible momento del pago. De esa fecha en adelante debe condenarse al pago de intereses moratorios que fueron fijados por la Superintendencia Bancaria en octubre de 1984 en el 63.99% anual efectivo.

9º) No es indispensable, cuando se incluye la actualización hasta el momento del pago, la regulación del artículo 308 del C. P.

Civil. Basta en la sentencia condenatoria fijar el monto de la obligación y la necesidad de actualizarla al momento del pago. Esa sentencia, con la constancia o certificado expedido por el organismo correspondiente **(DANE, Banco de la República, etc.)** conforma un título ejecutivo complejo. Por lo tanto no es necesario trámite incidental del 308 en estos casos.

10º) Cuando se aplican en las condenas intereses compensatorios (que incluyen el interés puro-6% y la corrección monetaria y que la Superintendencia Bancaria fijó en resolución de octubre de 1984 en 33.6% efectivo anual) no se pueden indexar las obligaciones pues en el interés compensatorio va incluída la corrección monetaria.

Neologismo de estirpe latina indudable, por derivar de "index" (v.), pero aclimatado en algunos países hispanoamericanos por evidente adopción del francés. Antes se decía sin más **cláusula de escala móvil.** La Academia no se ha pronunciado todavía respecto a este substantivo, ni menos al verbo conexo: "indexar".

En cualquier caso se está ante un concepto necesario en lo económico y en lo jurídico para referirse a la variabilidad que se establece en las obligaciones a plazo o de tracto sucesivo con paralelismo mayor o menor con respecto a las desvalorizaciones monetarias o el alza en el nivel de precios o de costos.

La inocencia pretérita

En esta materia, el sistema monetario fundado en los metales preciosos, el oro y la plata casi siempre, que conservaban su valor intrínseco de modo perdurable, concedía estabilidad muy duradera a los bienes y costos. Ni siquiera se suscitó un recelo en cuanto a la fragilidad de ese criterio económico, pese a que encarecimientos han conocido casi todos los pueblos y regímenes. La aparición del billete de banco, y más el curso forzoso (v.) impuesto para aquel medio de pago por los gobiernos cuyas reservas no lo respaldaban debidamente, creó ya la primera desconfianza en el crédito; y, sobre todo en épocas de guerra, se recurría al atesoramiento de las monedas metálicas e incluso a ocultación, a falta de entonces de cajas de seguridad, en paredes y bajo tierra.

2. **La crisis.** La primera guerra mundial, con sus astronómicos gastos por las hostilidades y los ulteriores que los vencedores pretendieron de los vencidos en concepto de reparaciones, engendró la vileza o la flexión extrema de casi todos los signos monetarios, que luego de la crisis mundial de 1930 llegaría incluso hasta el dólar, que con la libra esterlina habían sido los patrones del comercio internacional.

A partir de ese momento, en la esfera pública y entre los particulares, cunde un recelo extremo sobre operaciones u obligaciones que no son al contado; por verse perjudicados por esos procesos monetarios negativos los acreedores a término.

3. **La solución intentada.** El problema se planteó con relativa prontitud en la esfera judicial, aduciendo la denominada teoría de la imprevisión (v.), que tornaba vil en ocasiones la obligación diferida, que el deudor había concertado con moneda sólida y concluía pagando con una debilitada o totalmente depreciada, que significaba una lesión sin más. La jurisprudencia, singularmente la judicial, puesto que en lo contencioso administrativo, algo más mercantilizado, se produjeron fisuras, aferradas a que la palabra esclaviza a los contratantes, se negó en absoluto a admitir ulteriores variaciones sobre lo pactado.

Ante esta situación, precisamente los particulares, idearon las convenciones flexibles. Es decir, que los valores pendientes de pago se sometían a un índice económico de variación en el mercado; como el precio del oro, el del trigo o la paridad con una moneda extranjera sólida, rectora en las operaciones internacionales.

La aspiración, ajustada a la equidad, consiste en lograr un seguro contra la inflación; que perdure en cada caso, con la suma que se perciba, el valor adquisitivo de la inicialmente convenida.

4. **La capitulación legislativa.** El criterio de la "indexación" era tan fundado que, ya en el último tercio del siglo XX, son muchos los países que han convertido en oficial el criterio. En unos casos, por expreso reconocimiento de las cláusulas particulares, e incluso por facultad de los tribunales para la adecuación de los valores pretéritos a la equiparación actual. También, con el lanzamiento de empréstitos antiinflacionarios de los denominados **valores ajustables** (v.).

Se cierra así, aun cuando no se haya universalizado la legislación o la jurisprudencia todavía, el ciclo de la paridad económica entre el pasado y el presente que la "indexación" persigue, a fin de que los acreedores a término no experimenten la "estafa legal" de ser pagados con igual moneda, pero falsificada ya en su capacidad adquisitiva.

5. **Conceptos.** Invirtiendo el esquema de otros artículos de esta obra, se cierra el tema con unas definiciones, provenientes éstas de Guillien y Vincent. En lo mercantil, definen la "Indexación" como cláusula de una convención sometida a cumplimientos sucesivos o con diferidos vencimientos, en virtud de la cual la cantidad asentada en el título podrá ser modificada en el momento del pago en función de un índice económico o monetario. En lo finan-

ciero, se está ante un procedimiento que consiste, para facilitar la colocación de un empréstito, en que el prestador se garantice contra la depreciación monetaria rescatando el importe de los intereses y del capital según el valor de un bien o de un servicio que se designa para seguir la evolución general de los precios.

Tomado del **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.**

G. Cabanellas
L. Alvala - Zamora.

EL DERECHO JURISDICCIONAL

Orión Alvarez A.

1. *Antecedentes: el objeto del derecho, el objeto del derecho jurisdiccional, fuentes de datos.* 2. *Análisis del derecho jurisdiccional y de los componentes del derecho jurisdiccional.* 3. *Conclusiones.*

El propósito de esta investigación es saber qué se enseña en Antioquia como derecho jurisdiccional, en sus aspectos científico y técnico, y cuál es la relación entre ambos, en los programas de derecho de las universidades de Antioquia, Pontificia Bolivariana, de Medellín y Autónoma Latinoamericana.

Agradezco a los doctores Darío González V., William Yarce M., Guillermo Baena R., y Rodrigo Flórez, decanos en su orden de las facultades respectivas, por su colaboración oportuna y eficaz en el suministro de datos y en el deligenciamiento de un cuestionario. Sin su concurso este trabajo no hubiera sido posible.

El derecho jurisdiccional lo [1] componen: el derecho procesal, el derecho procedimental y los órganos jurisdiccionales.

Como la observación de la realidad no es neutra, sino que está influída por la concepción que el investigador tiene del respectivo campo del conocimiento, en este caso del derecho, seguidamente lo expongo.

I. Antecedentes

1. *El objeto del derecho*

Previamente a la investigación sobre el derecho jurisdiccional, es necesario determinar el objeto cognoscitivo del derecho y sus

1. Prieto Mesa, Eugenio: *El objeto del derecho procesal.* Incluído en Diez Temas Procesales. Señal Editora. Medellín, 1981. pp. 9, 18 y 19.

objetos empíricos, para mostrar el lugar que le corresponde al que es materia de este trabajo.

El objeto cognoscitivo son todas las normas de conducta obligatorias, sin consideración a un determinado sistema jurídico; y los objetos empíricos, son los conjuntos de normas cuya naturaleza es similar y que regulan obligatoriamente en un espacio y tiempo determinados, la conducta de las personas que en ellos se encuentran. El derecho civil, el administrativo, el fiscal, el mercantil, el penal, el laboral y el jurisdiccional, son algunos ejemplos.

El objeto cognoscitivo es explicado por la teoría general del derecho; y los objetos empíricos por las teorías particulares. La una y las otras forman la ciencia jurídica, que como toda ciencia es universal y trasmisible intersubjetivamente, pero difiere en su aplicación según la época, el ámbito respectivo y la conducta que regula.

Se han formulado diferentes teorías generales y particulares, que en determinadas circunstancias históricas han pretendido responder a las necesidades concretas de esa época, razón por la cual es indispensable el análisis histórico en orden a saber el alcance y las limitaciones de las teorías, advertido que hay un conocimiento acumulativo, por la validez que algunas conservan total o parcialmente.

La ciencia jurídica y el análisis histórico concurren para comprender, aprehender, el objeto del derecho en sus manifestaciones cognoscitiva y empírica.

El derecho además de elaborar la teoría general y las teorías paríticulares o especializaciones, crea instrumentos técnicos destinados a la aplicación de las normas. Estos medios o instrumentos y su uso, es lo que se denomina técnicas jurídicas.

La ciencia y la tecnología constituyen un ciclo de sistemas interactuantes que se alimentan el uno al otro. El científico torna inteligible lo que hace el técnico y éste provee a la ciencia de instrumentos y comprobaciones [1].

2. *El objeto del derecho jurisdiccional*

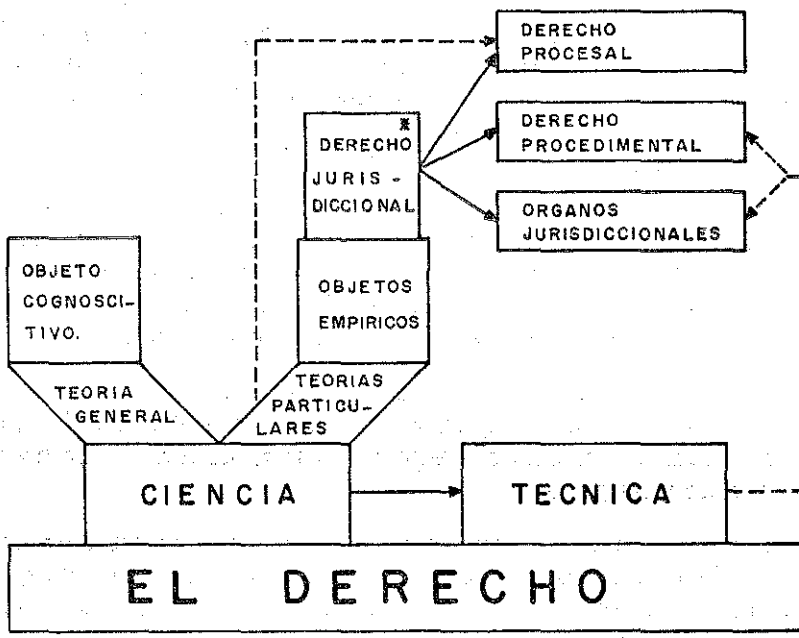
En desarrollo de la concepción anterior, el derecho jurisdiccional es un objeto empírico, explicado por la teoría del derecho procesal, y es un conjunto de técnicas en cuanto determina la estruc-

1. Bunge, Mario: *La ciencia, su método y su filosofía.* Tomado de Metasciemas Procesales. Señal Editora. Medellín, 1981, pp. 9. 18 y 19.

tura y las funciones de los órganos jurisdiccionales y las reglas que se aplican en los procedimientos. El saber técnico, para que tenga una eficacia generalizada se debe derivar del científico, y no de la experiencia, ni de la intuición de las personas prácticas. Por tanto, la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales y el derecho procedimental se deben elaborar a partir de la teoría del derecho procesal.

Mientras que la teoría del derecho procesal, es una rama de la ciencia jurídica y por tanto universal como toda ciencia; los órganos jurisdiccionales y el derecho procedimental son aplicaciones técnicas que varían de un ordenamiento jurídico a otro, en razón de la historia de cada Estado y del contexto, especialmente.

Lo expuesto en 1 y 2 se ilustra en el siguiente gráfico.



* UNO DE LOS OBJETOS EMPIRICOS

3. *Fuentes de datos*

Dos se tuvieron en cuenta en este trabajo: los programas de las asignaturas o guías de cátedra; y las respuestas de los decanos, quienes además de hacerlo oportunamente suministraron con prontitud

la primera fuente. Sin su concurso esta investigación no se habría realizado. También se consultaron los planes de estudio de las facultades de derecho.

II. **Análisis**

1. *Del derecho jurisdiccional*

El análisis de los datos obtenidos sigue el mismo esquema del derecho jurisdiccional y sus componentes.

Examinados los planes de estudio no se encontró que con este título, ni con ningún otro, se agruparan el derecho procesal, el derecho procedimental y los órganos jurisdiccionales, aunque en todos se trazan relaciones entre ellos; sin que por esto haya unidad en la concepción y en el tratamiento.

La explicación de lo anterior hay que buscarla en el hecho de que el plan de estudios no es una matriz estructurada por áreas y subáreas cuyos contenidos estén definidos, y a partir de los cuales se desagreguen las asignaturas. La formación de dicho plan sigue un proceso inverso. Se seleccionan las asignaturas que deben componerlo y luego se agrupan las semejantes bajo un rótulo.

La ausencia de áreas implica la falta de unidades académicas o departamentos que se dediquen a la promoción del saber, lo que impide el avance del conocimiento y conspira contra la comprensión del todo y las partes.

La falta de unidad en esta rama del derecho u objeto empírico como lo denominamos, obedece a que tampoco existe el concepto de unidad en el derecho, para lo cual sería necesario fijar su objeto cognoscitivo y los objetos empíricos, y señalar el camino o el método científico para conocerlos, que son los elementos básicos de toda ciencia.

En los planes de estudio predominan los conocimientos técnicos descoordinados, como si cada técnica tuviera un fin en sí misma, cuando debieran considerarse como un conjunto armónico derivado del saber científico. El derecho no se aborda como ciencia sino como técnica, lo que trae como consecuencia que no se establece la necesaria conexión entre el saber y el hacer.

2. *De los componentes del derecho jurisdiccional*

En los planes de estudios están incluídos todos los componentes que asignamos al derecho jurisdiccional, sin que la organización jurisdiscional merezca un programa aparte, pues ésta se incluye en la teoría general del proceso; y sin que se agrupen en el derecho procedimental, los procedimientos especiales que lo integran. A cada procedimiento se le hace corresponder un programa.

Tanto los programas de las asignaturas referentes a la teoría general del proceso, como los de los procedimientos especiales son susceptibles de análisis común en cuanto a su presentación, objetivos y contenidos.

2.1 *Presentación*

Se deduce de las fuentes investigadas que los programas son elaborados por los profesores de las respectivas asignaturas, y que no obedecen a orientaciones precisas del área a que pertenecen, es decir, que no son desagregaciones de aquélla, sino elaboraciones aisladas que se reúnen bajo el nombre del área, en las facultades que tienen esta modalidad; y en las que no existen las áreas sino que las asignaturas se juntan por semestres o años únicamente, es obvio que no existe orientación.

La falta de grupos académicos permanentes, cuya función sea la de coordinar, qué se enseña del derecho procesal y qué del derecho procedimental, tanto en las facultades cuyos planes están estructurados por áreas, como en las que tienen otra organización, corrobora que los programas de las asignaturas carecen de unidad y criterios comunes que las orienten.

Es cierto que en algunas facultades se celebran reuniones para coordinar las asignaturas mencionadas, pero el resultado no es satisfactorio porque la estructura académica no es reforzante de estas actividades, sino opuesta a las mismas. Como no existe ningún esfuerzo suficiente para modificar las estructuras y el trabajo académico, es muy probable que la situación se mantenga invariable en lo sustancial en el mediano plazo.

2.2 *Objetivos*

De las cuatro facultades aludidas, tres fijan los objetivos y una los omite. Cada uno de los párrafos siguientes corresponde a la definición de objetivos de una facultad, en relación con la "teoría

general del proceso" o el "derecho procesal general", que son las expresiones usadas por ellas:

—"Que los estudiantes se familiaricen con las principales instituciones del derecho procesal, sin referirlas a una rama en particular, puesto que dicho aspecto corresponde a los procesales especiales, como son: el civil, el penal, el laboral, el contencioso administrativo, etc".

—"Que el estudiante adquiera la destreza suficiente para proponer soluciones a problemas concretos mediante deducciones que nazcan fundamentalmente de aplicaciones de principios y teorías procesales".

—"Darle al estudiante los fundamentos necesarios para el conocimiento del área procedimental del derecho; analizar el ejercicio de la función jurisdico-accional como elemento sustentado de la decisión tuteladora del Estado; establecer los elementos básicos de todo proceso y las relaciones jurídicas que se crean a su alrededor; y relacionar el derecho procesal con las normas sustantivas como medio eficaz para su realización".

Hasta hace algunos años, veinte quizás, como el aspecto de la planeación curricular no ocupaba la atención de las universidades, los objetivos que son el primer y fundamental paso en la programación educativa, estaban ausentes de las guías de cátedra o programas de las asignaturas.

Con el fin de analizar aunque brevemente los objetivos transcritos, conviene mencionar los criterios básicos para formularlos, que sintetizamos, así:

a) Son el fundamento para que el profesor planifique sus actividades, tales como la selección de los contenidos, de los materiales y lecturas, desarrolle el proceso enseñanza-aprendizaje, y prepare las pruebas o exámenes;

b) Deben elaborarse en términos de contenidos y conductas; y

c) Deben formularse desde el punto de vista del alumno.

Al comparar los criterios enunciados con los objetivos transcritos, y con los contenidos, metodología y evaluación consignados en los programas, se percibe con facilidad que se presentan más por una imposición del Instituto para el fomento de la educación superior, ICFES, que como base de la programación académica. Este fenómeno no es más que una manifestación del formalismo colom-

biano, o la diferencia entre lo prescrito y lo observado. Se obedece pero no se cumple, se afirma cínicamente desde la conquista.

Lo expresado anteriormente es válido en relación con los objetivos de las asignaturas que integran el derecho procedimental, razón por la cual se omite el análisis.

2.3 *Contenidos*

Los contenidos del derecho jurisdiccional son similares en los planes de estudio examinados, aunque de ninguno se puede predicar que distingue lo que pertenece a la ciencia y lo que es propio de la técnica, y cómo el conocimiento tecnológico se deriva del saber científico.

La similitud no es total y difiere especialmente en el derecho procedimental, donde son comunes las asignaturas de procedimiento civil, penal, laboral y administrativo, con algunas variaciones; pero agregan el procedimiento de derecho de familia la Universidad de Antioquia y los procedimientos mercantiles la Pontificia Bolivariana.

Se observan algunas redundancias dentro de cada plan, especialmente en relación con las fuentes del derecho procesal; y la distinción entre derecho material y procesal.

III. **Conclusiones**

1. No existe en ninguno de los planes de estudio investigados, unidad en la concepción del derecho jurisdiccional, ni claridad acerca de cuáles de sus componentes los explica la ciencia, y cuáles son los instrumentos elaborados por la técnica jurídica. El derecho jurisdiccional no se estudia como ciencia y como técnica, sino como una miscelánea de ambas, que le impide al alumno comprenderlo cabalmente y posteriormente como profesional ponerlo en práctica con eficacia. Tampoco se hace un análisis histórico de las teorías y de las técnicas, motivo por el cual se presentan de manera ahistórica y acrítica.

La falta de rigor científico y técnico, más la omisión de la historia, son causa de la impreparación y desorientación de los graduados en derecho.

Quienes en particular confían[1] en esos profesionales inexpertos, sufren las dolorosas consecuencias (económicas, familiares, morales, de impunidad aberrante o de pérdida injusta de la libertad) de los defectos y las deficiencias en la enseñanza universitaria. Y se produce otro efecto más perjudicial todavía: el difundir en el pueblo el sentimiento explosivo de la falta de justicia y el descrédito de la organización jurisdiccional del Estado, de los procedimientos vigentes en sus distintas ramas y de las personas encargadas de su aplicación.

2. Las reuniones, periódicas unas y esporádicas otras, que en algunas facultades de derecho se celebran entre los profesores de derecho procesal general, los procedimientos especiales y la práctica forense, para coordinar lo relativo a los objetivos de cada asignatura, sus contenidos, metodología y bibliografía, no han logrado eliminar las fallas anotadas anteriormente, y quizás no lo consigan en el futuro, no porque los decanos y profesores carezcan de interés y voluntad, sino porque el medio académico es adverso y conspira contra las buenas intenciones de aquéllos.

En efecto, la estructura académica de las universidades en Antioquia, no obedece a un proceso lógico y racional, orientado por objetivos claros y operativos que consulten las necesidades del contexto, sino que es el resultado de sucesivas e inorgánicas superposiciones de los esquemas medioeval que introdujeron los españoles con la conquista, el napoleónico que se copió cuando aquéllos fueron vencidos, y el cosmocéntrico que se importó de los Estados Unidos después de la II guerra mundial, cuando este país pasó a ser una potencia planetaria.

3. El qué del derecho jurisdiccional es cuestión de la antología; y el cómo conocerlo de la epistemología; que con la lógica hacen parte fundamental de la filosofía del derecho, asignatura que no aporta lo suficiente para esclarecer estos asuntos, debiendo hacerlo, por fallas que no corresponde analizar en este trabajo.

Sin embargo, un defecto protuberante, es que en algunas facultades enseñan filosofía del derecho profesores que ignoran el derecho, o sea, que pretenden saber el cómo, sin conocer el qué.

---

1. Devis Echandía, Hernando: *La enseñanza del derecho procesal.* Incluído en Estudios de derecho procesal. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá, 1979, p.230.

CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE PRODUCEN EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

Tomás Horacio Vargas E.

1. Actos precontractuales o preparatorios del contrato. 2. Control de los actos administrativos dentro del contrato. 3. Competencia y jurisdicción para conocer de los contratos celebrados por la administración. 4. Titulares de la acción contractual 5. Interés para demandar.

Durante las distintas etapas del proceso de formación y ejecución de los contratos de la Administración, ésta profiere una serie de actos que están sometidos tanto al control administrativo como al jurisdiccional.

Es nuestro propósito tratar de esas distintas etapas y de los actos administrativos que se profieren durante ellas y del control a que dichos actos están sometidos.

Acogiendo la clasificación de los contratos de la Administración que hace el doctor Gustavo Humberto Rodríguez en su obra Contratos Administrativos y de Derecho Privado de la Administración Edición Librería del Profesional, página XII, o sea: a) Contratos Administrativos, sometidos al régimen previsto en el Decreto 222 de 1983; b) Contratos Administrativos de "explotación de bienes del Estado", que se "rigen por las normas especiales sobre la materia", y que son generalmente los de derecho minero; c) Contratos de derecho privado con cláusulas de caducidad y régimen de derecho público para los actos administrativos que generen (L 19 de 1982, art. 6º); d) Contratos de Derecho Privado, con régimen exclusivo de derecho común, podemos decir que en todos ellos la Administración dicta actos propios de su poder de imperio, cuya ejecución realiza ella misma sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional.

Los actos de ejecución o imperio que, como veremos, en muchas ocasiones son proferidos por la Administración cuando el contrato ya está perfeccionado, no pierden el carácter de tales por el hecho de que el contrato sea un acto jurídico bilateral a cuya formación han concurrido la Administración y el particular.

Entraremos a explicar las distintas etapas de la formación y eje-

cución de los contratos de la Administración y el control que se puede ejercer sobre los actos administrativos.

1. *Actos precontractuales o preparatorios del contrato*

a) **El que decreta la apertura de la licitación.** Este acto pone en funcionamiento el aparato administrativo interno de la entidad correspondiente, al ordenar la elaboración de los pliegos de condiciones, de los presupuestos económicos y técnicos, de la apropiación presupuestal, etc. Hasta este momento el particular no ha intervenido, es un extraño, no tiene ninguna vinculación con la Administración.

El acto puede ser impugnado ante las vías administrativa y jurisdiccional pero sólo con miras al control de la legalidad, pues no afecta los intereses de terceros. Podría ser impugnado, por ejemplo, por haber sido proferido por un funcionario u organismo sin competencia para ello.

b) **Llamamiento a los interesados.** Promulgación de los pliegos de condiciones. Con este acto se inician las relaciones entre los licitantes y la Administración, que se van concretando en la medida en que aquéllos presentan sus propuestas. Esta vinculación es precontractual, pues hasta tanto no se haga la adjudicación no nace la relación contractual propiamente dicha. En esta etapa hay una serie de actos administrativos tales como cambios, aclaraciones y adiciones a los pliegos de condiciones, que pueden ser impugnados administrativa y jurisdiccionalmente por violar la constitución, la ley, los estatutos contractuales de las respectivas entidades y los propios pliegos de condiciones. La impugnación sólo puede ser de orden legal, no por aspectos técnicos, económicos o de conveniencia. Puede ocurrir que la Administración al pedir una explicación a un licitador vaya más allá y con ello provoque que éste trate de mejorar su propuesta o de hacerle correcciones a la misma, lo que no es permitido.

El acto de apertura de la licitación puede impugnarse por haber incurrido la Administración en errores tales como el tipo de licitaciones que debe abrirse y su término de duración, etc.

c) **Cierre de la licitación o diligencia de apertura de las propuestas.**

Pueden presentarse pronunciamientos de la Administración en esta diligencia. Así, por un error es posible que se rechace una pro-

puesta, lo que no es oportuno hacer en este momento, pues esta clase de decisiones son del resorte del jefe de la Administración luego del estudio de las ofertas. El rechazo de las propuestas tiene que ser posterior al cierre de la licitación y debe hacerlo el funcionario competente, que muchas veces no lo es el que interviene en la apertura de los pliegos. Se excluyen de esta regla las propuestas extemporáneas, las cuales sí pueden ser rechazadas durante la diligencia de apertura porque se trata de la simple constatación de un hecho físico.

d) **Estudio de las propuestas.** En esta etapa hay lugar a una serie de actos administrativos de diferente naturaleza. Puede ocurrir que se pida una aclaración que dé lugar a un licitador a aclarar, reformar o adicionar su propuesta.

Como lo vimos anteriormente, esta es la etapa propia para hacer el análisis de las propuestas y recomendar al jefe del organismo las decisiones que hayan de tomarse en relación con las mismas.

e) **La adjudicación.** Es este el acto más importante de las etapas previas del contrato, o de los llamados actos separables del contrato. Contra este acto no cabe ningún recurso por la vía administrativa; sólo es controlable por la vía jurisdiccional. Es el único acto separable que puede ser demandado antes de la liquidación del contrato, artículo 136 del Decreto 01 de 1984. Este artículo, como ya se dijo, dispone que sean demandables dichos actos una vez terminado o liquidado el contrato.

El que transcurra este tiempo daría lugar a que la persona interesada en impugnar el acto desista de ellos pues ya el contrato está consumado y únicamente la guarda de la legalidad de los actos administrativos y excepcionalmente la reclamación de un perjuicio eventual podría motivarla a demandarlo.

La doctrina y la jurisprudencia colombianas aceptan la teoría de los actos separables o desprendibles (detachables), elaborada por los franceses a partir del fallo Martín del 11 de diciembre de 1903, que permite a personas diferentes a los contratantes, esto es, a los terceros que tengan un interés concreto, demandar los actos que anteceden al contrato. Dicha teoría puso fin a la idea que Vidal Perdomo llama "de la unidad sellada", que consideraba los actos previos y el contrato mismo como un todo, como una unidad indisoluble a la cual sólo tenían acceso las partes contratantes y sus causahabientes, de tal modo que, por ejemplo, un licitador que hubiese tenido derecho a la adjudicación del contrato por haber

presentado la propuesta más favorable, no podía impugnar ese acto de adjudicación, por impedírselo la dicha idea de la "unidad sellada".

Sobre esta teoría de los actos separables se expresó así el doctor Carlos Betancur Jaramillo, en la conferencia que dictó en la ciudad de Bogotá durante el curso sobre Derecho Administrativo Latinoamericano "Pese a la indeterminación de la noción jurídica del acto separable existen cierta aproximación doctrinaria en el sentido de que se entiende como tal todo acto de carácter unilateral expedido por la administración con miras a la conclusión definitiva de un contrato. Así, tendrán este carácter el acto mediante el cual el Concejo Municipal autoriza al alcalde para la celebración del contrato; el acto de aprobación de éste por esa misma corporación o su refrendación por el titular del poder de tutela; del acto que adjudica el contrato al licitante".

2. *Control de los actos administrativos dentro del contrato*

Como se admite por la doctrina extranjera: **Gordillo, Vedel, Díaz Dromi, Marienhoff,** durante el desarrollo del contrato la Administración dicta actos propios del poder de imperio cuya ejecución realiza ella misma sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, actos que van desde la aplicación de una multa hasta la liquidación misma del contrato. Que son verdaderos actos de imperio de autoridad lo indica el Consejo de Estado en providencia del 13 de abril de 1984 "Para la Sala de Decisión, los puntos de vista expuestos en el auto suplicado nunca han sido rotundos en el seno de la Corporación ni con esos alcances. Esta ha dicho que los actos que dicte la administración durante las etapas de celebración, ejecución, o cumplimiento del contrato son verdaderas decisiones ejecutorias o actos administrativos unilaterales, a los que se les da el calificativo de contractuales por ser dictados con fundamento inmediato en el contrato, pero que tienen su fundamento en la ley.

Son estos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la Administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho de que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente de que dimana el poder para expedirlos, sino que ésta está únicamente en la ley. Esos pode-

res, así no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio". (Jurisprudencia y Doctrina, julio de 1984, p. 588.)

Veamos estos actos:

a) **Orden de iniciación de las obras.**

La Administración puede establecer con precisión en el pliego de condiciones la fecha de la iniciación de las obras y no obstante exigir como requisito previo para su comienzo una orden suya.

Puede ocurrir también que no se establezca en los pliegos de condiciones ninguna norma sobre el particular, caso en el cual el contratista podrá solicitar la respectiva orden.

En uno u en otro evento, la orden de iniciación puede ser impugnada tanto por la vía administrativa como por la jurisdiccional. ¿Cuáles serían las razones de esa impugnación? Puede ocurrir que la Administración cambie las normas preestablecidas en los pliegos de condiciones, o cree gravámenes no previstos durante la etapa de la licitación, o haga imposible la iniciación con la premura pedida, o retarde injustificadamente su iniciación.

b) **Aplicación de multas**

Son cláusulas características de los contratos que celebra la Administración las referentes a multas y a la cláusula penal pecuniaria, que garantizan no solamente la manera como el contratista debe ejecutar los trabajos sino la entrega oportuna de los mismos.

El acto que aplica estas sanciones es impugnable administrativa y jurisdiccionalmente.

c) **Hechos, operaciones u omisiones en que incurra la Administración durante el contrato**

Esta puede incurrir en incumplimiento del contrato mediante hechos, operaciones u omisiones, que luego pueden ser elevados a la categoría de actos administrativos, ante la reclamación por parte de los contratistas y al dar respuesta a la misma. En este caso esa respuesta, que tiene el carácter de acto administrativo, es impugnable administrativa y jurisdiccionalmente.

d) **Terminación por violación de prohibiciones legales o de obligaciones del contratista.**

Esta terminación unilaterial del contrato opera cuando se contravienen prohibiciones previstas por la ley o se incumplen obliga-

ciones del contratista, lo que ocurre, por ejemplo, cuando el contrato se celebra con personas afectadas por inhabilidades o incompatibilidades, o cuando el contratista se niega a constituir las garantías del contrato. Esta terminación estaba consagrada en el decreto 150 de 1976, y crea la responsabilidad solidaria del funcionario y el contratista por los perjuicios causados a la entidad contratante y a los terceros. Trátase de un acto de excepcional importancia porque es la Administración misma, sin acudir a la jurisdicción contenciosa, la que determina la violación de las normas correspondientes y profiere un acto extinguiendo el contrato, acto impugnable ante la Administración como ante la jurisdicción contenciosa. Por la vía administrativa únicamente cabe el recurso de reposición, pues el acto sólo puede ser emitido por el jefe de la Administración.

e) **Terminación unilateral por razones de interés público**

La ley 29 de 1982 en su artículo 8º facultó a la administración para dar por terminado unilateralmente por inconveniencia o por inoportunidad el contrato celebrado, pero estableció igualmente que dentro de la liquidación del mismo se hiciera un estimativo de los perjuicios que deban pagarse al contratista. El artículo 10 del Decreto 222 de 1983 reglamentó esa terminación unilateral pero la limitó a dos causales: motivos de orden público y coyuntura económica crítica, y estableció además que esa figura no tiene aplicación en los contratos de empréstito, ni en los interadministrativos, ni en los celebrados con instituciones financieras internacionales públicas, con entidades gubernamentales de crédito extranjeras o con organismos internacionales.

El artículo crea dificultad en la aplicación de la norma porque si bien es cierto que existe una relativa claridad doctrinaria sobre lo que es orden público administrativo; "el orden público en el sentido administrativo del término está constituído por un mínimo determinado de condiciones esenciales requeridas por una vida social conveniente, su contenido varía con el estado de las creencias sociales. La seguridad de los bienes y de las personas, la salubridad y la tranquilidad constituyen su fundamento. Reviste igualmente aspectos económicos (lucha contra el acaparamiento o la carestía de la vida p. e.), e incluso estético "protección al paisaje" (VEDEL, Georgers, Derecho Administrativo, Tra. de la 6ª edición francesa, biblioteca jurídica Aguilar Madrid, 1968, página 198 y siguientes), citado por el doctor Gustavo Humberto Rodríguez en su tratado de Contratos Administrativos y de Derecho Privado de la Admi-

nistración, Ediciones Librería del Profesional página 31. Si existe claridad sobre lo que es orden público administrativo, no existe la misma precisión con respecto al término coyuntura económica crítica. Además tampoco se ve la razón para que si se llega a la conclusión de que un contrato celebrado entre dos entidades de derecho público es inconveniente o inoportuno, si una de ellas no accede a darlo por terminado de común acuerdo tenga la otra que verse obligada a su ejecución. En lo atinente a los contratos de empréstitos, se justifica su no terminación por el solo hecho de darle confianza a las entidades prestamistas, las cuales tendrían temor de otorgar los créditos ante la eventualidad de una terminación unilateral de los contratos. Por esta causal sólo cabe el recurso de reposición, artículos 19 del Decreto 222 de 1983 y 50 numeral 2º del Decreto 01 de 1984.

f) **Interpretación unilateral de los contratos**

Este es un acto administrativo de especial importancia en el que en un principio se le da participación al contratista, pero si no se llega a un acuerdo con él sobre el alcance de las cláusulas del contrato, es la Administración la que ha de hacer la interpretación correspondiente, mediante un acto contra el cual sólo cabe el recurso de reposición de acuerdo con los artículos 24 del decreto 222 de 1983 y 50 del Decreto 01 de 1984.

g) **Caducidad**

La aplicación de la cláusula de caducidad dá lugar a la terminación del contrato por una causa imputable al contratista. Es la Administración la que sin tener que recurrir a la jurisdicción contenciosa establece el incumplimiento y da por terminado el contrato. La caducidad es para los contratos administrativos lo que la terminación o la resolución es para los contratos de derecho privado. La cláusula de caducidad es una de las llamadas exorbitantes y en un principio sirvió como elemento de importancia para distinguir en los contratos de la Administración los administrativos y los de derecho privado, según ella estuviera o no estipulada. Es una de las cláusulas obligatorias de los de los contratos administrativos y es una de las cláusulas exorbitantes más antiguas porque fue consagrada por el Código Fiscal ley 110 de 1912. La caducidad es una facultad indelegable de la Administración, que ésta hace valer así esté pactado el compromiso o arbitramento. Esta cláusula no solamente debe ser pactada en los contratos administrativos sino que se considera implícita en todos los contratos que celebre la Admi-

nistración, excepto en los de compraventa de bienes muebles, de empréstitos y en los interadministrativos. Tal como lo veremos más adelante esta cláusula hace que todos los contratos que celebre la Administración, salvo los anotados, estén sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Contra el acto administrativo que declara la caducidad por la vía gubernativa sólo cabe el recurso de reposición artículos 64 del Decreto 222 de 1983 y 50 numeral 2º del decreto 01 de 1984.

h) **Liquidación del contrato**

Este es el último acto administrativo que se profiere en desarrollo del contrato. Pueden las partes de común acuerdo firmar las actas de liquidación. Si lo hacen sin reparo alguno, no les es posible impugnarlas posteriormente, a menos que haya habido error u omisión debidamente comprobados. Cuando las partes firman las actas sin reparo, se están dando un mutuo paz y salvo. Pero si no se ponen de acuerdo para aprobar esas actas, se tendrá como firme el acto de liquidación presentado por la Administración, el que será expedido en forma de resolución motivada, que estará sometida por la vía administrativa al recurso de reposición, porque la liquidación debe ser aprobada por el jefe de la Administración, de acuerdo con los artículos 289 del decreto 222 de 1983 y 50 numeral 2º del Decreto 01 de 1984.

3. *Competencia y jurisdicción para conocer de los contratos celebrados por la administración*

En nuestro concepto y de acuerdo con los artículos 16, 17, 60, 61 y 65 del decreto 222 de 1983 y 4º de la ley 19 de 1982, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de todas las controversias que se presenten en los contratos de la Administración, excepto en lo referente a la compraventa de bienes muebles y de empréstito. A esta conclusión llegamos por cuanto el artículo 4º de la ley 19 de 1982 establece que "serán de conocimiento de la justicia contencioso administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquellos en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad; de la ordinaria los demás".

Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

"Igualmente, en los contratos de derecho privado de la Administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa".

El artículo 60 del decreto en mención dice que salvo disposición en contrario en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza, y además la relativa a la caducidad administrativa. El artículo siguiente, el 61 establece la caducidad como de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstitos. No será obligatoria en los contratos interadministrativos.

Finalmente el artículo 65 dice: "La cláusula de caducidad se entiende pactada en los contratos que es obligatoria aún cuando no se consigne expresamente. En este evento son causales de caducidad las señaladas en el artículo 62 del presente estatuto".

Como ya dijimos, la jurisdicción está en cabeza del contencioso administrativo y la competencia en el Consejo de Estado y en los tribunales administrativos de acuerdo con la cuantía del contrato y la entidad que lo celebre, artículo 131 y 132 del Decreto 01 de 1984.

El numeral 2º del artículo 128 de ese decreto consagró la competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de la nulidad absoluta de los contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la Administración en que se haya incluído la cláusula de caducidad, celebrados por entidades del orden nacional. El numeral 12 del mismo artículo establece como competencia del Consejo de Estado la nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos o de derecho privado de la Administración en que se haya incluído la cláusula de caducidad en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. El numeral 7º del artículo 31 del Decreto citado señala como competencia de los tribunales administrativos en primera instancia la nulidad absoluta de los contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la Administración en los que se haya incluído la cláusula de caducidad, celebrados por entidades del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de treinta millones de pesos ($ 30'000.000.oo).

El numeral 8º de este artículo consagra la competencia en única instancia de los tribunales administrativos para conocer de los contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la Administración en los que se haya pactado la cláusula de caducidad, celebrados por la nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de dos millones de pesos ($ 2'000.000.oo).

El numeral 7º del artículo 132 del decreto en referencia establece la competencia de los tribunales administrativos en primera instancia para conocer de las nulidades absolutas de los contratos interadministrativos, y de los de derecho privado de la Administración en los que se haya incluído la cláusula de caducidad celebrados por entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, distrital o municipal, cuando en este último caso no sean de única instancia.

El numeral 8º de este artículo establece la competencia en primera instancia de los tribunales administrativos para conocer de los contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la Administración en que se haya estipulado la cláusula de caducidad, celebrados por la nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de dos millones de pesos ($ 2'000.000.oo).

El artículo 87 del decreto 01 de 1984 establece las acciones relativas a los contratos cuando consagra que "cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluído la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión o que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él".

Los artículos 217 a 220 del decreto establecen el procedimiento a seguir en los procesos relativos a los contratos y a los de reparación directa y cumplimiento.

El doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su conferencia en el curso de Derecho Administrativo en Latinoamérica, pronunciada en la Universidad del Rosario en julio de 1978, sostuvo que en los contratos administrativos pueden presentarse controversias así: a) Típicas de plena jurisdicción —hoy del restablecimiento del derecho—; b) de reclamación directa y c) de anulación o legalidad y que a su turno las de reclamación directa presentan las especies de interpretación, de terminación o resolución o de cumplimiento.

Las de plena jurisdicción —hoy de restablecimiento del derecho— se instauran contra actos o decisiones ejecutoriadas de la Administración, tomadas unilateralmente, que pueden ir desde la imposición de sanciones para presionar o impulsar la ejecución del contrato hasta declarar la terminación del mismo.

El contratista, de acuerdo con lo sostenido por el expositor y la doctrina, puede impugnar el acto administrativo correspondiente y solicitar la indemnización por el daño a él causado, y aún la terminación del contrato por culpa de la Administración. El contratista podría estar en condiciones de demostrar que cumplió o se allanó a cumplir lo pactado, y que por el contrario fue la Administración la que incurrió en el incumplimiento.

Pero el primer escollo que hay que remover es el del acto administrativo que crea la sanción injusta al contratista. Si, por ejemplo, se declara la caducidad y el contratista demuestra el incumplimiento de la Administración, una vez se anule la resolución de caducidad puede pedir que ésta cumpla o que se resuelva el contrato con indemnización de perjuicios. Si no se anula la declaratoria de caducidad no podrá ordenarse el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, ni la indemnización de perjuicios. La caducidad hace suponer que el contratista ha incumplido. El contratista puede pedir el restablecimiento del vínculo contractual en los casos en que se anule la caducidad, si esto es posible y la Administración se allana a ello, porque si ya ésta ejecutó el contrato iniciado por el contratista, o contrató con otro su ejecución, el restablecimiento es de carácter estrictamente indemnizatorio. Igual caso ocurre tratándose de contratos de tracto sucesivo como el de obra pública y de los que contemplan el cumplimiento de la obligación de hacer a cargo de la Administración respecto de los cuales sostienen la jurisprudencia y la doctrina que ni aún durante la vida del contrato es posible ejercer la acción de cumplimiento porque se atentaría contra el principio de que el interés privado debe ceder ante el interés público. En la acción de plena jurisdicción que consagra el antiguo Código Administrativo en su artículo 67 era siempre la Administración la demandada. En ambos casos la petición puede ir acompañada de la correspondiente indemnización de perjuicios. Las acciones de resolución de terminación o de cumplimiento del contrato con las indemnizaciones correspondientes sólo pueden ser ejercidas por el contratista y sus sucesores.

Acción de reclamación directa.

Esta acción la puede instaurar el contratista sin que la Admi-

nistración haya dictado ninguna providencia o acto administrativo que sea necesario impugnar.

Acción de interpretación.

Esta acción no se encuentra directamente consagrada en nuestra legislación. Con ella no se busca el restablecimiento de un derecho sino simplemente evitar un daño futuro proveniente de una mala inteligencia o aplicación del contrato por parte de la Administración.

Los contratantes se encuentran en una situación que no es de controversia, pero temen llegar a ella. De ahí que acudan a un tercero imparcial —el juez administrativo para que resuelva el diferendo. No obstante que como ya se dijo esta acción no fue establecida en el decreto 01 de 1984, el particular podría invocarla.

Es bueno recordar que debe de hacerlo antes de que la Administración haga uso de la facultad que consagra en su favor el decreto 222 de 1983, en su artículo 24, pues si la Administración toma la iniciativa en dicha interpretación, el contratista sólo podrá instaurar las acciones administrativas y jurisdiccionales tendientes a impugnar el acto de aquélla.

Terminación, resolución o cumplimiento.

Estas acciones corresponden al contratista, ya que la Administración puede llegar al mismo resultado de extinción del contrato por una vía que le es propia sobre la cual no puede hacer pactos ni convenciones; la caducidad. El contratista sí puede verse abocado a la necesidad de instaurar las acciones correspondientes cuando la Administración ha incumplido sus obligaciones.

Acciones de nulidad absoluta y relativa.

Además de las causales establecidas por la ley para las nulidades absolutas y relativas el decreto 222 de 1983 estableció en sus artículos 78 y 79 las siguientes:

De nulidad absoluta.

Además de las causales previstas en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:

a) Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto.

b) Cuando contravengan normas de derecho público.

c) Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal.

d) Cuando se hubieren celebrado por funcionarios que carezcan de competencia o con abuso o desviación de poder.

Parágrafo

Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas.

No se sanean por ratificación de las partes.

De la nulidad relativa.

Son causales de nulidad relativa por parte del contratista particular, la incapacidad, el error, la fuerza y el dolo, conforme a las reglas pertinentes del Código Civil, la inexistencia de norma legal o estatutaria que autorice la celebración del contrato, así como cualquier vicio u omisión no comprendidos en el artículo anterior.

Las causales de nulidad relativa pueden alegarse por los interesados, por sus herederos o cesionarios y sanearse por ratificación expresa o tácita de las partes o por el transcurso de cuatro años. La ratificación expresa debe hacerse con las mismas solemnidades que la ley prescribe para el contrato.

Con el cumplimiento del requisito o formalidad emitidos se subsana esta nulidad.

Si las partes no se allanan a subsanar las irregularidades anotadas, el contrato deberá ser demandado por la entidad interesada o por la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente transcribimos la jurisprudencia del Consejo de Es- do sobre los titulares de la acción contractual.

"Dedúscase de la anterior jurisprudencia y de las citadas por la sentencia recurrida, que efectivamente, dada su naturaleza jurídica por regla general no puede ejercerse sino la acción de plena jurisdicción y, obviamente, no pueden ser contendientes sino las mismas partes del contrato.

Pero, por excepción, y con aplicación del artículo 2º de la ley 50 de 1936, cuando la causa petendi es la nulidad absoluta, existe la acción de simple nulidad frente a los contratos administrativos, lo mismo que frente a los contratos civiles. Y esta acción puede ser ejercitada 'por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley', o por cualquiera, tercero o no, 'que tenga interés en ello', e inclusive, puede ser declarada de oficio por el juez, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato" (**Consejo de Estado**, sec-

ción 3ª, expedida 1817, sentencia 18 noviembre 1976, ponente Dr. Jorge Valencia Arango. Y Sent. 17 Fo. 1977, Exped. 1775, actor ICSS, ponente Dr. Jorge Valencia Arango).

4. *Titulares de la acción contractual*

"c) En consecuencia, contra los contratos o convenciones administrativos, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativa y absoluta: éstas por objeto y causa ilícitas como violación u omisión de normas obligatorias de derecho que puede 'alegarse por todo el que tenga interés en ello', o incoarse por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley (también se subraya) y aún declararse oficiosamente por el juez que conoce del litigio 'cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato' (Art. 2º de la ley 50 de 1936). En otros términos, sólo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativa y con el objeto de hacer valer su pretensión, sin perjuicio de que el juez que conozca del litigio pueda declararla oficiosamente por objeto o causa ilícitos, o de que el agente del Ministerio Público motu propio pida pronunciarla por los mismos motivos, por tener exclusivamente, según el artículo 2º de la ley 50 de 1936 el poder de obrar en interés público, en guarda de la moral y de la ley" (**Consejo de Estado**, auto 21, febrero 1973, Exped. 1910, ponente Dr. Humberto Mora Osejo).

5. *Interés para demandar*

"Igualmente el Consejo de Estado acepta la aplicación excepcional del art. 2º de la ley 50 de 1936 para permitir que 'todo el que tenga interés en ello' puede pedir la nulidad del acto o contrato (Jorge Valencia A., Exped. 1817, Francisco Dávila R.). Aunque debe reconocerse que este fallo implica un paso de avanzada, cabe también anotar que se quedó un poco corto al no explicar la medida del interés que legitima a la parte actora en esas hipótesis. La Sala estima que debe hacerse esa precisión para evitar ciertos equívocos. Así, no debe entenderse ese interés del tercero como el simple de legalidad que esgrime quién pretende la defensa del orden jurídico y que justifica por sí solo, por ejemplo, el accionar del que impug-

na un acto separable sin pretensiones de restablecimiento patrimonial.

"El interés en la anulación del contrato debe ser especial y concreto, personal y directo como que ella condiciona el restablecimiento pretendido, porque en tal evento la responsabilidad de la entidad contratante surge o nace de la ilegalidad del acto de adjudicación, el cual, con el contrato subsiguiente, forma una unidad compleja.

En el caso concreto estudiado, la firma demandante acreditó no sólo haber tomado parte en la licitación, sino haber sido preseleccionada en razón de la formulación de la propuesta más baja en cuanto al valor de las obras. Esta circunstancia le creó una expectativa y le permitió aspirar con razones serias a la adjudicación del contrato. El hecho de que se hubiera adjudicado a otra persona frustró sus aspiraciones, y le hizo sentir un perjuicio de carácter patrimonial. Y es allí en donde radica precisamente su interés y con él su legitimación para la pretensión anulatoria tanto del acto de adjudicación como del contrato celebrado entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura y la firma Habraham S." (**Consejo de Estado,** sección 3ª, Sent. 12 abril 1978, Evped. 1492, actor: Sociedad Cía. Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda., ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

MIXTURA DE LA PRUEBA TRASLADADA

José Fernando Ramírez Gómez

Guiado por el principio de la economía procesal, el artículo 185 del C. P. C., consagró el mecanismo de la **prueba trasladada,** como fórmula que importa el desplazamiento material de las pruebas practicadas válidamente en un proceso a otro, cualquiera que sea el medio utilizado, llámese declaración de parte, testimonio de terceros, dictamen de peritos, inspección judicial, documentos, etc.

A pesar de que cada medio de prueba tiene su régimen propio, y por consiguiente, particularmente sui géneris, cuando de prueba trasladada se trata, la naturaleza jurídica del medio se torna **mixta,** participando de un lado de la propia del medio utilizado originalmente en el primitivo proceso, adobada por la de la prueba documental, ya que en el nuevo proceso ésta es su forma de aducción. Conclúyese entonces, que el régimen de la prueba trasladada puede ser de declaración de parte, documental, testimonial, pericial, etc., según la variante utilizada.

El contenido del artículo 185 da noticia del desdoblamiento bifronte que se comenta. En primer lugar, para la eficacia probatoria de la prueba trasladada, establece que dichas pruebas hayan sido **practicadas válidamente** en el proceso de donde se peticiona su traslado, es decir, que se hayan adjuntado o allegado con la plenitud de las formalidades, que para el medio específico consagra la ley. En segundo plano, para la aducción al nuevo proceso estatuye que éstas se traigan en copia autenticada (auténtica dice la norma), por el juez del despacho donde se encuentra radicado el proceso en donde originalmente se practicaron, conforme a lo previsto en el artículo 253 ibídem [1].

---

1. Sobre copias auténticas, véase "La Prueba Documental", José Fernando Ramírez Gómez, Señal Editora, Medellín, 1984.

De manera, que en el campo de la apreciación de la prueba trasladada, el juez debe cumplir una doble función crítica, puesto que debe examinar la prueba bajo los parámetros legales del medio primigenio (testimonio, declaración de parte, dictamen, etc.), para luego proceder a su análisis alrededor de las pautas del régimen de la prueba documental, fundamentalmente lo que concierne a la autenticidad de las copias.

Por supuesto, que el Código se torna más exigente, ya que el artículo 185 consagra alternativamente otras dos condiciones para la eficacia de la prueba en estudio; condiciones que velan por la salvaguardia de dos principios probatorios de sinigual trascendencia, por cuanto ambos tocan con el derecho de defensa de la parte contra la cual se procura hacer valer la prueba. La contradicción y la publicidad de la prueba, son esas circunstancias límites. De ahí que la apreciación de la prueba trasladada penda también, de que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

En caso de no ocurrir alguna de las anteriores circunstancias, no empece a la validez original y a su aducción en copia auténtica, la prueba resulta inapreciable y por ende ineficaz; carente de valor. Empero, la preceptiva legal admite una interpretación, válida desde luego, que morigera las exigencias últimas por ella consagradas, ya que eventualmente se podría impetrar el traslado de una prueba para hacerla valer en otro proceso sin que se reúnan esas condiciones, siempre que resulte perjudicial para quien elevó la petición, porque ello implicaría una renuncia a esos principios tutelantes del derecho de defensa, que no choca el orden público e imperatividad de las normas procesales, por la viabilidad de la confesión en nuestro sistema probatorio [2].

Con relación a la prueba testimonial y a la documental que se traslada, resulta importante acotar, que a pesar de éstas no cumplir con los requisitos finales del artículo 185, esto es, practicadas a petición de la parte que las invoca (a nadie le es dado crearse sus propias pruebas) o sin audiencia de la parte contra quien se aducen, y no obstante que para esos casos el artículo califica las pruebas como **inapreciables,** legalmente se puede predicar de ellas el **valor de la prueba sumaria,** porque precisamente ésta se da con respecto a los testimonios recepcionados por fuera de audiencia (artículo

2. Acerca de la coexistencia de interés privado y público en el proceso, se puede consultar, "Teoría de la Prueba Legal", Carlo Furno Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

299 del C. de P. C.) y los documentos privados auténticos (artículo 279 ejusdem). Inclusive que esa eficacia, en tratándose de prueba documental trasladada, ocasionalmente podría desligarse de las condiciones señaladas por la parte in fine de la norma pluricitada, porque el desplazamiento probatorio puede ocurrir con respecto a documentos públicos que ya aparecían en el otro proceso, para cuya validez probatoria bastaría cumplir con lo consagrado por los artículos 253 y 254 ordinal 1 del C. P. C. Dentro de ésta última alternativa, sin duda alguna se pueden involucrar las actas de inspección judicial o de levantamiento de un cadáver, que son verdaderos documentos públicos presumidos de autenticidad, ya que son otorgadas por el juez en ejercicio de su función (artículo 251 inciso 3º del C.P.C.).

Claro está, que esos testimonios y esos documentos trasladados, que a la postre sólo tienen el valor de prueba sumaria, para adquirir plenitud probatoria en el proceso donde han llegado como medios nuevos, deben ser ratificados o reconocidos, según las formas fijadas por los artículos 229 y 277 del estatuto varias veces mencionado.

Para finalizar digamos, que nuestro derecho positivo al prever liberalmente los medios legales de instrucción, otorgándole a cada uno de los enunciativamente reseñados por el artículo 175 del C.P.C., sus características externas y su tratamiento particular, pero bajo un criterio de uniformidad que apriorísticamente no permite su desprecio, porque su examen debe ser conjunto, estableció las bases para la eficacia probatoria de esos medios materialmente trasladados al nuevo proceso, donde sujetos a las formalidades del arlo 185, nacen de nuevo, con todo el vigor que los caracteriza, sin que para nada importe la fuerza de convicción que pudieron tener en el proceso primitivo, terminado o no.

Editorial
FALON

CALLE 56 (ZEA) Nº 52-72
MEDELLIN — COLOMBIA
TELEFONO Nº 2 45 11 58

ABRIL DE 1985

Con el título **Temas Procesales,** que conservará, este número 2 continúa la primera revista publicada con el nombre de **Diez Temas Procesales.**

El Centro de Estudios de Derecho Procesal, tiene por objeto la profundización en el estudio del derecho procesal, su divulgación y el sostenimiento de su vigencia en la actividad forense, por cualesquiera medios lícitos como elaboración de trabajos individuales y colectivos, publicaciones, conferencias, cursos, etc.